



# BVwG

Bundesverwaltungsgericht  
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23-889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

**E N T S C H E I D U N G S D A T U M**

**1 7 . 0 8 . 2 0 2 2**

**G E S C H Ä F T S Z A H L**

**W 2 2 8 2 2 2 8 2 5 2 - 1 / 1 8 E**

**I M N A M E N D E R R E P U B L I K !**

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald WÖGERBAUER als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GMBH, vertreten durch die XXXX , gegen den Bescheid der vormaligen Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, vom 29.11.2019, Zl. XXXX nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, zu Recht erkannt:

**A)**

**Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen.**

**B)**

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

## Entscheidungsgründe:

### **I. Verfahrensgang:**

Mit Bescheid vom 29.11.2019, Zl. XXXX hat die vormalige Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK), festgestellt, dass Frau XXXX, VSNR XXXX, aufgrund ihrer Tätigkeit als Reinigungskraft für die XXXX GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) im Zeitraum von 01.10.2007 bis 28.02.2009 und von 01.09.2009 bis 31.03.2010 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit a AVVG unterliegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin ein Reinigungsunternehmen betreibe, welches hauptsächlich Büro- und Gebäudereinigungsaufträge übernimmt. Frau XXXX sei in verfahrensrelevanten Zeiträumen als Reinigungskraft für die Beschwerdeführerin tätig gewesen. Ihr sei vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, Herrn XXXX, mitgeteilt worden, wann und wo welche Arbeiten durchzuführen seien. Sie habe ihren Arbeitsort und ihre Arbeitszeit nicht selbst bestimmen können. Frau XXXX habe die Reinigungstätigkeiten persönlich ausgeführt. Sie sei weder krankheitsbedingt verhindert gewesen, noch habe sie Urlaub konsumiert. Im Falle einer Beschwerde sei Herr XXXX zu den Objekten gefahren, in denen Frau XXXX gearbeitet habe und habe ihre Arbeit kontrolliert. Die Reinigungsmittel seien von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden. In einer Gesamtschau würden die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen, sodass die Dienstnehmereigenschaft der Frau XXXX als gegeben anzusehen sei.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin vom 30.12.2019 fristgerecht Beschwerde erhoben. Darin wurde zunächst ausgeführt, dass im konkreten Fall mangels Einhaltung des Sozialversicherungs-Zuordnungsverfahrens für den Zeitraum 01.10.2007 bis 31.12.2008 ein Verfahrensmangel vorliege. Weiters wurde ausgeführt, dass Frau XXXX von 16.10.2007 bis 09.03.2010 über die Gewerbeberechtigung zur Hausbetreuung verfügt habe. Sie habe sich bei ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin von ihrer Tochter vertreten lassen. Außerdem seien Honorare von Monat zu Monat je nach der Anzahl der zu reinigenden Objekte mit der Beschwerdeführerin vereinbart worden. Frau XXXX habe zudem eigene Reinigungsmittel verwendet. Weisungen seitens der Beschwerdeführerin

seien nicht vorgelegen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass Frau XXXX in den verfahrensrelevanten Zeiträumen als Selbständige tätig gewesen sei.

Die Beschwerdesache wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 03.02.2020 von der belangten Behörde zur Entscheidung vorgelegt.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde am 03.05.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Beschwerdeführerin im Beisein ihrer Rechtsvertretung, ein Vertreter der belangten Behörde, XXXX als weitere Verfahrenspartei sowie die SVS als weitere Behörde teilnahmen. Im Zuge der Verhandlung wurde XXXX als Zeugin einvernommen.

Am 03.06.2022 übermittelte das Finanzamt – nach entsprechender Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts – die angeforderten Unterlagen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 07.06.2022 der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin die Vorlage des Finanzamtes übermittelt.

Am 15.06.2022 langte eine Stellungnahme der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht ein.

## **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:**

### **1. Feststellungen:**

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Reinigungsunternehmen, welches hauptsächlich Büro- und Gebäudereinigungsaufträge übernimmt.

Bei der Beschwerdeführerin wurde für die Prüfzeiträume 01.01.2006 bis 31.12.2008 und 01.01.2009 bis 31.12.2011 eine GPLA durchgeführt.

