

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

18.01.2016

Geschäftszahl

W142 2135631-1

Spruch

W142 2135631-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Dr. Irene HOLZSCHUSTER über die Beschwerde von XXXX, vertreten durch die LMG Steuerberatungsgesellschaft m.b.H., Sochorgasse 3, 2512 Oeynhausen, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vom 01.07.2016, XXXX, zu Recht erkannt:

- A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
- B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Am 16.09.2015 wurde, auf Grund einer Anzeige wegen des Verdachtes der Übertretung der Bestimmungen nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO, eine Niederschrift mit dem Chef der Firma XXXX, durchgeführt. Dabei stellte sich heraus, dass Herr XXXX hauptsächlich für die Firma XXXX (in der Folge Beschwerdeführerin, BF) arbeite. Herr XXXX habe früher bei der Beschwerdeführerin gearbeitet. Im Frühjahr 2013 habe er sich mit dem Gewerbe: "Gartenpflege, Schneeräumung, Heckenschnitt, Reinigen und Verspachteln von Rigipsplatten" selbständig gemacht. Sein Hauptauftraggeber sei die BF, wo er früher angestellt gewesen sei, und er zumindest seit 01.01.2014 regelmäßig Aufträge ausführe. Es gebe auch einzelne Aufträge von anderen Kunden, Hauptauftraggeber sei jedoch die BF. Für die Aufträge von der BF müsse Herr XXXX mit deren Firmenwagen fahren. Er verwende auch die Geräte wie Rasenmäher, Heckenschere etc. von der BF. Im Winter bekomme er für die Schneeräumung einen Suzuki Geländewagen, auf dem ein Schneeschlepper montiert ist, zur Verfügung gestellt, mit dem er auch nach Hause fahren könne um bei Bedarf gleich in der Früh einsatzbereit zu sein. Herr XXXX besitze außer einer Spachtel und einer Schneeschaukel kein eigenes Werkzeug. Er sei auch an die Arbeitszeiten gebunden und arbeite immer mit einem Angestellten von der BF zusammen. Sohin liege ein meldepflichtiges Dienstverhältnis zwischen Herrn XXXX und der BF vor.

2. Mit Schreiben vom 03.12.2015 teilte die NÖGKK der BF mit, dass aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes eine entsprechende Sozialversicherungsmeldung (Anmeldung zur Pflichtversicherung als Dienstnehmer) bis 17.12.2015 zu erstatten sei.

3. In der Folge wurden sowohl mit Herrn XXXX als auch mit Herrn XXXX als nach außen zur Vertretung berufenem Organ der BF Niederschriften durchgeführt.

4. Aufgrund dieser Niederschriften erging am 10.02.2016 ein Schreiben der NÖGKK in dem der BF, nach Ausführungen zum § 4 Abs. 2 ASVG, mitgeteilt wurde, dass aufgrund der niederschriftlichen Angaben von

XXXX und XXXX die Merkmale eines Dienstverhältnisses nach dem ASVG überwiegen würden. Es werde die Ansicht vertreten, dass

XXXX für XXXX als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG tätig geworden sei. Darum wurde erneut ersucht, die entsprechenden Sozialversicherungsmeldungen für Herrn XXXX bis spätestens 24.02.2016 vorzulegen. Andernfalls würden die betreffenden Sozialversicherungsmeldungen von Amts wegen erstellt und die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge in Rechnung gestellt werden.

5. Mit Schreiben vom 01.07.2016 teilte die BF durch ihre rechtliche Vertretung mit, dass die Nachbelastung für rechtswidrig erachtet werde. Darum werde um bescheidmäßige Feststellung der Abgabennachforderung und Feststellung der Dienstnehmereigenschaft gebeten, um das Rechtsmittel der Beschwerde ergreifen zu können. Ebenso wurde der Antrag gestellt, den resultierenden Nachforderungsbetrag in Höhe von € 704,72 bis zur Erledigung des Rechtsmittels von der Einbringung auszusetzen.

6. Mit Bescheid der NÖGKK vom 01.07.2016 wurde festgestellt, dass XXXX, aufgrund seiner Tätigkeit für den Dienstgeber XXXX in den Zeiten von 01.05.2013 bis 31.03.2014, von 01.06.2014 bis 30.11.2014, von 01.01.2015 bis 31.03.2015, von 01.05.2015 bis 30.06.2015, von 01.08.2015 bis 31.08.2015 sowie von 01.10.2015 bis 30.11.2015 als Arbeiter im Bereich der Reinigung, Gartenpflege, Schneeräumung sowie des Verspachtelns von Gipskartonwänden der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege.

Als Rechtsgrundlage wurde § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) angeführt. Begründend wurde ausgeführt, dass im Zuge der Erhebungen festgestellt worden sei, dass Herr XXXX für die XXXX bereits vor der Anmeldung seines Gewerbes in den Zeiträumen von 11.03.2008 bis 31.03.2009, von 11.01.2010 bis 31.12.2010, von 01.02.2011 bis 31.11.2011, von 02.01.2012 bis 30.06.2012, von 01.09.2012 bis 30.11.2012 sowie von 01.02.2013 bis 30.04.2013 als unselbständig erwerbstätiger Dienstnehmer, Maler und Hilfsarbeiter, tätig gewesen sei. Seit 03.05.2013 sei er Inhaber des Gewerbescheines für die Hausbetreuungstätigkeit sowie seit 27.05.2013 Inhaber des Gewerbescheins für das Verspachteln von Gipskartonwänden. Herr XXXX habe keine berufsspezifische Ausbildung absolviert. Er habe im relevanten Zeitraum über die Rot-Weiß-Rot Karte plus verfügt. Herr XXXX habe für seine Tätigkeit im Wesentlichen keine Werbung gemacht, sondern habe von Mundpropaganda gelebt und Visitenkarten verwendet.

Herr XXXX sei in den Zeiten von 01.05.2013 bis 31.03.2014, von 01.06.2014 bis 30.11.2014, von 01.01.2015 bis 31.03.2015, von 01.05.2015 bis 30.06.2015, von 01.08.2015 bis 31.08.2015 sowie von 01.10.2015 bis 30.11.2015 im Rahmen einer mündlichen Vereinbarung für die HD tätig gewesen. Hinsichtlich dieser Tätigkeit sei von Seiten der BF keine Meldung zur Sozialversicherung nach dem ASVG erstattet worden.

Von Herrn XXXX, als geschäftsführendem Gesellschafter der BF, seien Herrn XXXX, unmittelbar anschließend an seine durch die BF gemeldete geringfügige Beschäftigung, regelmäßig Aufträge erteilt worden. Die BF habe von Dritten Aufträge für die Verrichtung bestimmter Dienstleistungen an Objekten, wie z.B. Reinigung, Schneeräumung und Gartenpflege, bekommen und habe zur Erledigung der Aufträge auch Herrn XXXX eingesetzt. Dabei habe die BF die Aufträge sowie die zeitlichen Vorgaben koordiniert und habe darüber entschieden, ob sie gegebenenfalls Hilfskräfte zur fristgerechten Erledigung der Aufträge beizog. Herr XXXX habe neben der BF vereinzelt noch andere Auftraggeber gehabt, jedoch sei er hauptsächlich für die BF tätig und in seinem beruflichen Fortbestand von dieser abhängig gewesen.

