

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

19.04.2018

Geschäftszahl

W178 2102339-1

Spruch

W178 2102339-1/42E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Drin Maria PARZER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichterinnen Maga Martina Thomasberger und Maga Christa Kocher als Beisitzerinnen über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch Eckhardt Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung- GmbH, gegen den Bescheid der Burgenländischen Gebietskrankenkasse vom 24.11.2014, Zl. II-Pi-Sch-14, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 21.07.2016 zu Recht erkannt:

I.

1. Der Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt I gemäß § 28 Abs 1 und 2 VwGVG keine Folge gegeben und der angefochtene Bescheid mit folgenden Maßgaben bestätigt:

1. Der Abspruch über Frau XXXX wird dahingehend geändert, dass der bereits aufgrund der Beschäftigung bei der Bf gemeldeten Beitragsgrundlage von € 3.322,53 der Betrag von € 1.158,99 in den Monaten Juni und Juli 2008 hinzuzurechnen ist.

2. Der Abspruch über Herrn XXXX wird dahingehend geändert, dass der bereits aufgrund der Beschäftigung bei der Bf gemeldeten Beitragsgrundlage der Betrag von 600 € in der Zeit von 15.07. bis 20.07.2010 hinzuzurechnen ist.

3. Der Abspruch über Frau XXXX wird dahingehend ergänzt, dass der bereits aufgrund der Beschäftigung bei der Bf gemeldeten Beitragsgrundlage von € 3.373,28 in den Monaten Mai bis August 2012 der Betrag von jeweils € 450 hinzuzurechnen ist.

II.

Der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt II wird gemäß § 28 Abs 1 und 2 VwGVG keine Folge gegeben.

III.

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 1 und 2 VwGVG hinsichtlich Spruchpunkt III teilweise Folge gegeben und festgestellt, dass die Beschwerdeführerin

1. den Betrag von € 106.920,06 an Beitragsnachverrechnung sowie

2. den Betrag von € 33.063,73 an Beitragszuschlag

an die belangte Behörde zu entrichten hat.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Bei der XXXX GmbH wurde eine Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) durchgeführt, Prüfzeitraum war vorerst vom 01.01.2008 bis 31.12.2011, erweitert um das Jahr 2012. Anlässlich der Schlussbesprechung am 13.08.2014 hat die Beschwerdeführerin einen Bescheidantrag gestellt. Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft hatte mit Schreiben vom 12.08.2014 an die BGKK auf die Teilnahme an der Schlussbesprechung verzichtet.

2. Es wurde im Betrieb der Bf auch eine Lohnsteuerprüfung durchgeführt. Mit Bescheiden vom 16.09.2014 wurden Haftungsbescheide betreffend Lohnsteuer für die Jahre 2008 bis 2012 sowie Bescheide betreffend Dienstgeberbeitrag FLAF (DB) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ) erlassen. Es fand eine Nachverrechnung von Lohnsteuer statt, vgl. auch den Bericht über das Ergebnis der Außenprüfung vom 17.09.2014, im Akt der belangten Behörde.

3. Gegen diese Entscheidungen hat die Bf Beschwerde an das Bundesfinanzgericht erhoben. Dieses Verfahren ist noch anhängig (vgl. zuletzt Email der Finanzbehörde vom 26.01.2018, im Akt des BVwG).

4. Die Burgenländische Gebietskrankenkasse (kurz BGKK) stellte mit Bescheid vom 24. 11. 2014 unter Spruchpunkt I fest, dass die in der Folge angegebenen Personen aufgrund ihrer Beschäftigung bei der XXXX GmbH (kurz XXXX bzw. Beschwerdeführerin-Bf) gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Z 1 lit. a AIVG unterlägen und es wurden die Beitragsgrundlagen angegeben.

Unter Spruchpunkt II wurde entschieden, dass die in der Folge angeführten Beschäftigten aufgrund ihrer Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin der Teilversicherung in der Unfallversicherung nach dem ASVG unterlägen und es wurden die Beitragsgrundlagen angegeben.

Unter Spruchpunkt III wurde ausgesprochen, dass die Beschwerdeführerin als Dienstgeberin im Sinne des § 35 ASVG verpflichtet sei, die in der Anlage mit der näheren Bezeichnung "Beitragsabrechnung aus GPLA 1.1.2008 bis 31.12.2012" vom 14.08.2014 wegen Einbeziehung in die Sozialversicherung der (diplomierten) Pflegekräfte und weiterer Hilfskräfte ausgewiesenen Sozialversicherungsbeiträge inklusive Sonderbeiträgen und Umlagen in der Gesamthöhe von Euro 114.527,26 unter Anlastung eines Beitragszuschlages gemäß § 113 ASVG im Ausmaß der gesetzlichen Verzugszinsen gemäß § 59 ASVG im Betrag von Euro 36.773,84 zu entrichten habe. Die Anlage zu diesem Bescheid bestehend aus dem Prüfbericht und der Beitragsabrechnung aus GPLA, stellt einen integrierten Bestandteil dieses Bescheides dar.

Zur Begründung wurde Folgendes angeführt: Bei der Beschwerdeführerin sei eine gemeinsame Prüfung der lohnabhängigen Abgaben (GPLA) für den Zeitraum vom 1.1.2008 bis 31.12.2012 durchgeführt worden. Im Zuge dieser Prüfung sei festgestellt worden, dass eine Beschäftigung von Scheinselbstständigen im Pflegedienst, als PflegehelferInnen und für Hilfsdienste in Küche und Reinigung bestehe. Die belangte Behörde habe Einsicht in die Honorarnoten und die Dienstpläne genommen. Überdies sei ein Ermittlungsverfahren durch ein Schreiben an die freiberuflich tätigen Pflegekräfte und Hilfskräfte samt Fragebogen bzw. durch persönliche Einvernahme von einigen sogenannten Freiberuflern durchgeführt worden. Die Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft der Beschwerdeführerin habe die Saldenlisten betreffend "Fremdpersonal" der Kalenderjahre 2008-2012 vorgelegt. Als Fremdpersonal seien zum überwiegenden Teil das diplomierte-Krankenpflegepersonal sowie Pflegehelfer und zu einem geringen Teil die Hilfsdienste in Reinigung und Küche zusammengefasst worden.

In der Folge führt die belangte Behörde an, welche Personen, die von der Prüfung umfasst sind, nicht in der Pflege tätig gewesen seien, welche als Praktikantinnen tätig gewesen seien, und welche alles diplomierte Pflegepersonen.

In Zusammenfassung der Erhebungsergebnisse sei festzustellen, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin das Pflegepersonal, das Reinigungspersonal und die Praktikanten in die Selbstständigkeit gedrängt habe, um Lohnabgaben zu sparen. Es gehe klar hervor, dass die Einbindung der "freiberuflichen" Pflegekräfte in die betriebliche Organisation des Altenheimes durch monatlich im Voraus erstellte Dienstpläne, die Verpflichtung zur Dienstübergabe bei Wechsel von Tag- auf Nachtdienst und umgekehrt, die Dokumentationspflicht über die vorgenommenen Tätigkeiten, die Bindung an die Einträge im Krankenakt, die Berücksichtigung der Rückmeldungen der zu betreuenden Heimbewohner, die Pflicht zur strikten Einhaltung der Arbeitszeit bei übernommenen Diensten und die Pflicht zur Meldung von krankheitsbedingten Abwesenheiten bestanden habe. Geplante Urlaube fanden in der Dienstplanerstellung bereits Berücksichtigung. Die ausgeübte Kontrolltätigkeit durch die Pflegedienstleitung und/oder den Geschäftsführer sei durch die Dokumentationspflicht der in den übernommenen Diensten erbrachten Tätigkeiten der "freiberuflichen" Pflegekräfte und durch Aussagen der Befragten in Bezug auf die Kontrollfunktion durch den Geschäftsführer /Pflegedienstleitung erwiesen.

5. Gegen diesen Bescheid hat die Altenbetreuung Beschwerde erhoben.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass im vorliegenden Fall keine Dienstverhältnisse im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG bzw. i.V.m. § 5 Abs. 1 Z. 2 ASVG vorlägen, und dass jedenfalls die dreijährige Verjährungsfrist anzuwenden sei. Außerdem werde die Verjährungsfrist nicht durch eine beiläufige Bemerkung über eine eventuelle bevorstehende Prüfung unterbrochen, sondern sei erst mit Beginn der Prüfung, das sei der 25.4.2013 (gemeint 2008), unterbrochen worden. Weiters seien die unterschiedlichen Aussagen der Werkvertragsnehmer bzw. der freien Dienstnehmer alle über einen Kamm geschert worden und es seien keine Unterschiede in der Beurteilung gemacht worden. Ebenso sei nicht geprüft worden, ob tatsächlich regelmäßige Dienstleistungen vorgelägen und ob aufgrund dieser Ausführungen überhaupt der Kollektivvertrag anzuwenden sei. Ebenso sei nicht geprüft worden, ob aufgrund der veranlagten Einkünfte aus Gewerbebetrieb bzw. Versicherungspflicht bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft eine Bindungswirkung hinsichtlich der Sozialversicherung bestehe (unter Hinweis auf Erkenntnis VwGH vom 24. Januar 2006, Zl.2003/08/0231), eine eventuelle Verfassungswidrigkeit im Hinblick auf nicht diplomierte Pflegekräfte aufgrund des Hausbetreuungsgesetzes sei ebenfalls nicht geprüft worden. Ein Teil der Pflegekräfte verfüge über eine Berechtigung zur freiberuflichen Berufsausübung.

Über viele Jahre hinweg habe die belangte Behörde die Leistungen der diplomierten Pflegekräfte als selbstständige bzw. gewerbliche Tätigkeit angesehen. Aufgrund dieser jahrelangen Verwaltungspraxis könne das Unternehmen auch keine Meldepflichtverletzung bewirkt haben und somit sei die dreijährige Verjährungsfrist anzuwenden. Es sei jedenfalls keine Weisungsbindung vorgelegen, auch keine organisatorische Eingliederung gegeben und jedenfalls ein Unternehmerwagnis dahingehend vorgelegen, dass bei einer fehlerhaften Pflegeleistung zivilrechtliche Schadenersatzforderungen bzw. strafrechtliche Konsequenzen möglich gewesen wären. Als Beweis werde die Aussage von Frau XXXX vorgelegt, die nicht nur über eigene Betriebsmittel verfügt habe, sondern auch jederzeit die Dienste ablehnen habe können, da sie ihre Dienste nur aufgrund ihrer Verfügbarkeit dem Unternehmen gemeldet habe, somit eventuell andere vorgeschlagene Dienste abgelehnt habe. Sie habe bei Erkrankung ihre eigene Vertretung gesucht und habe dies dem Auftraggeber nicht mitteilen müssen, sodass eine uneingeschränkte Vertretung vorgelegen sei. Hinsichtlich der Ausführungen zu den Pflegedokumentation sei auszuführen, dass diese nicht von der Pflegedirektion vorgegeben worden sei, sondern vom Burgenländischen Altenwohn- und Pflegeheimgesetz. Aufgrund der Ausführungen hätte jedenfalls die Beschwerdeführerin überhaupt keinen Einfluss darauf gehabt, wann Pflegedienste von den selbstständig Tätigen erbracht worden seien, aus diesem Grund sei aus dem Bescheid auch nicht abzuleiten, ob tatsächlich arbeitsrechtliche Dienstnehmer vorgelegen seien und aus diesem Grund der Kollektivvertrag anzuwenden sei.

Zusätzlich werde noch auf das VwGH-Erkenntnis 27. April 2011, 2009/08/0123, verwiesen, in dem der Gerichtshof das Vorliegen echter Dienstverhältnisse trotz Zurverfügungstellung sämtlicher Betriebsmittel und Arbeitserbringung in den Räumen des Auftraggebers verneint habe.