XXXX war in verfahrensgegenständlichen Zeiträumen (von 01.10.2007 bis 28.02.2009 und von 01.09.2009 bis 31.03.2010) als Reinigungskraft für die Beschwerdeführerin tätig. Ihre Hauptaufgabe war insbesondere die Reinigung in Büros sowie die Reinigung von Stiegenhäusern. Überdies hat sie die Reinigung in Zügen (Waggons putzen) durchgeführt.

Herr XXXX, Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, war der Ansprechpartner der Frau XXXX bei der Beschwerdeführerin. Frau XXXX hatte im Zuge ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin verschiedene Objekte zu reinigen. Herr XXXX teilte Frau XXXX die Objekte, in welchen Reinigungsarbeiten durchzuführen waren, zu und erklärte ihr die zu

erledigenden Arbeiten. Für jene Objekte, für welche zur Durchführung der Reinigungsarbeiten ein Schlüssel notwendig war, hat Frau XXXX den Schlüssel von Herrn XXXX bekommen.

Der Ort und die Uhrzeit für ihre Tätigkeit wurden Frau XXXX von Herrn XXXX vorgegeben. Herr XXXX teilte Frau XXXX mit, wann sie sich wo einzufinden hatte um Reinigungsarbeiten durchzuführen. Je nach Arbeitsaufwand dauerten die Reinigungsarbeiten unterschiedlich lange.

Frau XXXX hat in den zu reinigenden Objekten allein gearbeitet.

Das Reinigungsmaterial hat sich im jeweils zu reinigenden Zug bzw. Objekt bereits vor Ort befunden. Zu Beginn ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin hat Frau XXXX Anweisungen seitens der Beschwerdeführerin erhalten, wie gewisse Putzmittel zu verwenden sind.

Die Tätigkeit der Frau XXXX wurde von Herrn XXXX kontrolliert. Auch die Kunden der Beschwerdeführerin kontrollierten die Arbeit der Frau XXXX und wandten sich im Falle einer Beschwerde an Herrn XXXX .

Frau XXXX hat sich fallweise von ihrer Tochter, XXXX , welche ebenfalls als Reinigungskraft für die Beschwerdeführerin tätig war, vertreten lassen. In einem solchen Fall hat Frau XXXX die Rechnung auf ihren eigenen Namen geschrieben. Abgesehen von den fallweisen Vertretungen durch ihre Tochter hat Frau XXXX die Reinigungsarbeiten persönlich durchgeführt.

Kurzfristige Verhinderungen wie Krankenstände sind in den verfahrensrelevanten Zeiträumen nicht eingetreten, wären jedoch der Beschwerdeführerin bekanntzugeben gewesen. Auch längerfristige Verhinderungen wie Urlaube sind in den verfahrensrelevanten Zeiträumen nicht eingetreten.

Frau XXXX hat im verfahrensrelevanten Zeitraum für keine anderen Firmen gearbeitet.

Frau XXXX hat für ihre Tätigkeit Rechnungen an die Beschwerdeführerin gelegt. Das Muster für die Honorarnoten hat sie von Herrn XXXX bekommen. Die Entlohnung erfolgte mittels Pauschalhonorar. Es ist nie vorgekommen, dass Frau XXXX von den gelegten Honorarnoten ein Betrag abgezogen wurde (z.B. wegen Gewährleistung).

Frau XXXX verfügte im Zeitraum von 16.10.2007 bis 09.03.2010 über eine Gewerbeberechtigung für „Hausbetreuung“.

## **2. Beweiswürdigung:**

Die Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit der Frau XXXX ergeben sich aus den Aussagen der Frau XXXX vor der belangten Behörde am 01.02.2011 und 11.03.2014 und in der Verhandlung vor dem Bundeverwaltungsgericht in Zusammenschau mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin. Überdies ist beweiswürdigend auf die Ausführungen der anderen vier Personen, welche ebenfalls als Reinigungskräfte für die Beschwerdeführerin tätig wurden und die ebenfalls vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Ausgestaltung ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin einvernommen wurden, zu verweisen.