Herr XXXX habe für die BF gattungsmäßig umschriebene Leistungen, zum Beispiel Schneeräumung, Kehren oder Verspachteln, deren Konkretisierung sich aus Art und Umfang der konkreten Tätigkeiten selbst ergeben habe, verrichtet. Die BF habe Herrn XXXX Aufträge im Sinne von Arbeiten zugeteilt. Dieser sei für die BF in den im Spruch genannten Zeiträumen regelmäßig tätig gewesen. Seine Tätigkeit für die BF ab 01.05.2013 habe im Wesentlichen aus einfachen manuellen Arbeiten bestanden und habe das Verspachteln von Rigipswänden, die Reinigung von Stiegen, Geländern, Dachflächen, Terrassen, Fassaden und Baustellen, die Gartenpflege sowie die Schneeräumung umfasst. Tätigkeiten dieser Art, insbesondere Schnee räumen, Rasen mähen, Hecken schneiden und Verspachteln, habe Herr XXXX auch schon früher für die BF zu verrichten gehabt, als er noch als unselbständiger Dienstnehmer von der BF angemeldet worden sei. Gartenarbeit habe Herr XXXX alleine verrichtet. Insbesondere bei Schneeräumungen habe die BF fallweise Hilfsarbeiter zur Unterstützung geschickt, wenn Herr XXXX das Objekt nicht schnell genug vom Schnee befreien habe können, da zeitliche Vorgaben seitens der BF bestanden hätten, bis wann die Räumung zu erfolgen hatte.

Das Beschäftigungsverhältnis habe sich derart gestaltet, dass die BF Herrn XXXX bei Bedarf Arbeiten zukommen habe lassen. Dazu habe Herr XXXX Herrn XXXX angerufen und habe ihm die Aufträge mitgeteilt. Die Herrn XXXX auferlegten Arbeiten hätten bis zu einem bestimmten Termin persönlich und manchmal in Zusammenarbeit mit anderen Dienstnehmern der BF verrichtet werden müssen. Herrn XXXX waren keine fixen

Arbeitszeiten vorgegeben, jedoch habe er fallweise seine Arbeitszeit mit den Hilfskräften der BF zumindest koordinieren müssen, wenn er manche Arbeiten nicht alleine verrichten habe können oder terminlicher Druck bestand habe. Die arbeitsbezogenen Vorgaben würden aus den Gegebenheiten vor Ort und sowohl dem Arbeitsort als auch das Ausmaß der zeitlichen Tätigkeit sei im Wesentlichen durch die zu verrichtenden Arbeiten vorgegeben worden. Das genaue Ausmaß und die genauen Zeiten der Tätigkeitsverrichtung würden sich mangels Arbeitszeitaufzeichnungen nicht mehr feststellen lassen. Im Falle einer Verhinderung habe Herr XXXX die BF zu informieren gehabt, welche dann andere Personen einsetzte um die Arbeiten zu erledigen. Ein Vertretungsrecht sei nicht vereinbart gewesen und auch praktisch nicht geübt worden. Außerdem sei Herr XXXX nicht befugt gewesen, selbst Personen zur Verrichtung der Tätigkeiten zu schicken.

Herrn XXXX sei die Anweisung gegeben worden, Firmenfahrzeuge der BF zu verwenden sowie die BF im Falle einer Verhinderung zu informieren und sei insbesondere der Tätigkeitsort durch die BF vorgegeben worden. Ansonsten seien keine arbeitsbezogenen Anweisungen erforderlich gewesen, da diese nach Art der zu verrichtenden Tätigkeiten nicht erforderlich gewesen seien und Herr XXXX die Arbeiten ordnungsgemäß verrichtet habe. Er habe von sich aus gewusst, wie er sich bei der Verrichtung seiner Tätigkeit zu verhalten habe und daher hätten sich, in Hinblick auf fachliche Kenntnisse, Erfahrungen oder Fähigkeiten, Vorgaben über die Reihenfolge und den näheren Inhalt der zu verrichtenden Arbeiten erübrigt habe. Die BF habe die Tätigkeit von Herrn XXXX kontrolliert, da sie für die ordnungsgemäße Ausführung der Aufträge gegenüber ihren Kunden verantwortlich gewesen sei.

Herr XXXX habe zur Verrichtung der Tätigkeiten im Wesentlichen seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Er habe keine wesentlichen eigenen Arbeitsmittel und keine damit verbundenen Aufwände zu tragen gehabt. Er habe Firmenfahrzeuge, insbesondere einen Suzuki Geländewagen der BF, auf welchem ein Schneeschlepper montiert gewesen sei, zur Schneeräumung sowie auch Geräte der BF, wie zum Beispiel Rasenmäher, Trimmer, Laubbläser, Rechen und eine Gartenschere zur Gartenpflege, benutzt. Mit Ausnahme eines eigenen Fahrzeuges und einer Spachtel habe er über keine eigenen Arbeitsmittel verfügt.

Für die verrichteten Tätigkeiten habe Herr XXXX der BF jeweils Pauschalbeträge in unterschiedlicher Höhe verrechnet. Die Rechnungen seien nach Erbringung der Arbeitsleistung gelegt worden. Die Auszahlung der Beträge sei durch die BF auf das Geschäftskonto des Herrn XXXX erfolgt, in der Regel Mitte desjenigen Monats, welches auf den Tätigkeitszeitraum gefolgt sei. Die von Herrn XXXX vorgelegten Rechnungen und Kontoauszüge hätten die verrechneten Pauschalbeträge ausgewiesen, wobei sich die jeweils verrichtete Tätigkeit größtenteils aus den Rechnungen ergeben habe. Die an Herrn XXXX bezahlten Beträge hätten zwischen € 920,00 und € 3.100,00 variiert, wobei einzelne Auszahlungen auch mehrere Monate umfasst hätten und es auch zu Mehrfachanweisungen innerhalb eines Monats gekommen sei.

Zusammenfassend stehe, unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der versicherungsrechtlichen Beurteilung von einfachen manuellen Tätigkeiten bzw. Hilfstätigkeiten sowie des im Gegenstand festgestellten Sachverhaltes fest, dass Herr XXXX aufgrund des Gesamtbildes der Umstände die Tätigkeit für die BF im Rahmen eines die Pflichtversicherung begründenden Dienstverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG erbracht habe.

7. Mit verfahrensgegenständlichem Bescheid der NÖGKK vom 01.07.2016 wurde festgestellt, dass die BF als Dienstgeberin im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG verpflichtet ist, für die mit Bescheid vom 01.07.2016 zu

XXXX festgestellten Zeiten der Pflichtversicherung des Dienstnehmers Herrn XXXX, XXXX, Sozialversicherungsbeiträge, Nebenbeiträge, Umlagen und Service-Entgelte in Gesamthöhe von € 13.272,38 an die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse zu entrichten.

Wie mit Bescheid der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vom 01.07.2016 zu XXXX, festgestellt wurde, sei Herr XXXX für die BF im Bereich der Reinigung, Gartenpflege, Schneeräumung sowie des Verspachtelns von Gipskartonwänden, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, gegen Entgelt tätig gewesen und sei im Beschäftigungszeitraum der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen.