Ebenso sei auszuführen, dass Tomandl im Beitrag ZAS 2007/32 "Was ist selbstständige Personenbetreuung" ausführe, dass in besonderer Weise auf die Sachzwänge bei der Pflege Bezug genommen werden müsse und daher der sich daraus ergebenden Unselbstständigkeit der Pflegepersonen kein Gewicht im Sinne der Zuordnung zum Vertragstypus als Arbeitsverhältnis zukomme. Diese Tätigkeit, die mit hohem Betreuungsaufwand und Rund- um- die- Uhr- Betreuung gekennzeichnet sei, sei im Wesentlichen durch Sachzwänge und nicht durch Weisungen bestimmt. Folge man der Meinung von Tomandl, dann könne im vorliegenden Fall keinesfalls ein Dienstverhältnis vorliegen.

Auch sei im Bescheid eine geschlossene Sachverhaltsdarstellung in überprüfbarer Weise nicht enthalten. Auch die Darstellung, aufgrund welcher Beweismittel welcher Sachverhalt als bewiesen anzusehen sei, sei nicht nachvollziehbar.

Aufgrund der speziellen Ausbildung der selbständig tätigen Mitarbeiter und aufgrund der Sachzwänge sei keinesfalls von einer Weisungsgebundenheit auszugehen und es seien auch keine Weisungen erteilt worden. Auch hätten die angesprochenen selbstständigen Mitarbeiter über Arbeitsmittel verfügt ebenso wie über eine einschlägige Gewerbeberechtigung.

Auch scheine im Vergleich mit dem Hausbetreuungsgesetz der Standpunkt der Behörde als gleichheitswidrig.

Im Hinblick auf die Honorarnoten sei auszuführen, dass von der Steuerberatungskanzlei nur ein Muster zur Verfügung gestellt worden sei, die Rechnungen seien von den Betreuerinnen selbst erstellt worden. Auch stelle die ausgeübte Tätigkeit eine abgrenzbare Leistung dar und hätten die selbstständig Tätigen jedenfalls den Arbeitsumfang selbstbestimmt und hätten diesen auch jederzeit ändern und gestalten können. Ebenso seien ein Vertretungsrecht und ein Ablehnungsrecht vereinbart gewesen und auch gelebt worden.

Es wurde der Antrag gestellt, den Bescheid aufzuheben und festzustellen, dass keine Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 ASVG gegeben sei und die Beiträge bzw. Beitragszuschläge auf null herabzusetzen und die Feststellung zu treffen, ob im Hinblick auf das Hausbetreuungsgesetz der Bescheid dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz standhalte, weil dieser Gleichheitsgrundsatz Rechtsgleichheit gewährleisten solle. Daraus ließen sich die Gebote ableiten, Gleiches gleich sowie Ungleiches ungleich zu behandeln. Wenn jedoch im Hausbetreuungsgesetz von Gesetzes wegen (mittels einem freien Gewerbeschein ohne Ausbildung) eine selbständige Tätigkeit gegeben sei und bei hochqualifizierten Pflegerinnen nur ein Dienstverhältnis vorliegen könne, sei dieser Gleichheitsgrundsatz jedenfalls nicht mehr gegeben.

Es wurde ein Antrag auf Senatszuständigkeit nach § 414 Abs 2 ASVG gestellt.

6. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 21.07.2016 wurden der frühere Geschäftsführer der Bf, Herr XXXX, die Vertreterin des Landes Burgenland - Abteilung Soziales, Gesundheit, Familie, Sport - Frau Mag. Maria Erdt als Zeugen und die Beschäftigten Herr XXXX, Frau XXXX, Herr XXXX und Frau XXXX und die frühere Pflegedienstleiterin, Frau XXXX als Parteien und der Geschäftsführer XXXX als Vertreter der Bf einvernommen.

Der Vertreter der Bf hat insbesondere darauf hingewiesen, dass mit Frau XXXX (Reinigung) kein Vertrag geschlossen worden sei, sondern mit der XXXX OG.

7. Die BGKK hat mit Schreiben vom 22.07.2016 ergänzende Ermittlungsunterlagen über die genaue Berechnung der Beitragsgrundlagen (Excel-Tabellen über die Honorare und die daraus abgeleitete Nachverrechnung) sowie Honorarnoten zu Frau XXXX vorgelegt. Diese basierten auf Unterlagen (Dienstpläne, Honorarnoten etc.), die von der Bf der BGKK zur Verfügung gestellt worden und bereits Thema der Schlussbesprechung waren.

8. Die XXXX OG bzw. Frau XXXX wurden aufgefordert, Unterlagen zu dieser Gesellschaft und der Beziehung zwischen ihr und der Bf vorzulegen.

Es wurden durch Frau XXXX bzw. die Steuerberatungs-GmbH Eckhardt im Namen von Frau XXXX umfangreiche Unterlagen beigebracht.

9. In der Stellungnahme vom 20.09.2017 hat die Bf noch ergänzend vorgebracht, dass ein genereller Anwendungsvorrang des ASVG vor dem GSVG im Gesetz nicht vorgesehen ist. Es sei auch auf den Unterschied zwischen sachlichen und persönlichen Weisungen Bedacht zu nehmen. Außerdem sei auf die Rechtsprechung des EuGH, die eine Doppelbelastung im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausschließt, hinzuweisen.

Zur Verjährung wird auf die Aussagen des Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung verwiesen, wonach die BGKK bei der vorhergehenden Prüfung an der freiberuflichen Beschäftigung keine Beanstandung gehabt hätte. Es sei daher die 3-jährige Verjährungsfrist anzuwenden. Ausführungen in den Aussagen in der mündlichen Verhandlung würden gegen Dienstverhältnisse sprechen.

10. Mit Stellungnahme vom 17.07.2017 hat die Bf ein Vorbringen zur Möglichkeit der freien Gewerbeausübung für Personenbetreuerinnen und der daraus entstehenden Gleichheitswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit erstattet.

11. Die Finanzbehörden wurden zum Stand des Lohnsteuerverfahrens mehrmals befragt. Zuletzt wurde mit Email vom 26.01.2018 mitgeteilt, dass noch keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Das Verfahren ist nach wie vor der bei der Finanzbehörde zur Beschwerdevorentscheidung anhängig .

12. Seitens der BGKK wurde auf Aufforderung des Gerichts eine ergänzende Stellungnahme vom 05.03.2018 abgegeben.

13. Der Bf wurde Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Sie hat mit Schreiben vom 11.04.2018 auf die bisher abgegebenen Stellungnahmen vom 20.09.2016 und 24.11.2017 verwiesen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1 Zum Vorgehen bei Ermittlungsverfahren, von denen eine größere Zahl von Personen umfasst ist, ist auf die Judikatur des VwGH (vgl. das Erkenntnis vom 04.08.2014, 2012/08/0231), zu verweisen, wonach in diesen Verfahren nicht jede Einzelperson getrennt abzuhandeln ist, sondern einzelne Fallgruppen gebildet werden können, wobei die verallgemeinerungsfähigen Sachverhaltelemente herauszuarbeiten sind, vgl. auch 22.12.2010, 2009/08/0045, 17.10.2012, 2012/08/0200.

Das BVwG hat daher unter II.4 Fallgruppen (Diplompflegekräfte- mit Untergruppen, Pflegehilfskräfte, Reinigungspersonal und sonstige Hilfskräfte, Küchenhilfen) gebildet und dazu jeweils Feststellungen getroffen und die Beweiswürdigung durchgeführt, sie werden unten unter 3. einzeln rechtlich begründet.#

1.2 Die Beschwerdeführerin, die XXXX GmbH, XXXX , führt eine Alten- und Pflegeheim, auch Seniorenresidenz XXXX genannt, vgl. auch <http://www.XXXX.at>. Geschäftsführer war bis August 2010 Herr XXXX , anschließend Herr XXXX allein, derzeit - seit September 2017 - Frau Mag. XXXX gemeinsam mit Herrn XXXX . Das Heim hatte bei der Überprüfung durch die Landesregierung im April 2009 32 Betten. Die Gesellschaft trug bis August 2010 die Firma "H. XXXX Gesellschaft m. b.H".

Die Einrichtung hat eine von der Burgenländischen Landesregierung erteilte Genehmigung nach dem Altenwohn- und Pflegeheimgesetz, LGBl. Nr. 61/1996, hier anwendbar in der Fassung LGBl. Nr. 32/2001 und unterliegt dem Kontrollrecht der Landesregierung. Per Verordnung auf Basis des Gesetzes wurde eine bestimmte Personalausstattung (fachlich qualifiziertes Personal in ausreichender Zahl, vgl. § 4 leg cit.) vorgeschrieben (Personalschlüssel). Der Betrieb eines Heimes erfordert eine Betriebsbewilligung (vgl. § 12 leg.cit), die nur zu erteilen ist, wenn u.a. die notwendige Anzahl und Qualifikation des vorgesehenen Pflegepersonals vorhanden ist und eine verantwortliche Pflegedienstleitung zur Verfügung stehen. In § 6 wird das Anlegen einer Pflegedokumentation für jeden Heimbewohner festgeschrieben.

Dem Betrieb des Bf waren lt. Bescheid des Amtes der Burgenländischen Landesregierung vom 02.06.2009 als Auflagen u.a. 6,29 Vollzeit-Dienstposten vorgegeben worden; der Anteil des "freiberuflichen" Pflegepersonals darf danach nicht mehr als 15 % sein. In der Begründung dieses Bescheides, Seite 5, wird auch Folgendes angeführt: "Es sind 7 freiberufliche Mitarbeiter des gehobenen Dienstes in der Einrichtung tätig, die im überwiegenden Ausmaß die Nachtdienste und gelegentlich Tagdienste abdecken. Im April [2009] werden 444 Stunden von den freiberuflichen Mitarbeitern abgedeckt und entspricht dies 2,69 vollzeitbeschäftigten Dienstposten (32 % Anteil)".

1.3 Die Dienstgeberin unterliegt dem Kollektivvertrag der Sozialwirtschaft Österreich mit der für das Burgenland gültigen Gehaltstafel, vgl. hierzu die zutreffenden Feststellungen im angefochtenen Bescheid der Kasse, S.18. Die Namen und geltend gemachten Honorare der "freiberuflich" Tätigen wurden den Dienstplänen und den Buchhaltungsunterlagen unter "Fremdpersonal" entnommen.

Die Pflegedienstleitung hatte im streitgegenständlichen Zeitraum u. a. zuerst Frau XXXX inne, vom 01.04.2009 bis 30.08.2010 Frau XXXX , vom 02.05.2012 bis 07.11.2012 Frau XXXX , ab diesem Zeitpunkt bis jedenfalls Ende 2012 Frau XXXX .

1.4 Zu den einzelnen Personengruppen:

1.4.1 Für die diplomierten Pflegekräfte gilt:

Bei dieser Tätigkeit war auf die Vorschriften des Burgenländischen Altenwohn- und Pflegeheimgesetz, Rücksicht zu nehmen, das eine Verpflichtung zur Pflegedokumentation beinhaltet, vgl. § 6. Danach ist über jeden Heimbewohner von der Pflegedienstleitung eine Pflegedokumentation anzulegen. In dieser sind jedenfalls der Tag und der Anlass der Aufnahme, Angaben über den allgemeinen Zustand und den Pflegebedarf entsprechend der ärztlichen Beurteilung und der Einstufung nach den maßgeblichen Pflegegeldgesetzen, das Pflegeverfahren und die Pflegeziele bei der Aufnahme und im weiteren Verlauf aufzunehmen, und auch Angaben über pflegerische, therapeutische und ärztliche Anordnungen sowie Aufzeichnungen über die Art der Verpflegung.

Die konkreten Pflegemaßnahmen während der Dienste ergaben sich aus den pflegerischen Notwendigkeiten und Bedürfnissen der Heimbewohner (auch schriftlich festgehalten im Pflegeplan) sowie den jeweils akuten Bedürfnissen. Die Einschulung erfolgte bei Beginn der Tätigkeit (Dienstantritt, durch Kollegin bzw. Leitung).

Der Dienstplan war jeweils für den übernächsten Monat zu erstellen, z. B. im Juni für August.