Die Feststellung, wonach Frau XXXX die zu reinigenden Objekte von Herrn XXXX zugeteilt wurden, ergibt sich aus der Aussage der Frau XXXX in der Einvernahme vor der belangten Behörde sowie vor dem Bundesverwaltungsgericht. Der gegenteiligen Aussage des Herrn XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, wonach den Reinigungskräften die Objekte vorgeschlagen worden seien und sie die freie Auswahl gehabt hätten, kann daher nicht gefolgt werden, insbesondere, da auch die anderen Reinigungskräfte aussagten, dass ihnen die Objekte zugeteilt worden seien.

Dass Frau XXXX den Schlüssel für die Objekte von Herrn XXXX bekommen hat, ergibt sich aus der diesbezüglich übereinstimmenden Aussage der Frau XXXX und des Herrn XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Feststellung, dass sich das Reinigungsmaterial im jeweils zu reinigenden Objekt bereits vor Ort befunden hat, ergibt sich aus der Aussage der Frau XXXX in Zusammenschau mit den Angaben der vier anderen Reinigungskräfte. Auch Herr XXXX gab an, dass das Material bereits vor Ort gewesen sei. Der Angabe in der Beschwerde, wonach Frau XXXX eigene Reinigungsmittel verwendet habe, kann daher nicht gefolgt werden.

Die Feststellung, wonach Frau XXXX zu Beginn ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin Anweisungen von der Beschwerdeführerin erhalten hat, wie gewisse Putzmittel zu verwenden sind, ergibt sich ebenfalls aus den diesbezüglich übereinstimmenden Angaben der Frau XXXX und den anderen Reinigungskräften, welche aussagten, dass es am Anfang der Tätigkeit eine diesbezügliche Einschulung bzw. Anweisung gegeben habe. Der gegenteiligen Aussage des Herrn XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, wonach es eine solche Anweisung nicht gegeben habe, kann daher nicht gefolgt werden.

Dass eine Kontrolle der Tätigkeit der Frau XXXX durch Herrn XXXX stattfand, wurde von Frau XXXX in der Einvernahme am 01.02.2011 angegeben, wo sie ausführte: „Im Falle einer

Beschwerde kam Herr XXXX zu den Objekten um die einzelnen Arbeiten nachzukontrollieren und um mich in weiterer Folge zu beanstanden.“ Auch Herr XXXX gab in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, zu einer allfälligen Kontrolle der Reinigungskräfte befragt, an: „Ansonsten hat sie eigentlich der Kunde kontrolliert und ich.“ Überdies führte Herr XXXX in diesem Zusammenhang aus: „Der Kunde hat das kontrolliert und wenn es eine Beschwerde gab, hat er sich an uns gewandt.“ Der Aussage von Frau XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, wonach nur die Kunden, nicht jedoch die Beschwerdeführerin ihre Arbeit kontrolliert hätten, kann daher nicht gefolgt werden.

Die Feststellung, wonach sich Frau XXXX fallweise von ihrer Tochter vertreten ließ, ergibt sich aus den diesbezüglich übereinstimmenden Aussagen der Frau XXXX und ihrer Tochter, Frau XXXX, in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Eine Vertretung durch andere Personen wurde nicht behauptet und war daher festzustellen, dass Frau XXXX die Reinigungsarbeiten sonst persönlich durchführte.

Die Feststellung, wonach kurzfristige Verhinderungen wie Krankenstände und auch längerfristige Verhinderungen wie Urlaube in den verfahrensrelevanten Zeiträumen nicht eingetreten sind, ergibt sich aus der Aussage der Frau XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Dass kurzfristige Verhinderungen der Beschwerdeführerin bekanntzugeben gewesen wären, ergibt sich aus der Aussage des Herrn XXXX in der Verhandlung.