Die BF sei seit 11.06.2007 zur Ausübung des Gewerbes der Hauswartung, seit 08.06.2007 zur Ausübung des Gewerbes der Malerei und Anstreicherei und seit 21.03.2009 zur Ausübung des Gewerbes Wohnungs- und Siedlungsbau berechtigt gewesen. Es seien daher die Kollektivverträge D.-F. Gebäudereiniger, und zwar der Kollektivvertrag für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger bis 31.12.2012 sowie der Rahmenkollektivvertrag für Arbeiterinnen/Arbeiter in Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, im sonstigen Reinigungsgewerbe und in Hausbetreuungstätigkeiten ab 01.01.2013, anwendbar.

Für die der Versicherungspflicht unterliegenden Tätigkeiten habe Herr XXXX der BF jeweils Pauschalbeträge in unterschiedlicher Höhe verrechnet. Die Rechnungen seien nach Erbringung der Arbeitsleistung gelegt worden. Die Auszahlung der Beträge sei durch die BF auf das Geschäftskonto des Herrn XXXX erfolgt, in der Regel Mitte desjenigen Monats, welches auf den Tätigkeitszeitraum gefolgt sei. Die von Herrn XXXX vorgelegten Rechnungen und Kontoauszüge hätten die verrechneten Pauschalbeträge ausgewiesen, wobei sich die jeweils verrichtete Tätigkeit großteils aus den Rechnungen ergeben habe. Die an Herrn XXXX bezahlten Beträge hätten zwischen € 920,00 und €

3.100,00 variiert, wobei einzelne Auszahlungen auch mehrere Monate umfasst hätten und es auch zu Mehrfachanweisungen innerhalb eines Monats gekommen sei. Es seien von der BF keine Beträge für Umsatzsteuer an Herrn XXXX geleistet worden.

Als Beitragsgrundlagen seien die von der BF an Herrn XXXX geleisteten Entgelte sowie die Herrn XXXX aufgrund der anzuwendenden Kollektivverträge zustehenden Sonderzahlungen herangezogen worden. Die einschlägigen Höchstbeitragsgrundlagen seien berücksichtigt worden. Anhand der von Herrn XXXX vorgelegten Rechnungen aus den Jahren 2013, 2014 und 2015, dem jeweiligen darauf ausgewiesenen Rechnungsausstellungsdatum sowie den vorgelegten Kontoauszügen, in Zusammenhalt mit den, mit Bescheid der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vom 01.07.2016 zu XXXX, betreffend die Feststellung der Dienstnehmereigenschaft sowie Pflichtversicherung des Herrn XXXX nach dem ASVG, festgestellten Beschäftigungszeiträumen, hätten sich die Entgeltleistungen den jeweiligen Tätigkeitszeiträumen zuordnen lassen, sodass sowohl der Zeitraum der Versicherungspflicht unterliegenden Tätigkeiten als auch das jeweils bezogene Entgelt feststellbar sei.

Sowohl durch die amtswegige Einbeziehung des Herrn XXXX in die Pflicht(Voll-)versicherung in den im Spruch genannten Zeiträumen als auch durch die bescheidmäßige Feststellung dessen Dienstnehmereigenschaft und Versicherungspflicht, sei die entsprechende Nachverrechnung der diesbezüglichen Sozialversicherungsbeiträge, Nebenbeiträge, Umlagen und Service-Entgelte evident.

Aufgrund der erforderlichen Korrekturen in Bezug auf die Sonderzahlungen Weihnachtsrenumeration und Urlaubszuschuss, welche im Jahr 2014 gebührt hätten, habe die Kasse eine Berichtigung des Nachverrechnungsbetrages von € 12.567,66 auf € 13.272,38 vorgenommen.

8. Dagegen erhob die BF durch ihre rechtliche Vertretung mit Schreiben vom 20.07.2016, am 21.07.2016 bei der Behörde eingelangt, fristgerecht Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Bescheides. Begründend wurde ausgeführt, dass der Umstand, dass Herr XXXX bei der BF als Werkvertragsnehmer tätig gewesen sei, nicht erst seit dem 22.09.2015 bekannt gewesen sei. Im Kalenderjahr 2015 habe bei der BF eine GPLA-Prüfung über die Jahre 2011 bis 2014 stattgefunden. Im Zuge der GPLA-Prüfung seien die entsprechenden Konten dem Prüforgan offen gelegt worden. Somit sei der Behörde zum damaligen Zeitpunkt schon bekannt gewesen, dass und in welchem Ausmaß Herr XXXX für die BF tätig gewesen sei. Die GPLA-Prüfung habe ohne Feststellungen im Bereich der Werkvertragsnehmer bzw. Fremdleister geendet. Mit der Beendigung der GPLA-Prüfung würden die Jahre 2011 bis 2014, in den Bereichen Kommunalsteuer, Lohnsteuer und Sozialversicherung als abgeprüft bzw. festgestellt gelten. Der Behörde seien keinerlei neue Tatsachen bekannt geworden. Sämtliche, für die Beurteilung des strittigen Sachverhaltes relevanten Unterlagen hätten im Zuge der GPLA-Prüfung eingesehen werden können. Eine, nun vorgenommene Beitragsnachverrechnung für die Jahre 2013 und 2014 falle somit unter das Verbot der Wiederholungsprüfung gemäß § 148 BAO. Die Nachverrechnung der Beiträge 2013 und 2014 sei somit rechtswidrig.

Darüber hinaus habe die Behörde die vorgenommene Einstufung auf Beweismittel gestützt, (Niederschrift Finanzpolizei vom 16.9.2015; Mitteilung der Finanzpolizei vom 22.11.2015; Niederschriftliche Einvernahme von Herrn XXXX vom 02.02.2016) die der BF nicht vorgelegt worden seien. Somit wurde die Übermittlung der angeführten Beweismittel beantragt. Bei der Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses komme es immer auf das sogenannte Gesamtbild der Verhältnisse an.

Eine Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort sei definitiv im gegenständlichen Fall nicht vorgelegen. Herr XXXX habe keine fixen Arbeitszeiten gehabt und habe auch nicht in den Betriebsräumlichkeiten des Auftraggebers anwesend sein müssen. Die Bindung an bestimmte Zeiten habe sich lediglich auf Grund des angenommenen Auftrages ergeben. Es liege in der Natur der Sache, dass bei einer beauftragten Schneeräumung der Arbeitseinsatz ehestaldig zu leisten sei. Ebenso sei es Herrn XXXX frei gestanden, bestimmte Aufträge anzunehmen bzw. abzulehnen. Ebenso seien vorgenommene Weisungen nur sachlicher Natur (in Verbindung mit der jeweiligen Tätigkeit) gewesen. Eine persönliche Weisungsbindung bzw. Kontrollunterworfenheit habe ebenso wenig vorgelegen. In der Einvernahme von Herrn XXXX vom 02.02.2016 habe dieser angegeben, dass sich Herr XXXX "gelegentlich" seinen Schneepflug ausleihe. 2014 seien größere Anschaffungen von Betriebsmitteln durch den Auftragnehmer erfolgt. Aus der Formulierung "gelegentlich" sei schon abzuleiten,

dass Herr XXXX überwiegend eigene Betriebsmittel eingesetzt habe, um die entsprechenden Arbeiten zu erledigen. Somit könne letztendlich auch nicht die Rede davon sein, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer stets die wesentlichen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt habe. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit liege nicht vor. Das Gesamtbild der Verhältnisse ergebe, dass es sich bei dem strittigen Beschäftigungsverhältnis um ein Werkvertragsverhältnis und nicht um ein echtes Dienstverhältnis handle. Auch das Prüfororgan der GPLA-Prüfung hätte zu dieser Ansicht kommen müssen. Andernfalls hätten bereits zum damaligen Zeitpunkt schon Feststellungen diesbezüglich getroffen werden müssen. Beantragt wurde die Aussetzung der Einhebung der nachverrechneten Beiträge in der Höhe von € 13.272,38.