Die vom gegenständlichen Fall umfassten Pflegekräfte (bei der Bf "Poolkräfte" genannt) wurden in die monatlich zu erstellenden Dienstpläne aufgenommen. Der Dienstplan war- außer bei unvorhersehbaren Ereignissen wie Krankheit - verbindlich einzuhalten. Die Pflegedienstleitung hat - soweit der Dienstplan nicht mit unbestritten unselbstständig beschäftigtem Stammpersonal besetzt werden konnte, überwiegend regelmäßig die sogenannten Freiberuflichen herangezogen, im Wesentlichen für Nachtdienste, aber auch Tagdienste. Die Einteilung erfolgte aufgrund der vorherigen Bekanntgabe, wie viele Dienste im Allgemeinen von der Pflegekraft übernommen werden können. Diese Bereitschaft war unterschiedlich hoch (vgl. unten). Teilweise wurde telefonisch Kontakt aufgenommen, ob ein bestimmter Dienst tatsächlich übernommen werden kann. Die grundsätzliche Bereitschaft war bereits im Vorhinein bekannt gegeben worden.

Ein Recht, sich - außer im Verhinderungsfall - durch andere Personen vertreten zu lassen, gab es nicht, bei Absage aus triftigem Grund wurde die Pflegedienstleitung informiert, die einen Ersatz suchte. Bei Krankheit wurde die Pflegedienstleitung informiert vgl. Dienstzettel XXXX - "Krankmeldungen haben unverzüglich zu erfolgen". Wer wegen Urlaubs nicht zur Verfügung stand, hatte dies der Pflegedienstleitung bekannt zu geben. Eine Vertretung durch Außenstehende fand nicht statt.

Entweder haben die Genannten - vor Dienstplanerstellung - bekannt gegeben, wie viele Dienste sie leisten wollen bzw. welche Dienste sie aufgrund einer allfälligen weiteren Beschäftigung leisten können; die konkrete Einteilung wurde telefonisch mit der Pflegedienstleitung besprochen. Es wurde entweder eine bestimmte Anzahl von Diensten vereinbart (vgl. Frau XXXX , 15 lt. Dienstzettel vom 09.10.2012) bzw. es wurden jedenfalls regelmäßig Dienste geleistet (ableitbar aus den gelegten Honorarnoten) bzw. es wurde "nach Bedarf der Bf" vereinbart, aber regelmäßig Dienste geleistet.

Es wurde dann in der Folge auch regelmäßig monatlich eine ähnliche bzw. gleiche Anzahl von Diensten geleistet. In manchen Fällen war die Anzahl schwankend bzw. wurde in manchen Zeitperioden mehr geleistet und in anderen weniger.

Die Pflegedienstleiterin konnte darauf vertrauen, dass die ihr gemeldeten Arbeitskräfte für ein im Vorhinein in groben Zügen bestimmtes Maß zur Verfügung stehen. Das Ablehnungsrecht war nicht generell, es bezog sich nur auf unabwendbare Verhinderungen, dazu gehörte auch die Inanspruchnahmen durch die weitere Beschäftigung.

Ein Teil der Beschäftigten hatte neben der Tätigkeit bei der Bf eine andere Beschäftigung, ein Teil nicht. Wenn eine andere Beschäftigung bestand, wurde in der Dienstplanerstellung darauf abgestellt, wann die Person zur Verfügung stehen konnte, bei Meldung im Vorhinein, oder es wurde im Einzelfall am Telefon geklärt.

Den sogenannten Poolkräften wurde keine Dienstkleidung zur Verfügung gestellt, diese gab es nur für das Stammpersonal. Pflegematerial hat das Haus zur Verfügung gestellt.

Die sogenannten Poolkräfte hatten im Rahmen der eingeteilten Dienste, mehrheitlich Nachtdienste, dieselben Arbeiten auszuführen wie sie die angestellten Beschäftigten verrichteten. In den Nachtdiensten war nur eine Pflegekraft für das Heim zuständig, die dann die Verantwortung hatte.

Ein Nachtdienst dauerte 12 Stunden. Die Entlohnung erfolgte in der Form, dass pro Dienst ein bestimmter Betrag, in der Regel zwischen €

150 und € 180,-- bezahlt wurden.

Die Honorarnoten wurden in der Regel auf Basis eines Formulars, das vom Steuerberater den Beschäftigten zur Verfügung gestellt wurde, erstellt bzw. wurden sie vom Steuerberatungsbüro selbst nach den Angaben der Pflegekräfte erstellt, vgl. NS XXXX , XXXX .

Schriftliche Verträge (mit Ausnahme einzelner Dienstzettel) gab es nicht, die Umstände der Beschäftigung wurden mündlich mit dem Geschäftsführer vereinbart.

Der überwiegende Teil der Pflegekräfte war im Besitz einer Bewilligung durch die Bezirksverwaltungsbehörde zur freiberuflichen Ausübung der Tätigkeit.

Ein Teil der Pflegekräfte hatte neben der Tätigkeit für die Bf eine andere, in der Regel unselbstständige Beschäftigung.

1.4.2 Die folgenden diplomierten Pflegekräfte waren regelmäßig als sogenannte ("Poolkräfte") tätig:

Es sind dies: XXXX , XXXX , XXXX , Herr XXXX , XXXX , XXXX , XXXX ,
 XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX ,
 , XXXX , XXXX und XXXX . Herr XXXX war von 01.08.2008 bis 31.11.2011 als Dienstnehmer gemeldet, davor und danach "freiberuflich", wie im Bescheid der belangten Behörde angeführt.

1.4.3 Einzelne Personen haben nur für wenige Dienste übernommen und standen dem Betrieb nur kurz zur Verfügung:

Es waren dies: XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX (3 Monate 2012), XXXX (2 Monate, 8 und 3 Dienste), XXXX . XXXX (2 Monate, 2 bzw. 1x1 Dienst).

1.4.4 Personen, die als nicht als "Poolkräfte" geführt waren:

Für diesen Personenkreis ist die Meldung zur Sozialversicherung auch nach den Angaben der Bf nicht unterlassen worden, weil die Bf - wie bei den "Poolkräften" behauptet - von einer selbstständigen Erbringung ausging, sondern wurde aus nicht näher genannten Gründen unterlassen: Bei mehreren Personen wurde am Beginn der Beschäftigung keine Meldung zur Sozialversicherung durchgeführt (Nichtmeldung im Probemonat) oder es wurden Hilfstätigkeiten nicht gemeldet. Dabei handelt es sich um (in Stichworten):

? ?XXXX (1 Monat "schwarz" vor Anstellung, August 2008)

? Frau XXXX : sie wollte eine Anstellung, von der Bf wurde nur eine Beschäftigung als Freiberufliche akzeptiert, aber nur kurz ausgeübt wegen Ausscheidens wegen Schwangerschaft

? Frau XXXX : Nichtmeldung im Probemonat, dann zur Pflichtversicherung gemeldet

? Herr XXXX : ein Monat am Beginn der Tätigkeit nicht gemeldet, dann zur Pflichtversicherung gemeldet

? Frau XXXX : Nichtmeldung vor Beginn der angemeldeten Tätigkeit, wusste nichts von Freiberuflichkeit

? Frau XXXX : 2 Probetage nicht gemeldet,

? Frau XXXX : Sie hat lt. Honoraraufstellung im August 2012 12 Dienste geleistet, sodass ein Ende der Beschäftigung mit 09.08.2012

- wie von ihr ausgesagt (Niederschrift bei der NÖGKK am 24.09.2014)
- nicht festgestellt werden kann.

1.4.5 Auszahlung von Zulagen und Mehrleistungen als Honorare für Diplompflegekräfte und Pflegehilfskräfte, die beim Dienstgeber im selben Zeitraum vollversichert gemeldet waren:

In diesen Fällen gilt, dass die Pflichtversicherung unbestritten ist, allerdings ist jeweils die Beitragsgrundlage um die "Honorarzahungen" zu erhöhen:

? Frau XXXX , die unbestritten in den sie betreffenden Zeiträumen vollversichert war, hat die Pflegedienstzulage in Form einer "Honorarzahlung" erhalten bzw. hat sie zusätzliche Dienste geleistet und dafür - neben dem Gehalt - die im Spruch genannten Summen bekommen.

? Frau XXXX , die vom 2.5. bis 7.1.2011 als Pflegedienstleiterin - angestellt - war, hat die Mehrleistungen (Dienste) in Form von Honorarzahlungen- neben dem Gehalt bekommen (€ 450 pro Monat von Mai bis August 2012; sie war in den Berechnungsunterlagen und der Berechnung enthalten, aber bisher nicht im Spruch des Bescheides, dieser wurde daher ergänzt, ohne dass sich diesbezüglich die Berechnung der Beitragsnachforderung ändert).

? Herr XXXX : Er war als Pflegehilfskraft, angemeldet, zusätzlich Dienste wurden als Honorare verrechnet.

1.4.6 Pflegehilfskräfte:

Für diese Personen gelten für die Arbeitsorganisation im Wesentlichen dieselben Feststellungen wie für die diplomierten Kräfte. Dazu gehören:

? Frau XXXX ein Dienstzettel wurde ausgestellt, sie wurde zu Beginn der Tätigkeit, im "Probezeitraum" nicht gemeldet,

? Frau XXXX : sie hat nach ca. 1 Woche gekündigt, weil Einstellungsbedingungen nicht eingehalten, u.a. freiberufliche Tätigkeit verlangt wurde.

Für einzelne Nachtdienste wurden Pflegehilfskräfte herangezogen, wenn keine diplomierten Kräfte zur Verfügung standen; in diesem Fall war die Pflegedienstleitung im Haus über Nacht.

1.4.7. Reinigungspersonal und sonstige Hilfskräfte, Küchenhilfen

? Weitere Reinigungs- und sonstige Hilfskräfte ("diverse Hausarbeiten") waren:

? Frau XXXX (Küchenhilfe);

? ?XXXX ;

? ?XXXX : Haushaltstätigkeiten;

? Frau XXXX : Unterhaltung und Anwesenheit?? einzelner Heimbewohner (mit Stundenaufzeichnungen genau);

? ?XXXX , Praktikantin, Hilfstätigkeiten;

? Frau XXXX (Honorarnoten über Zeiträume 06-08/2012, nach ihren Angaben auch 09/2012 bis 02/2013), aber nur die Zeiträume 06-08/2012 und 01.-11.07.2012 sind Gegenstand des Verfahrens;

? Frau XXXX : Praktikantin/Helferin für 2 Monate;

? ?XXXX : nicht gemeldeter Probemonat 12/2011, ab 01/2012 laufend zur Sozialversicherung gemeldet;

? ?XXXX : diverse Arbeiten.

1.4.8. Feststellungen betreffend die Beziehung von Frau XXXX zur Bf bzw. der XXXX OG:

Lt. Vorbringen in der mündlichen Verhandlung durch den Vertreter der Bf war die Genannte als Putzfrau aufgrund eines Werkvertrages mit dem Unternehmen XXXX OG bei der Bf beschäftigt und nicht direkt bei der Bf, wie im belangten Bescheid angenommen.

Auf Nachfragen durch das Gericht hat der Vertreter der Bf bekannt gegeben, dass es sich um Frau XXXX handelt.

Betreffend die streitgegenständlichen Zeiträume befinden sich zu Frau XXXX im Akt die Honorarnote vom 24.11.2009, für "diverse allgemeine Hausarbeiten" in der Zeit vom 24.11. bis 30.11. 2010, ebenso die Rechnung ohne Datum für die Zeit vom 01.-24.01.2011.

Die XXXX OG, FN XXXX , war mit 17.08.2010 gegründet worden, Gesellschafterinnen waren neben Frau XXXX Frau XXXX und Frau XXXX , die beiden Letztgenannten sind vom angefochtenen Bescheid nicht umfasst; mit 14.09.2011 wurde die Gesellschaft aufgelöst und gelöscht. Die Gründung erfolgte mit Hilfe der Steuerberatungskanzlei, die auch die Bf vertritt.

Die Gesellschaft war nach Auffassung des Gerichts nicht Vertragspartner der Bf betreffend Reinigungsleistungen, die Leistungsverpflichtung wurde direkt zwischen der Bf und den Reinigungskräften, hier Frau XXXX , eingegangen.

Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus den Ermittlungen des Gerichts und der Beweiswürdigung, vgl. unten.