Die Feststellung, wonach Frau XXXX im verfahrensrelevanten Zeitraum für keine anderen Firmen tätig war, ergibt sich aus ihrer Aussage vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Es ist nicht strittig, dass Frau XXXX Rechnungen gelegt hat. Die Feststellung zur Entlohnung mittels Pauschalhonorar ergibt sich aus der Aussage von Frau XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Der Umstand, dass Frau XXXX von den gelegten Honorarnoten nie ein Betrag abgezogen wurde, ergibt sich aus den diesbezüglich übereinstimmenden Angaben der Frau XXXX und des Herrn XXXX. Dass Frau XXXX das Muster für die Honorarnoten von Herrn XXXX bekommen hat, ergibt sich aus der Aussage von Herrn XXXX in Zusammenschau mit den Angaben der anderen Reinigungskräfte. Frau XXXX selbst gab auf die Frage in der Verhandlung, woher sie das Muster für die Rechnungen hatte, an, dass sie dies nicht mehr wisse, was aufgrund der verstrichenen Zeit durchaus plausibel ist.

Die Feststellung zu der Gewerbeberechtigung ergibt sich aus dem GISA-Auszug.

### **3. Rechtliche Beurteilung:**

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 414 Abs. 1 ASVG normiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide eines Versicherungsträgers.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nur in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. In der vorliegenden Angelegenheit wurde kein derartiger Antrag gestellt. Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache dem nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichter.

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt. Gemäß § 59 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, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

#### **Zu A) Abweisung der Beschwerde:**

Zur Anwendbarkeit der Bestimmung des § 412b ASVG:

Die Bestimmung des 412b ASVG ist seit 01.07.2017 in Kraft. Im gegenständlichen Fall wurde bei der Beschwerdeführerin für die Prüfzeiträume 01.01.2006 bis 31.12.2008 und 01.01.2009 bis 31.12.2011 eine GPLA durchgeführt.

Für den früheren Prüfzeitraum I hat die Schlussbesprechung zur GPLA vor dem Inkrafttreten des § 412b ASVG stattgefunden und ging die ÖGK daher davon aus, dass die Bestimmung des § 412b ASVG nicht anwendbar ist.

Für den späteren Prüfzeitraum hat die Schlussbesprechung erst im Jahr 2019 stattgefunden und wurde die Bestimmung des § 412b ASVG daher von der ÖGK angewendet.

Die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin brachte hingegen betreffend Prüfzeitraum I in der Verhandlung vor, dass das Prüfverfahren erst abgeschlossen sei, wenn ein rechtskräftiger Bescheid vorliegt und die Bestimmung des § 412b ASVG daher anzuwenden wäre. Im Schriftsatz vom 15.06.2022 wurde darüber hinaus ausgeführt, dass es sich bei gegenständlichem Verfahren um eines „anlässlich einer Prüfung“ handle, dass die Norm des § 149 Abs. 1 BAO ausschließlich auf die Abgabepflichtige im Abgabungsverfahren ziele und somit für diese Verfahren nicht fruchtbar gemacht werden könne, dass diese Prüfverfahren Rechtssicherheit für alle Betroffenen schaffen solle, unter anderem durch deren Einbindung als Parteien des Verfahrens und das Sozialversicherungsverfahren bis zur Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes ausgesetzt wurde, was letztlich ein Hinweis sei, dass das Verfahren noch im Stadium „bei Prüfung“ sei. Schließlich hätte ein Bescheid nach dem SV-ZG auch Bindungswirkung gegenüber dem Finanzamt. Es sei aber umgekehrt die Entscheidung des Finanzamts abgewartet worden, was zu einer enorm langen Verfahrensdauer geführt habe.

§ 412b ASVG lautet, soweit hier relevant: „(1) Stellt der Krankenversicherungsträger oder das Finanzamt bei der Prüfung nach § 41a dieses Bundesgesetzes oder nach § 86 EStG 1988 für eine im geprüften Zeitraum nach dem GSVG bzw. nach dem BSVG versicherte Person einen Sachverhalt fest, der zu weiteren Erhebungen über eine rückwirkende Feststellung der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz (Neuzuordnung) Anlass gibt, so hat der Krankenversicherungsträger oder das Finanzamt die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen ohne unnötigen Aufschub von dieser Prüfung zu verständigen. [...]“