9. Die NÖGKK legte die gegenständliche Beschwerde und den bezughabenden Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht am 26.09.2016 vor. In der beiliegenden Stellungnahme vom 22.09.2016 wurde ausgeführt, dass dem verfahrensgegenständlichen (beitragsrechtlichen) Bescheid jener (versicherungsrechtlicher) Bescheid der Kasse vom 01.07.2016 zu Grunde liege, mit welchem festgestellt worden sei, dass Herr XXXX als Dienstnehmer der BF gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung unterlegen sei. Dieser Bescheid sei der BF ebenfalls am 05.07.2016 zugestellt worden und sei nunmehr rechtskräftig.

Die Vorfrage, dass Herr XXXX als Dienstnehmer der BF zu deklarieren gewesen sei, sei bereits mit Bescheid vom 01.07.2016 rechtskräftig festgestellt worden. Die gegenständliche Beitragsnachverrechnung erfolge somit dem Grunde nach jedenfalls zu Recht. Gegen die Höhe der Nachverrechnung seien keine Einwände vorgebracht worden, sodass die Vorschreibung auch der Höhe nach zu Recht erfolgt sei.

Zum Vorbringen, wonach die nunmehr vorgenommene Beitragsnachverrechnung aufgrund der für die Kalenderjahre 2011 bis 2014 durchgeführten GPLA wegen dem Verbot der Wiederholungsprüfung rechtswidrig sei, wurde ausgeführt, dass es sich bei einer GPLA um eine stichprobenartige Überprüfung handle. Der gegenständliche Sachverhalt sei nicht im Rahmen der GPLA behandelt worden und erst durch die niederschriftlichen Angaben des Herrn XXXX im September 2015 (nach der Schlussbesprechung vom 08.06.2015) bekannt geworden. Es wurde auf das Erkenntnis des VwGH vom 10.06.2009, Zl. 2007/08/0033, verwiesen, wonach einem auf § 42 ASVG gestützten Begehren der Kasse auf umfassende Vorlage von Unterlagen auch nach Abschluss einer GPLA zu folgen sei. Somit stelle dies keine unzulässige Wiederholungsprüfung nach § 41a ASVG iVm § 148 Abs. 3 BAO dar.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Herr XXXX arbeitete in der Zeit von 11.03.2008 bis 31.03.2009, von 11.01.2010 bis 31.12.2010, von 01.02.2011 bis 31.11.2011, von 02.01.2012 bis 30.06.2012, von 01.09.2012 bis 30.11.2012 sowie von 01.02.2013 bis 30.04.2013 als unselbständig erwerbstätiger Dienstnehmer, Maler und Hilfsarbeiter bei der BF.

Seit 03.05.2013 verfügt er über einen Gewerbeschein für die Hausbetreuungstätigkeit (Gartenpflege, Schneeräumung, Heckenschnitt, Reinigen) sowie seit 27.05.2013 über einen Gewerbeschein für das Verspachteln von Gipskartonwänden. Herr XXXX hat keine berufsspezifische Ausbildung absolviert. Er hat im relevanten Zeitraum über die Rot-Weiß-Rot Karte plus verfügt.

Zwischen Herrn XXXX und der BF wurde keine schriftliche Vereinbarung geschlossen. Herr XXXX war sohin aufgrund einer mündlichen Vereinbarung in den Zeiten von 01.05.2013 bis 31.03.2014, von 01.06.2014 bis 30.11.2014, von 01.01.2015 bis 31.03.2015, von 01.05.2015 bis 30.06.2015, von 01.08.2015 bis 31.08.2015 sowie von 01.10.2015 bis 30.11.2015 für die BF tätig. Diese Zeiträume lassen sich anhand der vorgelegten Rechnungen festlegen. Herr XXXX war somit für die BF als Dienstnehmer tätig.

Der Dienstnehmer erledigte diverse Dienstleistungen an Objekten z.B. Reinigung, Schneeräumung und Gartenpflege. Die Aufträge und die zeitlichen Vorgaben wurden durch die BF koordiniert. Ebenso entschied sie, ob gegebenenfalls Hilfskräfte zur fristgerechten Erledigung beigezogen werden mussten. Diese Arbeiten hat Herr XXXX auch schon früher, in seiner Zeit als unselbständiger Dienstnehmer, für die BF ausgeführt. Die Gartenarbeiten hat Herr XXXX alleine verrichtet, insbesondere bei Schneeräumungen wurden Herrn XXXX fallweise Hilfsarbeiter zur Unterstützung geschickt, wenn Herr XXXX das Objekt nicht schnell genug vom Schnee befreien konnte. Es bestanden zeitliche Vorgaben seitens der BF, bis wann die Räumung zu erfolgen hatte.

Das Beschäftigungsverhältnis war derart gestaltet, dass Herr XXXX bei Bedarf angerufen wurde und ihm so die Aufträge erteilt wurden. Die auferlegten Arbeiten mussten bis zu einem bestimmten Termin persönlich -

manchmal auch in Zusammenarbeit mit anderen Dienstnehmern - verrichtet werden. Arbeitszeiten waren Herrn XXXX keine vorgegeben. Wenn ihm Hilfskräfte zur Verfügung gestellt wurden, musste er seine Arbeitszeit mit diesen koordinieren. Im Falle einer Verhinderung, musste er die BF informieren. Es war kein Vertretungsrecht vereinbart und wurde dies auch nicht gelebt. Herr XXXX war nicht befugt selbst Personen zur Verrichtung der Tätigkeiten zu schicken. Arbeitsbezogene Anweisungen sind nicht erforderlich gewesen. Er wusste von sich aus, wie er sich bei der Verrichtung der Tätigkeiten zu verhalten hat, wodurch sich nähere Vorgaben im Hinblick auf fachliche Kenntnisse, Erfahrung und Fähigkeiten erübrigt haben. Herr XXXX hat die Arbeiten ordnungsgemäß durchgeführt. Eine Kontrolle fand durch die BF statt.

Herr XXXX verwendete zur Verrichtung seiner Tätigkeit, vor allem zur Schneeräumung, das Firmenfahrzeug der BF. Im Wesentlichen stellte Herr XXXX seine Arbeitskraft zur Verfügung. Er besitzt keine wesentlichen eigenen Arbeitsmittel und musste keine damit verbundenen Aufwände tragen. Fast alle Gerätschaften, die er zur Erledigung der Arbeiten brauchte, würden ihm von der BF zur Verfügung gestellt. Herr XXXX verfügte über ein eigenes Fahrzeug und eine Spachtel.