1.5 Feststellungen zur Frage der Verjährung:

Die GPLA-Prüfung nach § 41a ASVG iVm § 147 BAO und § 86 EStG wurde initiiert durch den "Bescheid über einen Prüfantrag", datiert mit 19.02.2013 , er wurde am 25.04.2013 von der Steuerberatungskanzlei Eckhart nachweislich übernommen. Die Prüfung begann am 25.04.2013. Nach Angaben im Akt war die Prüfung eine mit dem Schwerpunkt der sogenannten freiberuflichen Diplomkrankenpflegekräfte und der Pflegehilfskräfte. Geplant war die Prüfung für den Zeitraum von 2008 bis 2011, sie wurde erweitert um das Jahr 2012; geprüft wurde neben Sozialversicherung auch Lohnsteuer und Kommunalsteuer.

Mit Beschluss des Landesgericht XXXX vom 17.07.2007 XXXX war der Konkurs über die Bf eröffnet worden. Mit Beschluss vom 09.01.2008 XXXX wurde der Konkurs gem. § 152 Abs 1 KO nach Zwangsausgleich aufgehoben.

2. Beweiswürdigung:

2.1 Beweis wurde aufgenommen durch die umfangreichen Ermittlungsergebnisse der belangten Behörde (Niederschriften durch die BGKK, mit XXXX , XXXX , XXXX , XXXX), alternativ bzw. zusätzlich wurden an alle Beschäftigten Fragebögen versandt, ca. 90 % (von 51 Personen haben sich 5 nicht gemeldet) kamen beantwortet zurück. Weiters wurde Beweis aufgenommen durch Einsicht in die Niederschriften, aufgenommen durch die Finanzbehörde mit XXXX , XXXX , XXXX und XXXX , je vom 05.04.2013), durch Einsicht in die Anlagen zum Bescheid (Prüfbericht, Beitragsabrechnungen aus GPLA), durch die ergänzenden Unterlagen, Honoraraufstellungen in Excel-Liste, vorgelegt an das BVwG durch BGKK, durch die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung und den ergänzenden Erhebungen zur XXXX OG und aufgrund der ergänzenden Angaben und Berechnungen in der Stellungnahme vom 05.03.2018.

Vorerst ist festzuhalten, dass die belangte Behörde ein umfangreiches Ermittlungsverfahren durchgeführt hat und die Feststellungen auf einer überzeugenden Beweiswürdigung beruhen.

Die Daten zur Ermittlung der Beitragsgrundlagen und die Namen der Beschäftigten hat die belangte Behörde im Wesentlichen aus den Unterlagen der Bf, insbesondere den Dienstplänen und den Honorarnoten abgeleitet hat. Diese wurden dort unter "Fremdpersonal" angeführt. Diese Unterlagen wurden von der Bf zur Verfügung gestellt. Die Feststellungen gründen somit auf geeigneten Unterlagen und sind deshalb als valide anzusehen. Die Bf hat diese Daten selbst nicht in Frage gestellt.

2.2. Zu den Diplompflegekräften:

Es wurde bei Beginn der Beschäftigung kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen, es ist daher im Wesentlichen auf die Aussagen der Beschäftigten über die Vereinbarungen und die tatsächliche Ausgestaltung abzustellen, die in allen Punkten, die für die Entscheidung hier wesentlich sind, übereinstimmend sind.

Für Frau XXXX und Frau XXXX wurde je ein Dienstzettel ausgestellt, darin wird der Beginn der Beschäftigung, die Dauer des Dienstverhältnisses mit unbefristet, die Art des Dienstverhältnisses mit "Freiberufler/unbefristet" bezeichnet, mit der Anzahl der Dienste, zB 15 Diensten pro Monat bei Frau XXXX , angegeben. Diese Dokumente sind nicht nur für die Beurteilung der Beschäftigung dieser 2 Personen maßgebend, sondern sie sind auch für die Beurteilung der anderen Beschäftigten relevant.

Die Angaben zur Dienstplanerstellung gründen vor allem auf der Einvernahme von Frau XXXX, die von 2007 bis 2008 als diplomierte Krankenschwester, von 2009 bis 30.08.2010 als Pflegedienstleiterin tätig war. Sie hat zur Gestaltung der Tätigkeit betont, dass kein Unterschied zw. den sogenannten Freiberuflern und den unbestritten angestellten Pflegekräften gemacht wurde. Sie hat diese Aussage auch nachvollziehbar damit begründet, dass sie ihrer Verantwortung als Leiterin der Pflege nur dadurch gerecht werden konnte, dass die MitarbeiterInnen ihre Arbeit nach den Vorgaben verlässlich, *lege artis* und ohne Spielraum für eigene Zeitgestaltung erledigten. Die Aussage ist auch insofern lebensnah, als jeweils ein Nachtdienst nur von einer einzelnen Pflegekraft übernommen wurde und daher gar kein Gestaltungsspielraum für eine Zeiteinteilung und Arbeitsgestaltung nach eigenem Gutdünken bleiben konnte.

Die Aussagen, dass nach Eintragung in den Dienstplan kein Ablehnungsrecht bestand und die Aussagen über das Handhaben von Krankheit und Urlaub, ergeben sich aus den Einvernahmen sowie den Fragebögen und sind übereinstimmend.

Es ist überzeugend, dass sich aus dem Pflegeplan, der für jeden Heimbewohner bzw. jede Bewohnerin erstellt wurde, auch für die von diesem Verfahren umfassten Pflegepersonen, die hauptsächlich Nachtdienste (12 Stunden) verrichteten, ergab, was im Einzelnen zu tun ist. Die Organisation der Pflege betreuungsbedürftiger Menschen lässt keinen Spielraum für flexible Arbeitszeitgestaltungen zu, weil deren Anwesenheit aufgrund gesetzlicher Bestimmungen notwendig ist, um Gesetzesverstöße hintanzuhalten; sie ist auch aufgrund der Lebenserfahrung geboten, um eine schlechte Betreuung der Pflegebedürftigen zu vermeiden. Im Betrieb der Bf wurde das auch so gehandhabt, soweit im Verfahren dazu Ermittlungen getroffen worden sind. Die Aussage von Frau XXXX in der mündlichen Verhandlung, dass das Material (Pflege-Hilfsmittel etc.) durch die Bf zur Verfügung gestellt wurde ist glaubhafter als das Vorbringen der Bf, dass die einzelnen Pflegekräfte dieses beigesteuert hätten; es erscheint logisch, dass wegen der Hygienebestimmungen und der Verantwortlichkeit der Pflegedienstleitung keine individuelle und unkontrollierte Verwendung von Pflegehilfsmitteln möglich war.

Zum Gesamtbild der Tätigkeit haben die Aussagen aller Pflegekräfte beigetragen, exemplarisch für die Gruppe der häufig Beschäftigten sei die von Frau XXXX (vgl. Niederschrift vor dem Finanzamt am 5.4.2013), Dienstzettel XXXX vom 09.10.2012: "Es hat ausgesehen wie ein Dienstverhältnis, er (Herr XXXX) hat sehr viele Bedingungen

gestellt.....Das Inserat hat damals ausgesehen, als ob ich

normal angemeldet werden hätte sollen. Ich war nur selbstständig, damit ich die Stelle bekomme.....".

Wie von der Bf gefordert, wird auch auf die Niederschrift mit Frau XXXX eingegangen: Frau XXXX wurde im Übrigen von einem Personalleasing Unternehmen vermittelt. Sie hat ausgesagt, dass sie freie Termine, die sich aus ihrer weiteren Tätigkeit (Ordinationsgehilfenstätigkeit bei Ärztin) ergaben, von ihr aus der Pflegedienstleitung vor der Dienstplanerstellung bekannt gegeben hat. Durch Außenstehende ließ sie sich nicht vertreten, sie habe das im Rahmen der Kolleginnen und Kollegen im Heim machen können, sie hätte sich selbst um die Vertretung gesorgt, gleichzeitig gibt sie an, dass das höchstens einmal vorgekommen sei, vgl. Niederschrift vor der Finanzbehörde am 05.04.2013.

Diese Aussage steht im Widerspruch zu der der anderen Beschäftigten, dass die Pflegedienstleitung bei Verhinderung für Vertretung gesorgt hat. Sie stellt eine Einzelmeinung dar, sodass ihr nicht zu folgen ist.

2.3 Weitere Personengruppen, die unstrittig sind

Betreffend die Personengruppen der Pflegekräfte, deren "Nebentätigkeit" zur Beurteilung steht, der Pflegehilfskräfte, des Reinigungspersonal und der sonstigen Hilfskräfte, und der Küchenhilfen (Pkte.1.4.3 bis 1.4.7) sind die Sachverhaltsfeststellungen im Wesentlichen nicht strittig. Für Frau XXXX (Pflegehelferin) wurde ein Dienstzettel ausgestellt.

2.4 Zu Einzelfällen:

Bei Frau XXXX gibt es einen Widerspruch zwischen ihren Angaben (2 Dienste im Februar 2012) und den Unterlagen der Bf, die 5 Dienste im April 2012 und 1 Dienst im Mai 2012 anzeigen, es wird auf die schriftlichen Unterlagen der Bf abgestellt; es ist wahrscheinlich, dass sich Frau XXXX nicht mehr so genau erinnern konnte.

Frau XXXX hat behauptet, im Zeitraum 01.Juni bis 11.Juli 2012 nicht tätig gewesen zu sein, das wird durch die Honorarnoten und die Buchhaltungsunterlagen widerlegt.

Frau XXXX : Bei ihr gibt es einen Widerspruch zwischen ihren Angaben, dass sie 2 Dienste im Februar 2012 gemacht hat, lt. den Fremdpersonal-Unterlagen waren es 5 Dienste im April 2012 und 1 Dienst im Mai 2012, es wird den schriftlichen Unterlagen gefolgt, weil diese zuverlässiger scheinen als die Erinnerung der Pflegekraft.

2.5 Zur Frage, ob eine durchgehende Tätigkeit anzunehmen ist:

Die Feststellungen zur durchgehenden Leistungspflicht ergeben sich aus dem vertraglich Vereinbarten in Kombination mit der tatsächlichen Gestaltung, konkret aus den Einvernahmen vor der BGKK und vor dem BVwG, den Daten, die aus den Honorarnoten und Dienstplänen gewonnen wurden (Berechnungen der BGKK, übermittelt mit Email vom 26.07.2016, Excel Blätter betreffend 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, erstellt auf Basis der Aufzeichnungen, die während der GPLA-Prüfung der belangten Behörde von der Bf vorgelegt wurden). Die Feststellungen zur Art und Weise der Dienstplanerstellung gründen sich neben den Aussagen der Beschäftigten auf die Betriebserfordernisse eines Pflegeheimes. Diesen Erfordernissen entsprach, dass die hier in Rede stehenden Krankenpflegepersonen zum Einteilen in den Dienstplan nach ihren Vorgaben zur Verfügung standen und auch der Pflegedienstleitung diese ihre grundsätzliche Verfügbarkeit mitteilten. Das Funktionieren des Betriebes setzt ein bestimmtes Maß an Vorhersehbarkeit und eine gewisse Zuverlässigkeit bei der Zusage voraus. Die Aussagen von Frau XXXX sind in dem Sinn zu verstehen, dass die Pflegekräfte im Rahmen ihrer sonstigen Verpflichtungen ein Ablehnungsrecht hatten, aber nur begründet.

Aus den genannten Unterlagen lässt sich eindeutig ableiten, dass die Mehrheit der hier umfassten Personen, vor allem die unter Pkt. 1.4.2, regelmäßig im bestimmten Umfang tätig wurden, wobei gewisse Schwankungen gegeben waren.

Nur bei den kurzfristig Beschäftigten wie Frau XXXX , Frau XXXX , Frau XXXX , XXXX , XXXX (3 Monate 2012), XXXX (2 Monate, 8 und 3 Dienste), XXXX ergab sich nur ein schwach ausgebildetes Muster für die Art der Diensterteilungen.