Es ist somit zu erörtern, inwiefern die Wortfolge „bei der Prüfung“ des § 412b Abs. 1 ASVG auszulegen ist. Soweit die Beschwerde auf den Kommentar zum ASVG Wotruba in Sonntag (Hrsg), ASVG<sup>13</sup> (2022), § 412a, RZ 2 (Fundstelle aktualisiert) verweist, ist der zitierten Stelle nichts zum Thema zu entnehmen. Soweit § 412b, RZ 1 gemeint wäre, so ist dort folgendes festgehalten: „Tritt im Rahmen einer versicherungsrechtlichen Prüfung bzw. einer GPLA der



substantielle Verdacht auf, dass anstelle der bisherigen Pflichtversicherung nach dem GSVG bzw nach dem BSVG (als Ausübende eines bäuerlichen Nebengewerbes) eine Pflichtversicherung nach dem ASVG vorliegt, so hat die ÖGK bzw das Finanzamt die SVS ohne unnötigen Aufschub über diesen Verdacht zu verständigen. Die weiteren Ermittlungen sind sodann von der ÖGK sowie von der SVS im Rahmen des jeweiligen Wirkungsbereichs durchzuführen. Über die konkrete Durchführung des Verfahrens können sich die Versicherungsträger intern verständigen.“

Fallgegenständlich wurde, wie festgestellt, eine GPLA für den Prüfzeitraum I – hier ist die Anwendung des § 412b ASVG strittig – durchgeführt. Die Schlussbesprechung fand am 16.04.2012 statt in Anwesenheit des steuerlichen Vertreters der BF statt. Da laut der zitierten Kommentarstelle „im Rahmen [...] einer GPLA der substantielle Verdacht“ auftrete, kann dies tatsächlich nach dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung nicht mehr möglich sein, da die Schlussbesprechung vor Inkrafttreten des SV-ZG (01.07.2017) stattfand und ein dadurch jedenfalls gegebener „Anlass“ „zu weiteren Erhebungen“ ebenso vor dem Inkrafttreten des SV-ZG gegeben war.

Ein zusätzliches Indiz für die Richtigkeit dieser Auslegung ist auch in den §§ 149 bzw. 150 BAO zu finden, welche Vorschriften über die Beendigung der Außenprüfung, Schlussbesprechung samt Niederschrift sowie den schriftlichen Bericht enthalten.

Die darauffolgenden Verfahren beim Finanzamt und beim Sozialversicherungsträger stellen daher nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes eigenständige Ermittlungsverfahren unabhängig von der Prüfung dar, welche erst nach Abschluss der Prüfung beginnen. Dies ist auch daran erkennbar, dass im Ermittlungsverfahren der ÖGK das AVG, und nicht die BAO wie bei der damaligen GPLA, anwendbar ist.

Schließlich erscheint es nicht zweckmäßig, neben einem Versicherungspflichtverfahren, welches vom damaligen Rechtsvorgänger der ÖGK bereits eingeleitet war – was an der Aussetzung zu erkennen war–, ein Zuordnungsverfahren von der Abfolge her im Nachhinein zu starten.

Dazu ist jedoch festzuhalten, dass eine falsche Anwendung der Bestimmung des § 412b ASVG lediglich das Übergehen der Parteistellung der SVS bedeutet (welches im Übrigen durch die Teilnahme der SVS in der Verhandlung beim BVwG saniert erscheint), dadurch jedoch keine Rechtsverletzung bei der Beschwerdeführerin vorliegt. Eine Rechtsverletzung der Dienstnehmer ist nicht erkennbar, da diese ohnehin Parteien des gegenständlichen Verfahrens sind.

Einer Einvernahme des Prüfers FA der Schlussbesprechung, wie im Schriftsatz vom 15.06.2022 beantragt, bedurfte es nicht, da dessen Einvernahme ohne Relevanz für die Auslegung der Rechtsnorm ist, welche als rechtliche Würdigung ohnehin Sache des Gerichts ist.

Zur Dienstnehmereigenschaft der XXXX :

Nach der Rechtsprechung des VwGH (vgl. etwa VwGH v. 21.12.2005, Zl. 2004/08/0066) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung – in der Regel bis zu einem bestimmten Termin – zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (VwGH 05.06.2002, 2001/08/0107, 0135 sowie 03.07.2002, 2000/08/0161).