Die arbeitsbezogenen Vorgaben wurden durch die Gegebenheiten des Arbeitsortes und dem Ausmaß der zeitlichen Tätigkeit und durch die zu verrichtenden Tätigkeiten vorgegeben. Es wurden keine Arbeitszeitaufzeichnungen geführt. Herr XXXX legte im Nachhinein, nach Erbringung der Arbeitsleistung, monatlich Rechnungen. Diese wiesen Pauschalbeträge auf und bewegten sich in einem Bereich zwischen € 920,- und € 3.100,-. Neben der BF erhielt Herr XXXX vereinzelt auch Aufträge von anderen Auftraggebern. Er ist aber hauptsächlich für die BF tätig und somit in seinem beruflichen Fortbestand von dieser abhängig gewesen.

2. Beweiswürdigung:

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt. Das Bundesverwaltungsgericht legt im Wesentlichen die von der NÖGKK festgestellten Sachverhalte seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde, da diese schlüssig und nachvollziehbar waren und die Behörde ein ausreichendes Ermittlungsverfahren durchführte, in dem sowohl der BF als auch Herrn XXXX Gelegenheit gegeben wurde, ihr jeweiliges Vorbringen zu erstatten. Den Parteien wurde daher ausreichend Gelegenheit eingeräumt, ihre Standpunkte darzulegen.

Insbesondere wurden die Niederschriften des Dienstnehmers vom 16.09.2015 und 02.02.2016 und der BF (durch Herrn XXXX) vom 02.02.2016 gewürdigt, da diese in übereinstimmender Weise die nötigen Angaben über die tatsächliche Umsetzung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses zwischen den beiden enthalten.

Zur Qualifizierung des Dienstverhältnisses wird besonders darauf hingewiesen, dass Herr XXXX schon früher für die BF dieselben Tätigkeiten verrichtet hat, als er noch als unselbständiger Dienstnehmer bei der BF angemeldet war. Schon aus diesem Grund ist es, bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen, ungewöhnlich wie von einer Dienstnehmereigenschaft nun auf ein Werkvertragsverhältnis geschlossen werden kann.

3. Rechtliche Beurteilung:

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. Im konkreten Fall ist somit die Zuständigkeit des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, bei welchem das gegenständliche Verfahren mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängig war, mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

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

Ein Antrag auf Senatsentscheidung wurde nicht gestellt, gegenständlich liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

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

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 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.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG in der anzuwendenden Fassung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 ASVG von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 ASVG nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale 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.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes 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 Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

§ 539a ASVG normiert die Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung wie folgt:

Abs. 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.

Abs. 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.

Abs. 3: Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

Abs. 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.

Abs. 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.

Gemäß § 1 AIVG sind Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, (...) für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben.

Zu Spruchpunkt A) Abweisung der Beschwerde:

1. Rechtliche Würdigung:

Die BF moniert, Herr XXXX habe seine Tätigkeiten auf Basis von Werkverträgen selbständig erbracht und unterliege daher nicht der Pflichtversicherung nach dem ASVG.

Im konkreten Fall ist folglich beschwerdegegenständlich, ob es sich bei der Tätigkeit von Herrn XXXX um eine in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit als Dienstnehmer handelte oder nicht.

1.1. Zum Vorbringen des Vorliegens eines Werkvertrages und zur Abgrenzung zum Dienstvertrag:

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn eine Verpflichtung zur Herstellung einer im Vertrag individualisierten und konkretisierten Leistung besteht. Die Verpflichtung aus dem Werkvertrag besteht darin, diese genau umrissene Leistung in der Regel bis zu einem bestimmten Termin zu erbringen. Ein Werkvertrag muss sohin auf einen bestimmten, abgrenzbaren Erfolg abstellen und einen Maßstab erkennen lassen, nach welchem die Ordnungsgemäßheit der Erbringung des Werkes beurteilt werden kann (vgl. VwGH 20.12.2001, Zl. 98/08/0062, VwGH 24.1.2006, Zl. 2004/08/0101, und VwGH 25.4.2007, Zl. 2005/08/0082).

Zur Abgrenzung zwischen (freiem) Dienstvertrag und Werkvertrag hat der VwGH in ständiger Rechtsprechung (VwGH 05.06.2002, Zl. 2001/08/0107 "Schriftleiter", 03.07.2002, Zl. 2000/08/0161 "Leitsatzverfasser" uva.) wie folgt ausgesprochen:

Es kommt entscheidend darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (dies falls liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege 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.

§ 1151 ABGB stellt die Verpflichtung zur Dienstleistung für einen anderen auf eine gewisse Zeit der Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegenüber. Beim Werkvertrag kommt es daher auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag individualisiert und konkretisiert wurde (vgl. VwGH vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A = Arb 9876). Die im zuletzt zitierten Erkenntnis dargelegte Rechtsauffassung wurde - wie unten gezeigt wird - in der Lehre und Judikatur geteilt. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis (Koziol/Welser, Grundriss, Band I, 10. Auflage, 410), 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 (vgl. auch Krejci in Rummel, 2. Auflage, § 1151 RZ 93). Der "freie Dienstnehmer" handelt ebenso wie der Werkunternehmer persönlich selbstständig, diese Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Nach Mazal (ecolex 1997, 277) kommt es darauf an, ob die Parteien eine bestimmte letztlich abgeschlossene Tätigkeit (Werkvertrag) vereinbaren oder ob sie eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Verpflichtung zum Tun begründen wollen (freier Dienstvertrag). Wachter (DRdA 1984, 405) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet sind. Auch nach der Judikatur (OGH 9 ObA 225/91) liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn Gegenstand der vereinbarten Leistung ein bestimmtes Projekt ist. Die Herstellung eines Werkes als eine in sich geschlossene Einheit hat der Verwaltungsgerichtshof bei der Erbringung einzelner manueller Beiträge zu einem Werk nicht angenommen (Montagearbeiten an einer Lüftungsanlage, Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, 93/08/0092; Arbeiten auf einer Baustelle, Erkenntnis vom 19. Jänner 1999, 96/08/0350; zu einer vergleichbaren Tätigkeit siehe auch OGH 9 ObA 54/97z). Ebenso wurde ein Werkvertrag verneint, wenn die zu erbringende Leistung nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert wurde (Erkenntnis vom 30. Mai 2001, 98/08/0388). Schrank/Grabner (Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Auflage, 26 f) führen unter Berufung auf Tomandl (auf den sich auch der Verwaltungsgerichtshof im genannten Erkenntnis vom 20. Mai 1980 sowie Mazal und Wachter stützen) aus, die Vertragspflicht beim freien Dienstvertrag auf Seiten des Auftragnehmers müsse Dienstleistungen umfassen, müsse sich also auf bloß der Art nach umschriebene Tätigkeiten (Arbeiten, Tun, Wirken) beziehen, bei welchen "die Einräumung eines Gestaltungsrechtes an den Besteller (bzw. eine Unterwerfung auf Seiten des freien Dienstnehmers) wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist, der noch nach Vertragsabschluss, also bei der Vertragserfüllung, einer Konkretisierung durch den Auftraggeber dahin bedarf, welche Einzelleistungen er im Rahmen des Vertrages verrichtet sehen möchte".