Dass die hier gegenständlichen Beschäftigten in der Regel bei Bedarf der Bf zur Verfügung standen, wenn eine Einteilung in den Dienstplan von der Bf (der Pflegedienstleitung) gewünscht wurde, ergibt sich auch aus der Aussage von Frau XXXX in der Verhandlung, wonach für die Übernahme eines Dienstes der gute Verdienst als Motivation bestand.

2.6 Zu den Beitragsgrundlagen

Die Beitragsgrundlagen für die einzelnen Beschäftigten wurden aufgrund von Unterlagen (Dienstpläne, Honorarnoten, Daten über Fremdpersonal), die der BGKK von der Bf zur Verfügung gestellt worden, ermittelt; dem BVwG wurden sie auch übermittelt (Excel sheets); da diese jedoch Teil der Schlussbesprechung am 13.08.2014 waren, waren sie nicht mehr dem Parteiengehör zugänglich zu machen.

Die Höhe der ermittelten Entgelte und die Bildung der Beitragsgrundlagen wurde nicht in Frage gestellt, abgesehen von der grundsätzlichen Infragestellung, dass keine Arbeitsverhältnisse vorlägen.

Nach diesen Unterlagen lassen sich die von der belangten Behörde ermittelten Grundlagen und Nachverrechnungen logisch und plausibel nachvollziehen.

Auch wurde die Berechnung des Beitragszuschlages, basierend auf den fiktiven Verzugszinsen nicht bekämpft.

2.7 Zur Unbeachtlichkeit der Gesellschaftskonstruktion der XXXX OG

Dazu ist auf die im Verfahren vor dem BVwG vorgelegten umfangreichen Unterlagen, insbesondere auf den von Frau XXXX ausgefüllten Fragebögen vom 23.09.2013, das Schreiben von Frau XXXX vom 25.10.2016 an das BVwG und auf das Schreiben von Frau XXXX an die Steuerberatung Eckhardt-GmbH vom 19.06.2012 zu verweisen.

Die Honorarnoten betreffend Putztätigkeiten von Frau XXXX im Namen der mittlerweile gelöschten XXXX OG an die Bf erwecken den Anschein, Frau XXXX sei nicht als Person, sondern als Beschäftigte bzw. Gesellschafterin der OG mit der Bf eine Geschäftsbeziehung eingegangen.

Das Gericht geht hingegen davon aus, dass wahrer Vertragspartner die Reinigungsfrauen - hier konkret Frau XXXX als Einzelperson - waren und zwar aus folgenden Gründen:

Nach § 539a ASVG ist der wahre wirtschaftliche Gehalt zu prüfen bzw. zu prüfen, ob eine missbräuchliche Gestaltung vorliegt.

Die Gesellschaft wurde im August 2010 gegründet und im September 2011 wieder gelöscht. Die Gewerbeberechtigung beschränkte die Tätigkeit auf Hausarbeiten (zusammengefasst, Gewerbewortlaut selbst ist 13-zeilige Aufzählung) insbesondere Reinigung und Wartung. Die Genannten waren so gut wie ausschließlich für die Bf tätig, vernachlässigungswert die Tätigkeit für Herrn XXXX (€ 96 und 60 € in 10/2010 und 02/2011) und Frau XXXX (2x 60 € in 12/2010 und 02/2011). Im Übrigen wurden im Ermittlungsverfahren, für den gegenständlichen Zeitraum Honorarnoten von 20.11. bis 30.11. € 200,-- (ohne Jahreszahl), vom 01.-24-01-2011 (€ 210,--), für 09/2010 von 393 €

(mit Einkäufen), einschließlich 44 Std. mal 7 €. Diese sind ausgestellt auf Frau XXXX, ohne Erwähnung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft wurde auf Vorschlag und mit Hilfe der Steuerberatung des Bf errichtet, die in der Folge auch die steuerliche Vertretung der OG war, vgl. Aussage im Schreiben an die Steuerberatung vom 12.06.2010, in dem sich u.a. Frau XXXX auch über die Kosten der Gesellschaftsgründung und -verwaltung beschwerten, was ihnen vom Steuerberater der Bf so nicht versprochen worden sei. Sie brachten keine wesentlichen Betriebsmittel und kein Kapital ein. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, eine Gesellschaft zu gründen, außer dem Wunsch der Bf und Auftraggeberin /Dienstgeberin der Genannten, formal einen Vertrag mit einer Gesellschaft zu schließen statt mit einer Einzelperson, um damit die Kosten zu sparen.

Die Gesellschaftskonstruktion " XXXX OG" ist somit aus Missbrauchserwägungen gegründet worden, sie ist für die hier in Rede stehende Beurteilung der Sozialversicherungspflicht der Reinigungskräfte unbeachtlich.

Einige der Diplompflegerkräfte waren neben der Beschäftigung beider Bf auch anderweitig als Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer pflegerisch tätig, sie hatten somit eine sozialversicherungsmäßige Absicherung; aus diesem Grund haben sie die Tätigkeit bei der Bf ohne Anmeldung zur Pflichtversicherung akzeptiert bzw. gutgeheißen, weil damit nach ihrem Eindruck ein höheres Nettoentgelt verbunden war. Aus diesem Grund konnten die Umstände der Tätigkeit die eines Dienstverhältnisses sein, ohne dass die Beschäftigten sich in der Mehrheit dagegen aussprachen (vgl. Aussage in den Fragebögen, beispielsweise); diejenigen, für die diese Form der Beschäftigung nicht passte, vgl. XXXX, Frau XXXX, haben sie beendet oder sind als Dienstnehmer übernommen worden. (Frau XXXX, Herr XXXX, XXXX, zB)

Die Feststellungen können sich auf die übereinstimmenden Aussagen der Beschäftigten, die schriftlichen Dokumente stützen.

2. 7 Zur Verjährung

Lt. Beiblatt zum Prüfauftrag wurde dieser am 25.04.2013 dem Vertreter der Bf zur Kenntnis gebracht und von der Steuerberatungskanzlei Eckhardt unterzeichnet. Die belangte Behörde hat angegeben, dass der Auftrag am 19.02.2013 der Bf mündlich zur Kenntnis gebracht wurde; dies wurde von der Bf auch nicht bestritten. Zu diesem Zeitpunkt fand eine Finanzprüfung bei der Bf statt. Strittig ist lediglich die rechtliche Wirkung dieser mündlichen Kontaktaufnahme.

Zur Prüfung durch die Kasse im Jahr 2007: Diese war nach den glaubhaften - und diesbezüglich auch nicht bestrittenen - Aussagen der BGKK in der mündlichen Verhandlung - eine sogenannte Insolvenzprüfung über die Ansprüche der Dienstnehmer (Zeitraum 2004-2007) an die Insolvenzausgleichsfonds-GmbH und daher auf diesen Bereich beschränkt. Die Buchhaltung und die darin befindlichen Honorarnoten der Beschäftigten, die hier gegenständlich sind, wurden nach den glaubhaften Aussagen des Vertreters der belangten Behörde dabei nicht in Augenschein genommen. Diese Aussage deckt sich mit den Erfahrungen des Gerichts betreffend "Insolvenzprüfungen".

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1 Senatszuständigkeit

Gemäß § 414 Abs 1 ASVG kann gegen Bescheide der Versicherungsträger oder des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz oder des Bundesministers für Gesundheit in Verwaltungssachen und wegen Verletzung ihrer (seiner) Entscheidungspflicht in Verwaltungssachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

Nach Abs 2 leg.cit. entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat; dies gilt auch für Verfahren, in denen die zitierten Angelegenheiten als Vorfragen zu beurteilen sind. Der Senat besteht aus einem/einer vorsitzenden RichterIn und zwei fachkundigen Laienrichter/inne/n, von denen der/die eine dem Kreis der DienstnehmerInnen und der/die andere dem Kreis der Dienstgeber anzugehören hat. Der Antrag ist gleichzeitig mit der Beschwerde oder dem Vorlageantrag oder binnen vier Wochen ab Zustellung der Beschwerde einzubringen.

Da die Bf einen Antrag auf Senatsentscheidung gestellt wurde, war im Senat zu entscheiden.

3.2 Gesetzliche Grundlagen in der im streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung

Gemäß § 4 Abs1 Z.1 ASVG in der anzuwendenden Fassung sind aufgrund 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 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs 2 in der anzuwendenden Fassung ASVG sind Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes (im Sinne des Absatzes 1 Z 1), wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSSG), 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.

§ 539a ASVG besagt:

- (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 die wirtschaftliche Betrachtungsweise, Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie 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 § 49 Abs 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

§ 5 Abs 1 Z 2 ASVG in der im streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung sind von der Vollversicherung nach § 4 - unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung - ausgenommen Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder

mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen).

Nach Absatz 2 leg. cit. gilt ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens 26,80 € , insgesamt jedoch von höchstens 349,01 € gebührt oder
2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als der festgelegte Wert, siehe unten, gebührt. Keine geringfügige Beschäftigung liegt hingegen vor, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den in Z 2 genannten Betrag nur deshalb nicht übersteigt, weil infolge Arbeitsmangels im Betrieb die sonst übliche Zahl von Arbeitsstunden nicht erreicht wird (Kurzarbeit) oder die Beschäftigung im Laufe des betreffenden Kalendermonates begonnen oder geendet hat oder unterbrochen wurde.

Gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG in der hier anzuwendenden Fassung sind die im § 5 Abs. 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten in der Unfallversicherung hinsichtlich der nachstehend bezeichneten Tätigkeiten (Beschäftigungsverhältnisse).???

Geringfügigkeitsgrenzen nach § 5 Abs 2 ASVG von 2008 bis 2012

Jahr	Monatlich €	Täglich €
2008:	349,01	26,80
2009:	357,74	27,47
2010:	366,33	28,13
2011:	374,02	28,72
2012:	376,26	28,89

3.2 Im konkreten Fall:

Bezogen auf die Personengruppen

3.2.1 Zur Frage, ob ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt:

Wenn laufend zu erbringende (Dienst)leistungen nur in (zeitliche) Abschnitte zerlegt und zu "Werken" erklärt werden, so ist das für die Beurteilung der Pflichtversicherung nicht maßgeblich (zu einem Fall betreffend die Durchführung von Pflegeleistungen durch eine "mobile Krankenschwester" vgl. das Erkenntnis vom 25. Juni 2013, Zl. 2013/08/0093).

Es ist daher im konkreten Fall davon auszugehen, dass eine Dienstleistung geschuldet wurde, und zwar sowohl bei den Krankenpflegeleistungen als auch bei den sonstigen Dienstleistungen. Bei einer Pflege-, Pflegehilfstätigkeit und Reinigungstätigkeit handelt es sich um eine zu erbringende Dienstleistung, kein Werk, vgl. das grundsätzliche Erk vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, zuletzt Erk vom 21.09.2015, Ra 2015/08/0045 mwH. Diesbezüglich wurde die rechtliche Würdigung der belangten Behörde auch nicht bestritten.

3.2.2 Persönliche Arbeitspflicht:

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs 1 Z. 1 iVm Abs 2 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. Erk vom 25.04.2007, VwSlg 17.185/A)

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 Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 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. 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. Bloße Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Diensterteilung bzw. Dienstplanerstellung, wie sie im Arbeitsleben häufig vorkommen und die auch den vorliegenden "Vertretungsfällen" zu Grunde liegen, haben mit den für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterien eines "generellen Vertretungsrechts" nichts zu tun und berühren die in der Phase der Beschäftigung bestehende persönliche Abhängigkeit nicht. Der "tatsächliche Gebrauch" solcher Vertretungsbefugnisse wirkt sich lediglich darauf aus, ob kontinuierliche oder tageweise abhängige Beschäftigungsverhältnisse vorliegen, vgl. auch 25.06.2013, 2013/08/0093.

Die persönliche Arbeitspflicht andererseits 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.