Ein Werkvertrag liegt somit lediglich vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln müsse. Die gegenständlichen Reinigungstätigkeiten sind nicht dazu geeignet, dieses zentrale Kriterium zu erfüllen. Worin ein von Frau XXXX zu erbringendes Werk bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist die Durchführung von Reinigungstätigkeiten nicht als Werk im Sinne einer geschlossenen Einheit, sondern als Bemühen im Sinn einer Dienstleistung zu verstehen. Bei dieser Tätigkeit handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um, laufend zu erbringende, (Dienst-)Leistungen eines Erwerbstätigen, der über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert. Die Gewährleistungsfähigkeit der Leistung von Frau XXXX wurde ebenso nicht einmal plausibel

behauptet. Die Geltendmachung von Gewährleistung wurde seitens der Beschwerdeführerin überdies nicht behauptet und fand nach den Feststellungen auch nicht statt.

Der Umstand, dass Frau XXXX über eine Gewerbeberechtigung verfügte, ist nicht entscheidend, da daraus nicht ableitbar ist, ob dieser im konkreten Fall in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig wurden oder nicht (vgl. VwGH vom 21.12.2011, ZI. 2010/08/0129). Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. VwGH vom 2. April 2008, ZI. 2007/08/0038).

Der Verwaltungsgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung in ähnlich gelagerten Fällen (explizit zu Spachtelarbeiten im Rahmen eines eigenen Gewerbes VwGH 11.07.2012, 2012/08/0121; 21.12.2011, 2010/08/0129 jeweils mwN) nämlich davon aus, dass die Innehabung von Gewerbescheinen für Tätigkeiten, die keine besondere Qualifikation erfordern und üblicherweise auch von abhängigen Beschäftigten erbracht werden, durch Personen, die ohne eigene wesentliche Betriebsmittel am Wirtschaftsleben teilnehmen und im Grunde nur über ihre eigene Arbeitskraft disponieren, einen verbreiteten Missbrauch der Gewerbeordnung darstellt, der einerseits der Verschleierung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse dient und andererseits oft Tätigkeiten betrifft, bei denen nicht auszuschließen ist, dass es sich um "gegen Stunden- oder Taglohn oder gegen Werkentgelt zu leistende Verrichtungen einfachster Art" handelt, die gemäß § 2 Abs. 1 Z 8 GewO 1994 von der Gewerbeordnung ausgenommen sind. Auch der Umstand, dass Mitarbeiter auf Grund der aus der Innehabung von Gewerbescheinen entstehenden Mitgliedschaft bei der Wirtschaftskammer gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG bereits an einen anderen Sozialversicherungsträger als an die Gebietskrankenkasse Beiträge geleistet haben, schließt eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG nicht aus.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Dienstverhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem

Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie 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. (vgl. unter vielen das Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl. 2009/08/0123).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Falle der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Falle einer Krankheit oder einesurlaubes (vgl. u.a. die Erkenntnisse des VwGH vom 3. Juli 1990, Zl. 88/08/0293, vom 24. März 1992, Zl. 91/08/0117, vom 12. Mai 1992, Zl. 91/08/0026, und vom 19. Mai 1992, Zl. 87/08/0271) oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 16. April 1991, Zl. 90/08/0117, und vom 24. März 1992, Zl. 91/08/0117) vertreten zu

lassen; ebensowenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 3. Juli 1990, Zl. 88/08/0293, vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0289, und vom 19. Mai 1992, Zl. 87/08/0271).

Frau XXXX hat sich fallweise von ihrer Tochter, XXXX, welche ebenfalls als Reinigungskraft für die Beschwerdeführerin tätig war, vertreten lassen. Abgesehen von den fallweisen Vertretungen durch ihre Tochter hat Frau XXXX die Reinigungsarbeiten persönlich durchgeführt.