Aus dem Gesagten folgend kann das Bundesverwaltungsgericht aus dem zwischen dem BF und Herrn XXXX gelebten Beschäftigungsverhältnis kein Zielschuldverhältnis erkennen. Mit der Vereinbarung wurden weder individualisierbare und konkretisierte Leistungen noch eine in sich geschlossene Leistung im Sinne eines Werkes geschlossen, vielmehr wurden lediglich über einen gewissen Zeitraum dieselben wiederkehrenden entgeltlichen manuellen Hilfstätigkeiten vereinbart. Die Bezahlung erfolgte nach (pauschalierter) Honorarlegung im Nachhinein. Eine schriftliche Vereinbarung, vor Arbeitsantritt, gab es nicht. Den mündlichen Auftragserteilungen mangelt es an den Erfordernissen einer konkret und individualisierbaren Leistung mit einem bestimmten Fälligkeitstermin, der einen zivilrechtliche Gewährleistungsansprüche nach sich zieht und einer für den Werkauftraggeber nachvollziehbaren und bei Vertragsabschluss vorliegenden Gesamtkostensumme des zu erbringenden Werkes. Der Dienstnehmer hat sich zur Erbringung von Leistungen verpflichtet und können daher den gegenständlichen Vereinbarungen bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) nicht ein Deutungsschema zu Grunde gelegt werden, wonach diese die Vermutung der Richtigkeit nach sich ziehen. Vielmehr geht das Bundesverwaltungsgericht vom Vorliegen von Scheinvereinbarungen aus, die die Vollversicherungspflicht des Herrn XXXX gemäß § 4 Abs. 2 ASVG verhindern sollten.

Folglich wurde zwischen dem BF und Herrn XXXX kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag abgeschlossen.

1.2. Zum Vorbringen des Vorliegens eines Gewerbescheins:

Zum Vorbringen, der Dienstnehmer sei hinsichtlich der ausgeübten Tätigkeit Inhaber einer Gewerbeberechtigung, ist festzuhalten, dass dieser Einwand ins Leere geht, da nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes diesem formalen Umstand keinerlei Bedeutung für die Entscheidung der Frage

zukommt, ob der Dienstnehmer bei der konkreten Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt war (VwGH 3.11.2004, Zahl: 2001/18/0129).

Entscheidungsrelevant ist laut Verwaltungsgerichtshof nur, ob die Dienstleistung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ASVG erbracht wurde (VwGH 2005/08/0084). Es ist gemäß Verwaltungsgerichtshof (2007/08/0041, 2007/08/0038) keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt. Somit geht auch das Vorbringen des Dienstnehmers als auch der BF, wonach Herr XXXX auch für andere Unternehmungen im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung tätig war, ins Leere, da diese Möglichkeit neben einer Tätigkeit, die eine Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 auslöst ohnehin möglich ist.

Die Innehabung einer Gewerbeberechtigung stellt kein Merkmal für das Fehlen eines Verhältnisses persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit dar (VwGH 0150/63, 2009/08/0145). Die Innehabung von Gewerbescheinen für Tätigkeiten, die keine besondere Qualifikation erfordern und üblicherweise auch von abhängigen Beschäftigten erbracht werden, durch solche Personen ist Teil eines verbreiteten Missbrauchs der Gewerbeordnung, die einerseits der Verschleierung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse dient und andererseits oft Tätigkeiten betrifft, von denen nicht auszuschließen ist, dass es sich um "gegen Stunde- oder Taglohn oder Werkentgelt zu leistende Verrichtungen einfachster Art" handelt, die gemäß " 2 Abs. 1 Z 8 GewO von der Gewerbeordnung ausgenommen sind (VwGH 2012/08/0032, zum Gewerbeschein "Verspachteln von Gipskartonplatten" VwGH 2010/08/0129, 2011/08/0115).

1.3. Prüfung der Merkmale der Dienstnehmereigenschaft des § 4 Abs. 2

ASVG:

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11.07.2012, Zl. 2010/08/0217, mwN).

Bei den von Herrn XXXX durchgeführten Tätigkeiten (Gartenpflege, Schneeräumung, Heckenschnitt, Reinigen und Verspachteln von Rigipsplatten) handelt es sich nach Ansicht des Bundesverwaltungsgericht gerade um solche Hilfstätigkeiten im Sinne dieser Rechtsprechung, die in organisatorischer Einbindung in den Betrieb der BF erbracht worden sind. Atypische Umstände, die einer Beurteilung als abhängige Beschäftigung entgegenstehen würden, sind im Beschwerdefall nicht zu sehen, zumal der Dienstnehmer weder über eine eigene betriebliche Organisation oder über eigene Betriebsmittel, abgesehen vom teilweise mitgebrachten eigenen Werkzeug, verfügt hat noch eigene unternehmerische Entscheidungen beim Dienstgeberbetrieb treffen konnte oder in der Art eines selbständig am Markt auftretenden Unternehmers seine Tätigkeit erfolgreich angeboten hat. Insofern ist der Feststellung der belangten Behörde entgegen der Auffassung der BF sehr wohl Wesentlichkeit beizumessen und dieser zu folgen, dass Herr XXXX keinerlei Werbung für seine gewerbebetriebliche Tätigkeit am Markt unternommen hat, da mangels einer solchen Aktivität von keinem von der Judikatur geforderten selbstständigen Auftreten am Markt gesprochen werden kann. Vielmehr hatte sich die Arbeitserbringung im Kern an den betrieblichen Erfordernissen und den Bedürfnissen des Arbeitgebers zu orientieren, was für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit spricht. Dass sich die Arbeitserbringung des Herrn XXXX im Kern an den betrieblichen Erfordernissen und den Bedürfnissen des Arbeitgebers orientierte, manifestiert sich auch in den Ausführungen von Herrn XXXX vom 02.02.2016, wonach die BF die Aufträge und die zeitlichen Vorgaben koordiniert und darüber entschieden habe, ob Herr XXXX zur fristgerechten Erledigung durch Hilfskräfte unterstützt werden müsse, sodass sich schon aus diesem Arbeitsablauf eine notwendige betriebliche Einbindung des Herr XXXX ergibt.

Die Tätigkeit als Hilfskraft fällt folglich in diese Kategorie, sodass die persönliche Abhängigkeit von Herrn XXXX nicht näher geprüft werden muss, sondern sich aus den Umständen der Dienstleistung als Hilfskraft ergibt.

Selbst, wenn aber eine Prüfung der essentiellen Merkmale der Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG durchgeführt würde, kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass diese Merkmale bei der Erbringung der Tätigkeit des Herrn XXXX für die Dienstnehmerin aufgrund des Vorliegens einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegeben sind.

Zum Vorliegen eines Dienstverhältnisses:

1.3.1. Persönliche Arbeitspflicht:

Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses gemäß § 4 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 ASVG oder § 4 Absatz 4 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt die persönliche Arbeitspflicht, dann liegt kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach dem ASVG vor (vergleiche Müller, DRdA 2010, 367 ff.).

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)

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).

Auch in seinem Erkenntnis vom 15.09.2010, ZI. 2007/08/0167, spricht der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nur dann, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis seine Arbeitsverpflichtung nach Belieben zur Gänze oder teilweise Dritten überbinden darf, keine persönliche Abhängigkeit vorliegt.

Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies:

Kein Vertretungsrecht:

Mangels der Vorlage einer schriftlichen Vereinbarung ist besonderes Augenmerk auf die Niederschriften zu legen, in denen Herr XXXX vorbrachte, dass kein Vertretungsrecht vereinbart worden sei und auch praktisch nicht geübt wurde. Er selbst sei nicht befugt gewesen, Personen zur Verrichtung der Arbeiten zu schicken.