3.2.3 Im konkreten Fall:

Ausgehend vom oben festgestellten Sachverhalt ist festzustellen, dass kein generelles Vertretungsrecht bestand. Nach Erstellung des Dienstplanes bestand jedenfalls persönliche Leitungspflicht; dass die persönliche Verfügbarkeit bei der Dienstplanteilung einbezogen wurde, stellt die persönliche Arbeitspflicht nicht in Frage. Wenn - wie im gegenständlichen Fall - von der Vertretungsbefugnis - außer in Ausnahmefällen wie Krankheit - tatsächlich nicht Gebrauch gemacht wurde, ist es als Indiz dafür zu sehen, dass sie nicht rechtswirksam vereinbart war. Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Vertretungsbefugnis stünde im Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn sie mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation - wie hier - nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. Erk des VwGH vom 04.06.2008, 2007/08/0252). Aufgrund der Knappheit an Arbeitskräften einerseits und dem Wunsch der Beschäftigten, einen (Zusatz-)Verdienst zu lukrieren, bestand in der ausdrücklichen und konkludenten Vereinbarung kein Bedürfnis für eine Vertretungs- und Ablehnungsregelung.

3.3 Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist zu klären, ob die Merkmale persönlicher Abhängigkeit vorliegen bzw. diese überwiegen:

3.3.1 Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist. Bei der Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit ist nicht auf die einzelnen Merkmale gesondert abzustellen, sondern eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Die Bestimmungsfreiheit und somit die selbständige Tätigkeit wird dann ausgeschaltet sein, wenn der Beschäftigte durch ihre Beschäftigung 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) gebunden ist (vgl. VwGH 2007/08/0053, 2007/08/0041 ua).

Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft stellt nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Weisungsgebundenheit und die darauf bezogene Kontrollunterworfenheit des Beschäftigten dar.

Die gegenständlichen Beschäftigten waren in den Betrieb des Pflegeheimes mit den betrieblichen Notwendigkeiten eingebunden. Der Dienstplan war die schriftliche Weisung bezüglich Arbeitszeit (Einsatztage ebenso wie Dauer der Dienste). Vom Arbeitsablauf her war ein Betriebsablauf durch die Pflegepläne vorgegeben. Es haben sich darum Detailanweisungen erübrigt, wie bei jeder qualifizierten Tätigkeit.

Es bestand daraus folgend ein Kontrollrecht bezüglich dieser Weisungen; mit dem Kontrollrecht kam der Dienstgeber jedenfalls seiner Pflicht zur Gewährleistung der Einhaltung der Dokumentationspflicht nach § 5 GuKG (Gesundheits und Krankenpflegegesetz) und der sonstigen behördlichen Auflagen (vgl. oben Personalschlüssel lt. Bescheid der Landesregierung) nach.

Besteht - wie im vorliegenden Fall - auf Grund der Dienstplaneinteilung für die jeweiligen Zeiträume eine Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Arbeitsleistungen unter Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten und an einem bestimmten Arbeitsort ohne Möglichkeit, die einzelnen Leistungen grundsätzlich nach eigenem Gutdünken ablehnen zu dürfen oder sich nach eigenem Gutdünken durch außenstehende Dritte vertreten zu lassen, ist die persönliche Abhängigkeit zu bejahen, vgl. auch VwGH-Erk 2013/08/0259, VwGH 2004/08/0101, 2005/08/0137, 2005/08/0084, 2000/08/0113, 2002/08/0220).

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 2005/08/0137 u.a.). Relevant für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit sind nur die arbeitsbezogenen. Diese waren hier vorhanden, die sachlichen Weisungen sind zur Abgrenzung grundsätzlich nicht geeignet.

Sachliche Weisungen im Detail haben sich hier insofern erübrigt als das Pflegepersonal für die alleinverantwortlich zu absolvierenden Nachtdienste aber auch die Tagdienste sach- und fachkundig waren (diplomierte Pflegekräfte). Diese Tatsache ist aber - wie bereits erwähnt - bei der Beurteilung der Weisungsgebundenheit im Sinne der Judikatur nicht maßgebend.

Obwohl die Diplompflegekräfte aufgrund ihrer hohen fachlichen Qualifikation die Nachtdienste ohne fachliche Anweisungen als einzige Arbeitskraft absolvierten, unterlagen sie den arbeitsbezogenen Anweisungen betreffend ihren Einsatz und waren in den Betrieb eingebunden, von der Dienstplanerstellung und auch bei der Tätigkeit an den zu Pflegenden.

Der Arbeitsort ist kein unterscheidungskräftiges Kriterium.

Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang auf das grundlegende Erkenntnis zum Pflegebereich vom 25.06.2013, 2013/08/0093 (VwSlg 18650 A/2013).

3.3.2 Zum Vorbringen betreffend "Sachzwänge" unter Hinweis auf Tomandl

Schon die belangte Behörde hat überzeugend angeführt, dass bestehende sogenannte Sachzwänge nicht dazu führen, dass die persönliche Abhängigkeit auszuschließen wäre (vgl. Bescheid Seite 23); weiters wird auf die Ausführungen zu 3.3.1 verwiesen.

Zur Relevanz der Vorschriften, die den Rahmen für einen Bereich wie den Pflegebereich bilden, wird auf die Judikatur zum Fachhochschulbereich verwiesen, vgl. Erk vom 25.04.2007, 2005/08/0137, VwSlg 17.185 A/2007, 2009/08/0010 vom 28.03.2012.

Wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen die Tätigkeit unter Verantwortlichkeit der Heimleitung die Eingliederung in den Betrieb fordern, ist auf eine Leistungsverbringung in persönlicher Abhängigkeit zu schließen, insbesondere - wenn wie hier- die tatsächliche Leistungsverbringen in dieser Weise erfolgte. Im Übrigen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Vorschriften eingehalten werden.

Grundsätzlich sind Tätigkeiten *lege artis* auszuführen, insofern ist die Notwendigkeit sachlich und fachlich richtig zu handeln, kein Abgrenzungskriterium.

Zum Artikel Tomandl ist anzumerken, dass die Bindung an Ordnungsvorschriften betreffend Arbeitszeit und Arbeitsort nur dann nicht als Hinweis auf persönliche Abhängigkeit zu sehen ist, wenn keine Einordnung in die Betriebsorganisation stattfindet und auch alle anderen Kriterien auf die persönliche Unabhängigkeit hindeuten (arg. "Handwerker").

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 (Hinweis E 8.2.1974, 502/73, VwSlg 8548 A/1974).

Es ist auch noch zu betonen, dass den Vertragsparteien kein isolierter Zugriff auf die Rechtsfolge "Arbeitsverhältnis" bzw. "versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis" dahingehend zusteht, diese ungeachtet der inhaltlichen Vertragsgestaltung bzw. der tatsächlichen Umsetzung ausschließen zu können (vgl. Erk VwGH Zl. 92/08/0213).

3.3.3 Berechtigung zur freiberuflichen Ausübung

Es wird diesbezüglich auf die entsprechenden berufsrechtlichen Vorschriften verwiesen:

§ 35. Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GUKG) idF des BGBl. I 61/2010

(1) Eine Berufsausübung im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege kann

1. freiberuflich

2. im Dienstverhältnis zu einer Krankenanstalt,

3. im Dienstverhältnis zum Träger sonstiger unter ärztlicher oder pflegerischer Leitung oder Aufsicht stehender Einrichtungen, die der Vorbeugung, Feststellung oder Heilung von Krankheiten oder der Nachsorge, der Behindertenbetreuung, der Betreuung pflegebedürftiger Menschen oder der Gewinnung von Blut oder Blutbestandteilen dienen oder die andere Gesundheitsdienste und soziale Dienste anbieten,

erfolgen.

(2) Eine Berufsausübung im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege ist auch im Wege der Arbeitskräfteüberlassung nach den Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988, unter der Voraussetzung zulässig, dass Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG

1. nicht mehr als 15 v.H. des Pflegepersonals durch Arbeitskräfteüberlassung einsetzen sowie

2. die Pflegequalität und Pflegekontinuität nach Maßgabe der Struktur der Einrichtung und des Pflege- und Betreuungsbedarfs der Patienten, Klienten oder pflegebedürftigen Menschen gewährleisten.

3.3.4 Die Einvernahme der Vertreterin des Landes Burgenland, Frau Mag. Erdt, hat ergeben, dass diese für Alten- und Pflegeheim zuständige Behörde (Gesetzgebung, Kontrolle etc.) betreffend die vertraglichen Grundlage der Beschäftigung des vorgeschriebenen Personalbedarfes ("Personalschlüssel") insofern Vorgaben machte, als als Richtlinie der Anteil an Freiberuflichen auf 15 % beschränkt sein sollte; in der Einvernahme in der mündlichen Verhandlung wurde der Eindruck hinterlassen, dass die Behörde in der praktischen Tätigkeit keinen Unterschied zwischen Dienstnehmern (echten und freien) und Freiberuflern sah, schon weil der Regelungszweck der landesgesetzlichen Regelungen die dauernde Mindestanwesenheit von qualifizierten Pflegepersonen in ausreichender Zahl ist.

3.3.4 Dass die Mehrzahl der diplomierten Pflegekräfte über eine Berechtigung verfügte, die Pfl egetätigkeit auch freiberuflich auszuüben, bedeutet nicht, dass sie diese auch selbständig ausgeübt haben oder nur auf diese Weise ausüben konnten, sondern dass es möglich gewesen wäre, - unter anderen Bedingungen - auch freiberuflich zu arbeiten, vgl. dazu Erk VwGH 2013/08/0093, vom 25.06.2013 sowie die auch hier heranzuziehende Judikatur zur Innehabung eines Gewerbescheins ua Erk vom 17.10.2012, 2010/08/0012.

3.3.5 Zusammengefasst ist daher bei der Personengruppe, die als diplomierte Pflegekräfte beschäftigt waren und deren Pflichtversicherung nach dem ASVG bestritten wurde, die persönliche Abhängigkeit zu bejahen. Die Tätigkeit der sogenannten Freiberufler hat sich in nichts von der der Dienstnehmer unterschieden.

Es sei schließlich noch auf die bisherige Judikatur zu Pflegepersonen, vgl. Grundsatzerkennntnis 2013/08/0093, vom 25.06.2013, soweit die Erkenntnisse 2012/08/0100, vom 26.08.2014, auch 2012/08/0310 sowie Erk 04.09.2013, 2006/08/0206 vom 04.06.2008, 2006/08/0193 vom 04.07.2007.

3.4 Zu den anderen Personengruppen:

Bei den Hilfskräften (vgl. 1.4.7) ist entweder die persönliche Abhängigkeit nicht strittig bzw. ist auf die ständige Jud des VwGH zu einfachen manuellen Tätigkeiten bei Einordnung in den Betrieb des Beschäftigters (VwGH 21.12.2011, 2010/08/0089, vom 17.10.2012, 2010/08/0012 mwH) zu verweisen.

Zur Gruppe der unter Pkt. 1.4.5 Genannten, die Mehrleistungen bzw. die Pflegedienstzulage in Form von Honoraren bezogen, ist auf § 49 Abs 1 ASVG hinzuweisen, wonach unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen sind, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten

erhält. Unzweifelhaft sind daher diese Honorare Entgelt im Sinne des § 49 ASVG und hatten in die Beitragsgrundlage einzufließen.

3.4 Zur Frage der durchgehenden Beschäftigung:

3.4.1 Judikatur zu dieser Frage:

Bei einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG kommt - anders als im Falle einer Tätigkeit auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG (vgl. das Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl. 2009/08/0123, sowie § 471a Abs. 2 ASVG) - in Fällen, in denen erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung eine Arbeitspflicht begründet, kein durchgehendes, jedoch eventuell ein tageweises oder periodisch wiederkehrendes Dienstverhältnis in Frage. Liegt keine (für ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis erforderliche) ausdrückliche oder im Sinn des § 863 ABGB schlüssige Vereinbarung über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des Dienstnehmers, dh über seine Verpflichtung, an bestimmten oder doch bestimmbar Tagen Arbeit zu leisten, und über eine korrespondierende Verpflichtung des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu beschäftigen bzw. ihm zumindest Entgelt für im Voraus vereinbarte Beschäftigungen zu bezahlen, vor, oder besteht zwar eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, die Übernahme ihm angebotener einzelner Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen auszugehen, sofern die zur Rede stehenden konkreten Arbeitsleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden. Eine tatsächlich feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ist ein Indiz für die genannte schlüssige Vereinbarung (vgl. das Erkenntnis vom 14. Februar 2013, Zl. 2012/08/0268). Zur Frage der durchgehenden Beschäftigungsverhältnisse hat der VwGH u.a. im Erk vom 25.06.2016, Zl. 2014/08/0045 mwH, ausgesprochen, dass ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis dann vorliegt, wenn eine ausdrückliche oder im Sinne des § 863 ABGB konkludente Vereinbarung über eine im Voraus bestimmte periodische Arbeitspflicht besteht. Die Berechtigung - bei Bestehen eines Rahmenvertrages einzelne Aufträge sanktionslos abzulehnen, würde ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis ausschließen. Auch dann, wenn ein Rahmenvertrag abgeschlossen wurde, der keine Verpflichtung zum Tätigwerden enthält, sondern bloß eine entsprechende Möglichkeit einräumt, kann aus der regelmäßigen und praktisch durchgehenden Beschäftigung auf ein Dauerrechtsverhältnis geschlossen werden, Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg) Der SV-Komm, § 4 Rz.77 unter Hinweis auf OGH 9 Ob A 52/88, ZAS 1989/19.