Von einem generellen, die persönliche Leistungspflicht ausschließendem, Vertretungsrecht im Sinne der zitierten Judikatur ist unter den gegebenen Umständen daher nicht auszugehen. Von einer Berechtigung jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter heranzuziehen, kann somit im hier zu beurteilenden Fall nicht gesprochen werden.

Weiters ist zu prüfen, ob Frau XXXX örtlich und zeitlich in den Betrieb der Beschwerdeführerin eingebunden und hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens weisungsgebunden, kontrollunterworfen und in die Arbeitsorganisation der Beschwerdeführerin eingebunden war.

Frau XXXX war insofern an Ordnungsvorschriften betreffend die Arbeitszeit und den Arbeitsort gebunden, als Herr XXXX Frau XXXX die Objekte, in welchen Reinigungsarbeiten durchzuführen waren, zuteilte. Der Ort und die Uhrzeit für ihre Tätigkeit wurden Frau XXXX insofern von Herrn XXXX vorgegeben, als Herr XXXX Frau XXXX mitteilte, wann sie wo sein sollte um Reinigungsarbeiten durchzuführen. Insgesamt betrachtet kann somit keine eigene unternehmerische Struktur mit eigenen unternehmerischen Gestaltungsspielraum in der Ausgestaltung der Tätigkeit der Frau XXXX gesehen werden, zumal die „Kundenhoheit“ (aus welcher sich die Objekte ergaben) bei Herrn XXXX lag.

Für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ist nicht die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse maßgebend, sondern nur jene betreffend das arbeitsbezogene Verhalten. Im gegenständlichen Fall teilte Herr XXXX Frau XXXX die Objekte, in welchen Reinigungsarbeiten durchzuführen waren, zu und erklärte ihr die durchzuführenden Arbeiten. Zu Beginn ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin hat Frau XXXX Anweisungen seitens der Beschwerdeführerin erhalten, wie gewisse Putzmittel zu verwenden sind. Die Tätigkeit der Frau XXXX wurde von Herrn XXXX kontrolliert. Auch die Kunden der Beschwerdeführerin kontrollierten die Arbeit der Frau XXXX und wandten sich im Falle einer Beschwerde an Herrn XXXX. In einer Gesamtschau ist festzuhalten, dass die

Tätigkeit der Frau XXXX an den Vorgaben der Beschwerdeführerin, basierend auf deren Vereinbarungen mit den Kunden, orientiert war.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 24.04.2014, 2012/08/0081 festgehalten, 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. VwGH 04.06.2008, 2004/08/0190 und 2007/08/0252, vom 02.05.2012, 2010/08/0083, vom 11.07.2012, 2010/08/0204, und vom 17.10.2012, 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. VwGH 19.12.2012, 2012/08/0224, mwN). 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 solchen Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. VwGH 21.12.2011, 2010/08/0129).

Im gegenständlichen Fall unterlag Frau XXXX, die disloziert tätig war und manuelle (Hilfs-)Tätigkeiten verrichtete, die ihr auch keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum eröffneten, der stillen Autorität der Beschwerdeführerin.

Was die Betriebsmittel anbelangt, hat sich das Reinigungsmaterial im jeweils zu reinigenden Objekt bereits vor Ort befunden. Frau XXXX hat sohin über keine eigenen wesentlichen Betriebsmittel verfügt.

Aufgrund all dieser Erwägungen ist festzuhalten, dass Frau XXXX in mehrfacher Hinsicht in die betriebliche Struktur der Beschwerdeführerin eingebunden, an die Ordnungsvorschriften und Abläufe der Beschwerdeführerin gebunden, der Beschwerdeführerin weisungs- und

kontrollunterworfen und persönlich arbeitspflichtig war. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes lag dadurch ein Ausdruck der Einschränkung der persönlichen Bestimmungsfreiheit der Frau XXXX vor. In einer Gesamtschau sind somit die Merkmale einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit als überwiegend zu beurteilen.