Für das Bundesverwaltungsgericht folgt daher in Zusammenschau mit der oben genannten Judikatur, dass keine generelle Vertretungsmöglichkeit von Herr XXXX gegeben war, sondern seine persönliche Arbeitspflicht gefordert war. Unbestritten blieb auch, dass sich Herr XXXX tatsächlich nie vertreten ließ.

Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit:

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).

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 maßgebender Bedeutung sein (VwGH 25.09.1990, 89/08/0334, vgl. dazu auch das grundlegende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A, sowie das Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11361/A).

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 hierbei 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, ZI. 2013/08/0258; VwGH 11.12.2013, ZI 2011/08/0322; VwGH 21.12.2011, ZI. 2010/08/0129, mwN).

Auch im vorliegenden Fall hatte sich die Arbeitserbringung im Kern an den betrieblichen Erfordernissen und den Bedürfnissen des Arbeitgebers zu orientieren, was für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit spricht. Sowohl die BF als auch Herr XXXX gaben in ihren Stellungnahmen gleichlautend an, dass die konkrete Arbeitszeit je nach Auftragslage variiert habe. Bei Bedarf wurden Herrn XXXX Aufträge erteilt. Ihm waren zwar keine fixen Arbeitszeiten vorgegeben, dennoch mussten die Arbeiten aber bis zu einem bestimmten Termin erledigt werden. In Fällen, wo ihm ein Hilfsarbeiter zur Seite gestellt worden sei, musste er seine Arbeitszeiten mit diesem koordinieren.

Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15. Oktober 2003, 2000/08/0020, ausgeführt, dass eine Beschäftigung unter dem Gesichtspunkt des Überwiegens der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit erfolgt, wenn die Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den vorgegeben Terminen habe, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss.

Das Bundesverwaltungsgericht geht daher von einer notwendigen Einbindung von Herrn XXXX in den Betrieb der BF aus, da der Dienstnehmer nur so dem Dringlichkeitsgebot der Arbeitsaufträge gerecht werden konnte und auch von der BF in der Befragung vorgebracht wurde, dass die zeitlichen Vorgaben durch sie koordiniert worden seien.

Unbestritten unterlag der Dienstnehmer einer Bindung an den Arbeitsort, da dieser jeweils auf den Rechnungen vermerkt war. Auch wenn der Dienstnehmer anführt, dass er in seiner Arbeitszeiteinteilung frei war, so wird dies nur im Zusammenhang mit seiner Aussage gesehen, dass ein "Fertigstellungstermin" vereinbart war, womit für das Bundesverwaltungsgericht in der Gesamtschau feststeht, dass der Dienstnehmer eben hinsichtlich seiner Arbeitsleistung nicht frei verfügen konnten, sondern sich an den betrieblichen Bedürfnissen orientieren musste.

In seinem Erkenntnis vom 24.04.2014, Zl. 2012/08/0081, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation stellt. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausgehende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 4. Juni 2008, Zl. 2004/08/0190 und Zl. 2007/08/0252, vom 2. Mai 2012, Zl. 2010/08/0083, vom 11. Juli 2012, Zl. 2010/08/0204, und vom 17. Oktober 2012, Zl. 2010/08/0256), während die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012 Zl. 2012/08/0224, mwN).

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes besteht im vorliegenden Fall, wo der Dienstnehmer, der an den unterschiedlichen Einsatzorten und nicht am Sitz der Dienstgeberin tätig war, somit disloziert arbeitete, kein Zweifel daran, dass der Dienstnehmer der stillen Autorität der BF unterlag. Dies gründet sich auch auf die Aussage des Dienstnehmers hinsichtlich der Kontrollbefugnis der BF, wonach der Dienstgeber doch die Möglichkeit hatte, die Einhaltung der Fertigstellung der Arbeiten zu kontrollieren.

Aufgrund dieser Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort ist die persönliche Abhängigkeit von Herrn XXXX zu bejahen.

Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit:

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.

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).

In seinem Erkenntnis vom 24.04.2014, Zl. 2012/08/0081, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. - wie hier - in Abwesenheit des Dienstgebers (oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation) ausüben, sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation stellt. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausgehende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 4. Juni 2008, Zl. 2004/08/0190 und Zl. 2007/08/0252, vom 2. Mai 2012, Zl. 2010/08/0083, vom 11. Juli 2012, Zl. 2010/08/0204, und vom 17. Oktober 2012, Zl. 2010/08/0256), während die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012 Zl. 2012/08/0224, mwN).

Dies trifft auf die Tätigkeit von Herrn XXXX zu, da diese von der BF genau determiniert wurde: Herr XXXX musste die Tätigkeiten an den von der BF angegebenen Adressen binnen einer vorgegebenen Zeit ausführen. Arbeitszeitaufzeichnungen wurden dabei keine geführt, wonach das Ausmaß der zeitlichen Tätigkeit nicht mehr nachvollziehbar ist. Arbeitsbezogene Weisungen waren nicht erforderlich, da diese nach Art der zu verrichtenden Tätigkeiten nicht erforderlich gewesen wäre. Herr XXXX hat die Arbeiten immer ordnungsgemäß verrichtet. Besonders ist auf den Umstand hinzuweisen, dass es sich bei diesen Tätigkeiten um solche handelte, die Herr XXXX schon früher für die BF zu verrichten hatte, als er noch als unselbständiger Dienstnehmer bei der BF angemeldet wurde.

Die BF kontrollierte die Tätigkeit von Herrn XXXX, da sie für die ordnungsgemäße Ausführung der Aufträge gegenüber ihren Kunden verantwortlich war.

Herr XXXX war daher weisungsgebunden und unterlag der Kontrolle der BF.

Betriebsmittel:

Herr XXXX stellte zur Verrichtung der Tätigkeiten im Wesentlichen seine Arbeitskraft zur Verfügung. Er besitzt keine wesentlichen eigenen Arbeitsmittel und keine damit verbundenen Aufwendungen. Herr XXXX hatte keine betriebliche Struktur, dies zeigt sich insbesondere dadurch, dass die Abrechnungen an die BF keine Betriebsmittelangaben aufweisen. Ebenso sind in der vorgelegten Einnahmen-Ausgaben-Rechnung vom 31.12.2015 keinerlei Abschreibungen oder betriebliche Aufwendungen (außer KFZ Kosten, Mitgliedsbeiträge, Spesen des Geldverkehrs und Pflichtversicherung) aufgelistet. Aus den Aussagen war ersichtlich, dass die BF 2014 größere Anschaffungen von Betriebsmitteln getätigt habe, die auch Herr XXXX nutzen konnte. Besonders anzuführen ist auch die Benutzung des "Schneepfluges" der BF durch Herrn XXXX, um schnellstmöglich die erforderlichen Schneeräumungen durchzuführen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit der Frage der "wesentlichen Betriebsmittel" vor allem im Zusammenhang mit dem freien Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 4 ASVG befasst. Er hat dazu ausgesprochen, dass ein Betriebsmittel grundsätzlich dann für eine Tätigkeit wesentlich sein wird, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist. Dabei ist stets vorausgesetzt, dass es sich um ein Sachmittel handelt, welches für die konkret in Rede stehende Tätigkeit des freien Dienstnehmers wesentlich ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, Zl. 2007/08/0223). Bei einem Betriebsmittel, welches seiner Art nach nicht von vornherein in erster Linie zur betrieblichen Verwendung bestimmt ist (im dort entschiedenen Beschwerdefall ein PKW bzw. Fahrrad), führt der Umstand allein, dass der Auftraggeber die Verwendung verlangt, noch nicht dazu, dass es zum wesentlichen Betriebsmittel des freien Dienstnehmers wird.