3.4.2 Im konkreten Fall:

Bei Feststellung einer fallweisen Tätigkeit und in der Folge Heranziehung der täglichen Geringfügigkeitsgrenze wäre anzunehmen, dass bei der hier anzuwendenden Rechtslage bei den unter Spruchpunkt II angeführten Personen das Entgelt in der Höhe von € 150 bzw. € 180 pro Dienst als die Vollversicherung begründend festzustellen wäre; diese Frage und die daraus folgende Beitragsnachverrechnung könnte nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein, weil es sich im Verhältnis Voll- und Teilversicherung um ein aliud handelt.

Die Vereinbarung zwischen der Bf und den Beschäftigten bei den unter

1.4.2 und 1.4.3 genannten Personen lauteten auf eine vorher vereinbarte Arbeitsleistung, wenn auch mit flexiblen Elementen. Durch die Erklärung, pro Monat in einem umrissenen Ausmaß, bereit zu sein, machte die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft bestimmbar.

Bei dieser ex-post Betrachtung lässt sich im gegenständlichen Fall aus den Honorarnoten eine praktizierte Regelmäßigkeit des Tätigkeitwerdens feststellen.

Einen großen "Pool" im Sinne des Erk des VwGH 2006/08/0193 an Krankenpflegerinnen und Krankenpflegern, die im Bedarfsfall zur Verfügung stehen, gab es - so auch die Aussagen der Vertreter der Bf und der Pflegedienstleiterin- nicht; es herrschte Mangel an Kräften. Das ist auch ein Indiz für die Verbindlichkeit der gegenseitigen Zusagen in Bezug auf Zurverfügungstehen und Beschäftigtwerden.

3.5 Zum Beschwerdevorbringen betreffend die eigenen Betriebsmittel:

Die Beschäftigten verfügten über keine eigene Betriebsstätte bzw. keine eigene betriebliche Organisation und verwendeten lediglich eigene Arbeitskleidung und teilweise eigene Einmalhandschuhe, was aber keine Verfügung über wesentliche eigene Betriebsmittel darstellt (vgl. die 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 (Hinweis E 8.2.1974, 502/73, VwSlg 8548 A/1974). Die wirtschaftliche Abhängigkeit liegt jedenfalls vor.

3.6 Hinsichtlich des Entgelts wird auf die Feststellungen im angefochtenen Bescheid verwiesen.

3.7 Zum sonstigen Beschwerdevorbringen

3.7.1 Zum Vorbringen des Anwendungsvorrangs des ASVG vor dem GSVG ist auszuführen, dass im § 1 GSVG normiert ist, dass dieses Bundesgesetz die Kranken- und die Pensionsversicherung der im Inland in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen, der sonstigen im Inland selbständig erwerbstätigen Personen regelt, soweit sie nicht auf Grund dieser Erwerbstätigkeit nach einem anderen Bundesgesetz pflichtversichert sind*Hervorhebung durch das Gericht

Schon nach diesem Wortlaut der Bestimmung ist entgegen dem Beschwerdevorbringen zuerst die ASVG-Pflichtversicherung zu prüfen.

Nicht zu folgen ist der Auffassung zur grundsätzlichen Gleichrangigkeit von ASVG und GSVG vgl. Auer-Mayer in Neumann, GSVG für Steuerberater § 1 Rz 14 ff (2016).

Die ständige Judikatur des VwGH (exemplarisch VwGH 24.4.2014, 2013/08/0258, vom 11.06.2014, Zl. 2012/08/0157) hat klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen, das bedeutet im Sinne des Gesetzes auch das Überwiegen- der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit die Pflichtversicherung nach § 4 Abs 2 ASVG eintritt und diese demnach im Zweifelsfall entsprechend festzustellen ist. Dabei spielt es nach der hier anzuwendenden Rechtslage keine Rolle, ob eine Anmeldung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft erfolgte oder ob ein Gewerbeschein gelöst wurde, wobei durch das Anknüpfen an ein Formalkriterium im § 2 Abs 1 Z 1 GSVG - bei einer isolierten Sichtweise -die Pflichtversicherung nach diesem Tatbestand eintreten würde.

Soweit nicht schon der Wortlaut des § 1 GSVG die prioritäre Heranziehung des § 4 ASVG begründet, ist sie durch den VwGH als ständige Judikatur ausgeprägt worden.

In diesem Zusammenhang ist auch nicht außer Acht zu lassen, dass der Eintritt einer Pflichtversicherung aufgrund ein- und derselben Tätigkeit nach den Grundsätzen des österreichischen Sozialversicherungsrechts und auch aufgrund von verfassungsrechtlichen Erwägungen ausgeschlossen ist,- eine solche Doppelversicherung wäre jedenfalls unsachlich.

Den Ausführungen in der Stellungnahme vom 20.09.2016 ist auch insofern zu widersprechen als nicht (nur) die Verwaltungspraxis den Vorrang des § 4 ASVG begründete, sondern die Höchstgerichte. Dem Hinweis auf ein Urteil des OGH ist entgegenzuhalten, dass die Vergleichbarkeit einer rechtlichen Beurteilung nur dann gegeben ist, wenn der Sachverhalt in großem Maße ähnlich ist bzw. aufgrund des Unterschiedes im Ermittlungsverfahren zwischen Zivilgerichten- und Verwaltungsgerichten (Offizialmaxime versus alleiniges Abstellen auf Parteienvorbringen) es auch zu unterschiedlichen Feststellungen in Branchen kommen kann.

3.7.2 Bindungswirkung an die Lohnsteuerpflicht-Entscheidung

Bei rechtskräftiger Bejahung der Lohnsteuerpflicht unterlägen die Beschäftigten nach § 4 Abs 2 3.Tatbestand- jedenfalls der Pflichtversicherung.

Wie oben dargestellt wurde durch das Finanzamt die Lohnsteuerpflicht bejaht, das Verfahren ist noch nicht rechtskräftig abgeschlossen.

Die von der Bf zitierten Erk VwGH 2003/08/0231 und 2005/08/0006 sind nicht einschlägig, weil sie die Pflichtversicherung bei Neuen Selbstständigen nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG betreffen.

3.7.3 Unbeachtlichkeit der Gesellschaftskonstruktion:

Nach dem oben festgestellten Sachverhalt (einschließlich Beweiswürdigung) bestand kein rechtswirksamer Vertrag zwischen der XXXX OG und der Bf.

Es wird auf die Judikatur zur Frage des Zwischenschaltens von Gesellschaften verwiesen, vgl. Erk vom 24.11.2016 Ra 2016/08/0011 bis 0024, vom 28.03.2012, 2009/08/0010 und vom 04.06.2008, 2006/08/0206;

3.7.4 Die Höhe des Beitragszuschlages für sich wurde nicht angefochten; diesbezüglich wird auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid verwiesen.

4. Rechtliche Grundlagen zur Frage der Verjährung:

4.1 Dauer der Verjährungsfrist:

Die Bf bringt vor, dass im gegenständlichen Fall nicht die fünfjährige Verjährungsfrist anzuwenden sei, wie dies von der belangten Behörde geschehen sei, sondern die dreijährige Frist schlagend werde. Dazu ist Folgendes auszuführen:

4.2 § 68 ASVG idF des BGBl. I Nr. 58/2010 lautet wie folgt:

(1) Das Recht auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen verjährt bei Beitragsschuldnern und Beitragsmithaftenden binnen drei Jahren vom Tag der Fälligkeit der Beiträge. Hat der Dienstgeber Angaben über Versicherte bzw. über deren Entgelt nicht innerhalb der in Betracht kommenden Meldefristen gemacht, so beginnt die Verjährungsfrist erst mit dem Tage der Meldung zu laufen. Diese Verjährungsfrist der Feststellung verlängert sich jedoch auf fünf Jahre, wenn der Dienstgeber oder eine sonstige meldepflichtige Person (§ 36) keine oder unrichtige Angaben bzw. Änderungsmeldungen über die bei ihm beschäftigten Personen bzw. über deren jeweiliges Entgelt (auch Sonderzahlungen im Sinne des § 49 Abs. 2) gemacht hat, die er bei gehöriger Sorgfalt als notwendig oder unrichtig hätte erkennen müssen. Die Verjährung des Feststellungsrechtes wird durch jede zum Zwecke der Feststellung getroffene Maßnahme in dem Zeitpunkt unterbrochen, in dem der Zahlungsverpflichtete hiervon in Kenntnis gesetzt wird. Die Verjährung ist gehemmt, solange ein Verfahren in Verwaltungssachen bzw. vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes über das Bestehen der Pflichtversicherung oder die Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen anhängig ist.

4.2 Judikatur und Literatur dazu

Vgl. Julcher in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 68 ASVG (Stand 1.6.2017, rdb.at), Rz.12

"Die Verjährungsfrist verlängert sich nach § 68 Abs 1 dritter Satz auf fünf Jahre, wenn der DG oder eine sonstige meldepflichtige Person keine oder unrichtige Angaben bzw. Änderungsmeldungen über die bei ihm beschäftigten Personen bzw. über deren jeweiliges Entgelt gemacht hat, die er bei gehöriger Sorgfalt als notwendig oder unrichtig hätte erkennen müssen. Diese Rechtsfolge setzt also auch eine subjektive Komponente voraus (vgl aus der stRsp des VwGH etwa 2007/08/0109, ARD 6171/7/2011 = ZfVB 2011/1329). Dabei wird davon ausgegangen, dass sich ein Meldepflichtiger alle zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung notwendigen Kenntnisse verschaffen muss und den Mangel im Falle einer darauf zurückzuführenden Meldepflichtverletzung als Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt zu vertreten hat. Ihn trifft eine Erkundigungspflicht, sofern er seine - objektiv unrichtige - Rechtsauffassung zB über seine Eigenschaft als DG zum Zeitpunkt der Unterlassung der Meldung oder über die Beitragsfreiheit bestimmter Entgeltbestandteile nicht etwa auf höchstgerichtliche (und erst später geänderte) Rsp oder - bei Fehlen einer solchen - auf eine ständige Verwaltungsübung zu stützen vermag.

Die bloße "Nichtbeanstandung" durch die zuständigen Behörden stellt grds noch keine den Meldepflichtigen exkulperende Verwaltungsübung dar (VwGH 93/08/0176, VwSlg 14.020 A; vgl auch VwGH 2011/08/0002; s aber auch VwGH 99/08/0128, SVSlg 48.027 = SVSlg 48.087. War dem VTr seit 20 Jahren bekannt, dass der DG Schmutzzulagen für bestimmte Tätigkeiten bezahlte und wurden diese Zulagen - bei Beitragsprüfungen unbeanstandet - nicht der Beitragspflicht unterworfen, so ist die Unterlassung der Meldung als unverschuldet anzusehen; ebenso VwGH 2003/08/0266, ARD 5661/12/2006 = ASoK 2006, 320ASoK 2006, 320: VwGH 19.10.2005, 2003/08/0276 ASoK 2006, 320:

VwGH 14.9.2005, 2003/08/0266). Umgekehrt wird die Erkundigungspflicht des Meldepflichtigen nur ausgelöst, wenn er nach dem von ihm zu fordernden Grundwissen über beitrags- und melderechtliche Angelegenheiten zumindest Bedenken gegen die bzw. Zweifel an der Beitragsfreiheit gehabt haben musste, was dann nicht der Fall ist, wenn es dazu erst diffiziler rechtlicher Ableitungen bedurft hätte (VwGH 93/08/0176, VwSlg 14.020 A). Wenn eine als zum Grundwissen des Meldepflichtigen zu zählende Meldepflicht verletzt wurde, darf die Behörde diese Verletzung aber ohne weiteres als verschuldet beurteilen, sofern der Meldepflichtige nicht darlegt,

aus welchem besonderen Grund ihn ausnahmsweise kein Verschulden daran trifft (VwGH 99/08/0128, SVSlg 48.027 = SVSlg 48.087; 2002/08/0227, VwSlg 15.928 A)".