Im gegenständlichen Fall spricht auch die Art der Entlohnung für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG. So erfolgte die Entlohnung durch Entrichtung eines Pauschalsatzes. Steht wie im gegenständlichen Fall der laufenden Zurverfügungstellung der Arbeitskraft eine vom Erfolg unabhängige Entlohnung gegenüber, so ist dies nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein Kennzeichen für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses. Letztlich stellte Frau XXXX ihre Arbeitskraft gegen eine Pauschale zur Verfügung. Damit ist auch im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine vom Erfolg unabhängige Entlohnung der Zurverfügungstellung von Arbeitskraft gegeben (vgl. VwGH 02.09.2009, 2005/15/0035; 20.01.2016, 2012/13/0059).

Die Merkmale für das Bestehen persönlicher Abhängigkeit sind im gegenständlichen Fall sohin als gegeben anzusehen. Im Verfahren betreffend die Feststellung der Pflichtversicherung ist es ausreichend, darzulegen, dass jedenfalls ein über der Geringfügigkeitsgrenze liegender Entgeltanspruch bestand (vgl. VwGH vom 04.09.2013, Zl. 2013/08/0110). Dass Frau XXXX in den verfahrensrelevanten Zeiträumen ein Entgelt über der Geringfügigkeitsgrenze erhielt, wurde nicht bestritten.

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).

Damit ist hier festzuhalten, dass im gegenständlichen Fall ein vollversicherungspflichtiges Dienstverhältnis der Frau XXXX nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG in den Zeiträumen von 01.10.2007 bis 28.02.2009 und von 01.09.2009 bis 31.03.2010 gegeben ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Zu B) Zulässigkeit 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 zulässig, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung der Bestimmung des § 412b ASVG fehlt.

Darüber hinaus argumentiert Thomas Neumann in Sieben Thesen zum Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz (FN 1) - Statement zu "Selbständig oder unselbständig: Neuregelung der Zuordnung von Sozialversicherten", DRdA 2018, 203, Folgendes: „Unstrittig ist, dass damit jedenfalls die GPLA-Prüfung (FN 3) gem § 41a Abs 3 ASVG umfasst ist. Entdeckt nun die Gebietskrankenkasse (GKK) außerhalb der GPLA-Prüfung (zB durch eine Mitteilung der Finanzpolizei) einen Sachverhalt, der zu einer Neuordnung führen könnte, so ist die These, das SV-ZG sei nicht anwendbar. (FN 4) Dem widerspreche ich ausdrücklich und nachdrücklich.

In diesem Zusammenhang muss man zunächst § 41a ASVG in seiner Gesamtheit und in seiner Entstehungsgeschichte betrachten. Dies würde ein eigenes Vortragsthema eröffnen, sodass ich kurz zusammenfasse:

- § 41a Abs 3 ASVG regelt die GPLA-Prüfung,
- § 41a Abs 1 ASVG regelt die Sozialversicherungsprüfung außerhalb der GPLA-Prüfung,
- jeder Hinweis auf eine Neuordnung löst eine Sozialversicherungsprüfung gem § 41a ASVG aus und
- damit ist zwingend § 412b ASVG anzuwenden.

Ob nun *lex posterior* und/oder *lex specialis* als Interpretationsregel angeführt wird, es ist vor allem das eindeutige Ziel und der eindeutige Zweck des SV-ZG gewesen, jegliche Umqualifizierung durch die Gebietskrankenkassen dem neuen Verfahrensrecht zu unterwerfen. Eine andere Interpretation wäre ja die bewusste Konterkarierung des Kernproblems durch den Gesetzgeber. Genau diese Zielsetzung wurde auch von den Sozialpartnern nach knapp zehnjährigen Verhandlungen im August 2016 vereinbart. [...]“

Sollte eine derart extensive teleologische Interpretation aufgrund des engeren Wortlautes der Bestimmung entgegen der Argumentation in der gegenständlichen Entscheidung, dass jegliche Umqualifizierung dem neuen Verfahrensrecht zu unterwerfen ist, tatsächlich Platz greifen, so könnte in Kombination mit der eintretenden Bindungswirkung betreffend das Verfahren beim Finanzamt (und in weiterer Folge beim BFG) eine Rechtsverletzung der BF in ihrem subjektiven Recht durch die Nichtentscheidung in einem Verfahren nach § 412b ASVG entstehen und die BF dadurch beschwert sein.