Das von Herrn XXXX bereitgestellte Privatauto ist daher nicht als wesentliches Betriebsmittel anzusehen. Ein Privatauto dient nämlich nicht in erster Linie der betrieblichen Nutzung, sondern eben der privaten Nutzung.

Allfällige weitere Anhaltspunkte für eine unternehmerische Struktur auf Seiten von Herrn XXXX wurden weder vorgebracht und konnten aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch nicht erkannt werden.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes war Herr XXXX in die Betriebsstruktur eingegliedert, da er an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten und die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse gebunden war und ihm diesbezüglich insgesamt gesehen keine freie Disposition erlaubt war.

Das Bundesverwaltungsgericht folgt daher im Ergebnis der belangten Behörde, wonach die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers XXXX vorlag.

1.3.2. Wirtschaftliche Abhängigkeit:

Nach ständiger Rechtsprechung hat die persönliche Abhängigkeit die wirtschaftliche Abhängigkeit zwangsläufig zur Folge und muss daher nicht gesondert geprüft werden (ua. VwGH vom 22.12.2009, 2006/08/0317; VwGH vom 25.04.2007, 2005/08/0137; VwGH vom 20.12.2006, 2004/08/0221).

1.4. Die BF als Dienstgeberin gemäß § 35 ASVG:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Frage, ob jemand in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 ASVG steht, immer in Bezug auf eine andere Person, nämlich - vom Fall der Indienstnahme durch Mittelspersonen abgesehen - den Dienstgeber zu prüfen (Hinweis E 22. Juni 1993, 92/08/0256) (VwGH vom 15.07.2013, Zl. 2011/08/0151).

Das System der Versicherungspflicht abhängig Beschäftigter baut auf der Verschiedenheit von Dienstgeber (iSd § 35 Abs. 1 ASVG) und Dienstnehmer auf.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, 83/08/0200, VwSlg 12325 A/1986; VwGH vom 15.07.2013, Zl. 2011/08/0151).

Es liegt zwar keine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Dienstnehmer und der BF vor, allerdings lässt sich aus den Einvernahmen erkennen, dass alleinig die BF berechtigt und verpflichtet wurde. Sohın ist die BF als Dienstgeberin gemäß § 35 Abs. 1 ASVG zu qualifizieren.

1.5. Ergebnis:

Herr XXXX wurde in der Zeit von 01.05.2013 bis 31.03.2014, von 01.06.2014 bis 30.11.2014, von 01.01.2015 bis 31.03.2015, von 01.05.2015 bis 30.06.2015, von 01.08.2015 bis 31.08.2015 sowie von 01.10.2015 bis 30.11.2015 von der BF beschäftigt, weshalb das Dienstverhältnis mit diesem Zeitraum festgestellt wird. Dies ist aufgrund der vorgelegten Rechnungen nachzuvollziehen.

Es war daher durch das Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse betreffend die Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung für Herrn XXXX für den im Bescheid festgestellten Zeitraum zu bestätigen und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Da Herr XXXX im angeführten Zeitraum in der Krankenversicherung pflichtversichert war, unterliegt er auch für diesen Zeitraum der Arbeitslosenversicherung.

2. Unzulässigkeit der Wiederholungsprüfung nach § 41a ASVG iVm § 148 Abs. 3 BAO:

Zu dem Vorbringen der BF in der Beschwerde vom 20.07.2016, wonach die nunmehr vorgenommene Beitragsnachverrechnung aufgrund der für die Kalenderjahre 2011 bis 2014 durchgeführten GPLA wegen dem Verbot der Wiederholungsprüfung rechtswidrig sei, führte schon die Behörde richtigerweise aus, dass es sich bei einer GPLA Prüfung stets um eine stichprobenartige Überprüfung handelt. Der gegenständliche Sachverhalt wurde nicht im Rahmen der GPLA behandelt und wurde erst mit den niederschriftlichen Angaben des Herrn XXXX im September 2015 (nach der Schlussbesprechung vom 08.06.2015) bekannt (vgl. Erkenntnis des VwGH vom 10.06.2009, Zl. 2007/08/0033, wonach einem auf § 42 ASVG gestütztem Begehren der Kasse auf umfassende Vorlage von Unterlagen auch nach Abschluss einer GPLA zu folgen ist.).

Der hier beleuchtete Sachverhalt stellt dies keine unzulässige Wiederholungsprüfung im Sinne des § 41a ASVG iVm § 148 Abs. 3 BAO dar.

3. Zum Entfall einer mündliche Verhandlung:

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 24 Abs. 2 VwGVG kann die Verhandlung entfallen, wenn

1. der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist oder

2. die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen ist.

Gemäß § 24 Abs. 3 VwGVG hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Partei zurückgezogen werden.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

Im gegenständlichen Fall liegt dem Bundesverwaltungsgericht eine umfassende Aktenlage mit einem ausreichenden Ermittlungsverfahren und entsprechenden Ermittlungsergebnissen vor. Da mit diesem Erkenntnis bereits eine Entscheidung in der Sache ergeht, bedurfte es keiner Beurteilung mehr über die Aussetzung der Einhebung.

Eine mündliche Erörterung hätte daher aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes keine weitere Klärung der Rechtssache erwarten lassen und war der Sachverhalt aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes iSd § 24 Abs. 4 VwGVG entscheidungsreif. Insgesamt konnte daher von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

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.

Das hg. Erkenntnis hält sich an die, innerhalb desselbigen zitierte Judikatur des VwGH (VwGH 20.12.2001, Zl. 98/08/0062; vom 24.1.2006, Zl. 2004/08/0101; vom 25.4.2007, Zl. 2005/08/0082; vom 05.06.2002, Zl. 2001/08/0107; vom 03.07.2002, Zl. 2000/08/0161; vom 17.01.1995, Zl. 93/08/0092; vom 19.01.1999, Zl. 96/08/0350; vom 25.09.1990, 89/08/0334, vom 4.12.1957, Slg. Nr. 4495/A; vom 19.03.1984, Slg. Nr. 11361/A; vom 24.04.2014, Zl. 2012/08/0081; vom 4.06.2008, Zl. 2004/08/0190 und Zl. 2007/08/0252, vom 2.05.2012, Zl. 2010/08/0083,

vom 11.07.2012, Zl. 2010/08/0204, vom 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256;

vom 19.12.2012 Zl. 2012/08/0224; vom 17.12.2004, Zl. 2001/08/0131;

vom 26.08.2014, Zl. 2012/08/0100; vom 15.09.2010, Zl. 2007/08/0167;

vom 22.12.2009, 2006/08/0317; vom 25.04.2007, 2005/08/0137; vom 20.12.2006, 2004/08/0221; vom 3.11.2004, Zl. 2001/18/0129; vom 15.07.2013, Zl. 2011/08/0151; vom 10.12.1986, Zl. 83/08/0200, vom 15.07.2013, Zl. 2011/08/0151).

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2016:W142.2135631.1.00