4.4 Im konkreten Fall:

Die Beschwerdeführerin hat im Verwaltungsverfahren nicht geltend gemacht, sich bei einer geeigneten Stelle erkundigt zu haben, allerdings bringt sie vor, dass die Beschäftigung der Pflegekräfte als Freiberufliche von der belangten Behörde allgemein toleriert worden sei.

In der Beurteilung durch die Judikatur des VwGH vgl. 2004/08/0101, 2005/08/0137, 2005/08/0084, 2000/08/0113, 2002/08/0220, ist dieser - bei vergleichbaren Sachverhalten - allerdings schon vor dem streitgegenständlichen Zeitraum in der Regel von Dienstverhältnissen ausgegangen; damit musste auch der Bf (oder deren Vertretung) klar sein), dass bei diesen Beschäftigungen zunächst von der Annahme ausgegangen werden muss, dass sie in einem Dienstverhältnis erbracht werden; erst bei Auftauchen von Elementen der Beschäftigung, die dagegen sprechen, wäre eine gegenteilige Einschätzung gerechtfertigt gewesen. Dass dem Geschäftsführer der Bf bekannt war, dass auch bei anderen Einrichtungen diese Form der Beschäftigung vorkam, exkulpiert ihn nicht.

Nach der Judikatur des VwGH (insbesondere nach dem Erk 2013/08/0015 vom 07.10.2015) stellt die "Nichtbeanstandung" beitragsfreier Zahlungen in der Vergangenheit noch keine Verwaltungsübung dar, auf die er als Meldepflichtiger vertrauen durfte (vgl. dazu das Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, 2011/08/0002, mwN).

Die Bf konnte sich auch nicht darauf stützen, dass im Jahr 2007 eine Beitragsprüfung stattgefunden habe. Wie oben dargestellt hat die Beitragsprüfung der belangten Behörde 2007 nur einen Aspekt behandelt, nämlich die Prüfung der Ansprüche der Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer aus der Insolvenz. Aus dieser Prüfung konnte daher der Bf nicht zu Recht ableiten, dass das gesamte Meldeverhalten in Bezug auf alle Beschäftigten geprüft und für in Ordnung befunden worden sei.

Ein Teil der Nachverrechnung bezieht sich nicht auf diplomierte Krankenpflegekräfte, deren Pflichtversicherung bestritten wurde. Es wurden von der Bf auch Hilfstätigkeiten, Praktikantinnen und auch Personen am Beginn der Beschäftigung sowie Zulagen und Mehrleistungen von Beschäftigten als "Honorare für Selbstständige" rechtswidrig nicht zur Sozialversicherung gemeldet, was ohne Zweifel für jeden Dienstgeber erkennbar sein musste, dass dieses Verhalten nicht rechens war.

Es ist daher zusammengefasst- entgegen dem Vorbringen der Bf - von einer 5-Jährigen Verjährungsfrist auszugehen.

4.5 Zum Zeitpunkt des Eintritts der verjährungsunterbrechenden Maßnahme:

Die Verjährung des Feststellungsrechts wird nach § 68 Abs 1 Satz 4 ASVG durch jede zum Zweck der Feststellung getroffene Maßnahme in dem Zeitpunkt unterbrochen, in dem der Zahlungspflichtige hiervon in Kenntnis gesetzt wird. Eine Maßnahme, die zur Unterbrechung der Verjährungsfrist für die Feststellung der Beiträge führt, wirkt grundsätzlich auch hinsichtlich der Frist für die - idR nicht gesondert erfolgende - Feststellung der Verzugszinsen verjährungsunterbrechend, dienen doch Maßnahmen zum Zweck der Feststellung der Beiträge mittelbar auch der Feststellung der allenfalls anfallenden Verzugszinsen (VwGH 2012/08/0287).

Zu dieser Frage wird auf die Ausführungen von Julcher in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 68 ASVG (Stand 1.6.2017, rdb.at), Rz.13 und 13.1.: Als verjährungsunterbrechende Maßnahme ist nach stRsp des VwGH (vgl etwa VwGH 2004/08/0099, VwSlg 16.524 A) jede nach außen hin in Erscheinung tretende und dem Beitragsschuldner zur Kenntnis gebrachte Tätigkeit des VTr zu verstehen, die der rechtswirksamen Feststellung der Beitragsschuld dient. Eine solche Maßnahme stellt schon eine durch ausgewiesene Bedienstete des VTr gem § 42 beim Beitragsschuldner vorgenommene Beitragsprüfung (Einsicht in die Geschäftsbücher, Belege und sonstigen Aufzeichnungen des Beitragsschuldners) dar, da gerade sie in erster Linie der Feststellung dienen soll, ob die SV-Beiträge ordnungsgemäß entrichtet worden sind. Zur Herbeiführung der Unterbrechungswirkung ab Beginn der Beitragsprüfung genügt es, dass der Beitragsschuldner von der Vornahme dieser der Feststellung seiner Beitragsschuld dienenden Maßnahme in Kenntnis gesetzt wird; eines ausdrücklichen Hinweises auf diesen Zweck bedarf es nicht. Entsprechend dem Regelungszweck des § 68 Abs 1, nach dem immer dann (aber nur dann) eine Verjährung des Rechts auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen eintreten soll, wenn gegenüber dem Beitragsschuldner innerhalb der gesetzlichen Fristen keine auf die Verpflichtung zur Beitragszahlung gerichtete Maßnahme gesetzt wird, sind aber auch andere objektiv dem Feststellungsziel dienende Aktivitäten des VTr, wie zB schriftliche Ersuchen an den Beitragsschuldner um Bekanntgabe

beitragspflichtigen Entgelts von DN oder die Übersendung von Kontoauszügen über Beitragsrückstände durch den VTr, als Maßnahmen iSd § 68 Abs 1 Satz 4 zu werten (VwGH 89/08/0147, VwSlg 13.398 A)".

4.6 Das Gericht geht davon aus, dass die verjährungsunterbrechende Handlung durch die Aushändigung des nach § 41a ASVG iVm § 147 BAO vorgesehenen schriftlichen Prüfungsauftrags an den Steuerberater (erst) am 25.04.2013 stattgefunden hat. Die mündliche Kontaktaufnahme hat aufgrund der Unverbindlichkeit der Maßnahme (lediglich "Ankündigung") diese Wirkung nicht, zumal die genannten Bestimmungen einen schriftlichen Auftrag vorsehen (vgl. auch § 41 a Abs 3 letzter Satz).

Die vor dem Zeitraum vom 19.02. bis 25.04. 2013 vorgeschriebenen Beiträge gelten damit als verjährt und waren von der Gesamtvorschreibungssumme (einschließlich darauf basierenden Beitragszuschlägen) abzuziehen.

5. Zu den von der Bf geäußerten verfassungsmäßigen Bedenken:

Im Beschwerdevorbringen und in den ergänzenden Eingaben bezieht sich die Bf auf das Hausbetreuungsgesetz (Hausbetreuungsgesetz - HBeG und Änderung der Gewerbeordnung 1994, BGBl. I 33/2007), in Kraft getreten am 01.07.2007 und behauptet eine gleichheitswidrige Behandlung durch den Gesetzgeber, im Vergleich zwischen seinem Unternehmen und dem privaten Pflegebereich, dem ist Folgendes zu entgegnen:

Der Geltungsbereich des Hausbetreuungsgesetzes umfasst jene, die Personen in deren Privathaushalten betreuen, wobei die Betreuung selbständig oder unselbständig erfolgen kann; das Gesetz regelt arbeitsrechtliche Fragen und beinhaltet Änderungen der Gewerbeordnung (§§ 159 und 160), des Bundespflegegeldgesetzes § 21b, und regelte eine sogenannte Amnestieverlängerung, vgl. auch Doris Lutz (Wien), Hausbetreuungsgesetz 2007, DRdA 2007, 420 (420).

Zu den Erwägungen des Gesetzgebers, die ihn zu dieser Regelung veranlasst haben, sei auf die Erläuterungen/allgemeiner Teil zu diesem Bundesgesetz (vgl. Blg NR: GP XXIII RV 1f.) verwiesen:

"Aufgrund der demografischen Entwicklung in Österreich gewinnt die Betreuung und Pflege betreuungsbedürftiger Menschen zunehmend an Bedeutung. Ein Aspekt dabei ist die Rund-um-die-Uhr-Betreuung daheim, für die die gesetzlichen Regelungen derzeit unzureichend sind. Ziel ist die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Rund-um-die-Uhr-Betreuung daheim unter Berücksichtigung der arbeits-, sozial- und berufsrechtlichen Vorschriften.....

Das Regierungsprogramm für die XXIII. Gesetzgebungsperiode enthält im Kapitel "Soziales" Vorgaben für den "Aufbau einer leistungsfähigen und intelligent differenzierten Versorgungslandschaft" im Bereich der Pflege und Altenbetreuung. Es gilt hier vor allem, um den steigenden Bedarf an Arbeitskräften in der Betreuung und Pflege abdecken zu können, bereits bestehende Betreuungs- und Pflegemodelle weiter zu entwickeln und eine Rechtsgrundlage für eine bedarfsgerechte Rund-um-die-Uhr-Betreuung daheim zu schaffen.

Dabei sind Arbeitsrecht, Sozialrecht und Berufsrecht an die Besonderheiten der selbständigen und unselbständigen Beschäftigung für Betreuungsleistungen im privaten Haushalt eines/einer Pflegegeldbezieher/in anzupassen. Für die Betreuung daheim ist ein eigener Beschäftigungstypus möglichst auf der Basis selbständiger Beschäftigung zu entwickeln. Bei einer Förderung durch die öffentliche Hand wird Betreuungsausmaß, Pflegebedürftigkeit und soziale Lage berücksichtigt" Zitatende

Mit diesen Erwägungen legt der Gesetzgeber dar, aus welchen Gründen er eine besondere Regelung für den Bereich der Pflege im privaten Umfeld geschaffen hat.

Er hat dabei seinen rechtspolitischen Ermessensspielraum genutzt und diesen - nach Auffassung des BVwG - dabei nicht überspannt, wenn er Pflegeleistungen, die im privaten Bereich von Privatpersonen organisiert werden anders arbeits- und sozialversicherungsmäßig regelt als die Pflege in privaten oder öffentlichen Einrichtungen.

Das Gericht teilt daher die verfassungsmäßigen Bedenken der Bf nicht.

Zu B) Zur 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. Zur Frage der Pflichtversicherung in Krankenbetreuungs- und Pflegeeinrichtungen gibt es umfangreiche Judikatur des VwGH, vgl. Erk 2013/08/0015 vom 25.06.2013, soweit die Erkenntnisse 2012/08/0100, vom 26.08.2014, auch 2012/08/0310 sowie Erk 04.09.2013, 2006/08/0206 vom 04.06.2008, 2006/08/0193 vom 04.07.2007 ebenso zur Frage der durchgehenden Beschäftigung, vgl. Zl. 2012/08/0268, zur Verjährung, vgl. Erk vom 07.10.2015 2013/08/0093, zur Unbeachtlichkeit der OG (24.11.2016, Ra 2016/08/0011 bis 0024.

Das Erkenntnis ist auf Basis dieser Judikatur ergangen.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2018:W178.2102339.1.00