

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.06.2013

Geschäftszahl

2013/08/0093

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde des Vereins W in Wien, vertreten durch Dr. Alexandra Knell, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Operngasse 7/21, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 8. April 2013, Zl. BMASK-428594/0001-II/A/3/2012, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. AE, S,

2. Wiener Gebietskrankenkasse, 1100 Wien, Wienerbergstraße 15-19,

3. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass die Erstmitbeteiligte auf Grund ihrer Tätigkeit für den beschwerdeführenden Verein an näher angeführten Tagen innerhalb des Zeitraums vom 22. April 2009 bis zum 13. Jänner 2011 gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG iVm § 471a bis § 471e ASVG der Vollversicherung (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG der Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Erstmitbeteiligte sei hauptberuflich im H.-Spital tätig. Nach Erwerb einer Freiberufsbescheinigung (im Bereich der allgemeinen Gesundheits- und Krankenpflege der MA 15 gemäß §§ 35 ff Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - (GuKG)) habe sie beim beschwerdeführenden Verein eine nebenberufliche Tätigkeit als mobile Krankenschwester aufgenommen und eine schriftliche "Vereinbarung auf Werkvertragsbasis" unterzeichnet, in der u. a. das Recht auf freie Zeiteinteilung, das Recht, sich im Einzelfall durch geeignete Personen vertreten zu lassen, und das Ziel, ein "freies Selbständigenverhältnis" zu begründen, festgehalten worden seien. Weiters sei der Vereinbarung zu entnehmen, dass eine Kontrolle der Dienstverrichtungen vorgesehen gewesen sei und eine Verpflichtung zur Stundenaufzeichnung und zur regelmäßigen und ausreichenden Dokumentation der Leistungen bestanden habe. Die Erstmitbeteiligte habe sich bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft angemeldet.

Die Erstmitbeteiligte habe zu Beginn eines Monats die Tage bekannt gegeben, an denen sie tätig werden wollen. Sie sei per SMS oder E-Mail über mögliche Aufträge informiert worden. Dabei seien auch die zu pflegenden Personen, ihre Adresse, die Uhrzeit und die Dauer der zu verrichtenden Tätigkeit angeführt worden. Nach Bekanntgabe der zeitlichen Einsatzwünsche der Erstmitbeteiligten habe die beschwerdeführende Partei die Dienste eingeteilt und koordiniert. Die monatliche Arbeitszeit der Erstmitbeteiligten habe zwischen 3,5 und 36 Stunden betragen. Die Entlohnung sei stundenweise erfolgt. Anfänglich habe sie EUR 22,85, ab Mai 2010 EUR 25,- pro Stunde erhalten. Um den sich aus den Stundenaufzeichnungen ergebenden Betrag zu erhalten, habe die Erstmitbeteiligte die ausgefüllten Arbeitsbögen bis zum 5. Tag des Folgemonats bei der beschwerdeführenden Partei abgeben müssen.

Die Tätigkeit der Erstmitbeteiligten habe aus Körperpflege, Wundvorbeugung, Versorgung mit Essen und Medikamenten, Einschachtelung von Medikamenten, Messen von Blutdruck und Blutzucker und Ähnlichem bestanden. Weiters habe die Erstmitbeteiligte bei jedem Patienten die von ihr erbrachten Leistungen in eine Pflegedokumentation eintragen müssen, die der Patient - sofern er dazu in der Lage gewesen sei - auf einem Arbeitsbogen gegengezeichnet habe. Sei die Pflegedienstleistung nicht zufriedenstellend gewesen, hätten die

Patienten bei der beschwerdeführenden Partei angerufen. Als Betriebsmittel habe die Erstmitbeteiligte lediglich einen Arbeitsmantel, Einmalhandschuhe und Desinfektionsmittel benötigt, die sie selber habe beistellen müssen.

Es habe die Möglichkeit bestanden, sich von anderen Mitarbeitern der beschwerdeführenden Partei vertreten zu lassen oder selbst geeignete Personen zur Vertretung zu senden. Für kurzfristige Ausfälle sei ein Journaldienst zur Verfügung gestanden. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse habe festgestellt, das, wenn die Erstmitbeteiligte an einem bereits vereinbarten Termin nicht habe arbeiten können, sie dies der beschwerdeführenden Partei unverzüglich habe bekanntgeben müssen; diese habe sich dann um den Ersatz gekümmert. Die zweitinstanzliche Behörde habe festgestellt, bei bereits übernommenen Terminen habe die beschwerdeführende Partei von einer kurzzeitig eingetretenen Verhinderung der erstmitbeteiligten Partei verständigt werden müssen. Die Erstmitbeteiligte habe zu Protokoll gegeben, "dass sie bis Mittag Bescheid geben habe müssen, wenn sie den vereinbarten Einsatztermin nicht habe einhalten können. Bei akuten Fällen habe es auch einen Journaldienst gegeben".

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass die erbrachten Tätigkeiten nicht Gegenstand von Werkverträgen seien. Die Erstmitbeteiligte sei zu Dienstleistungen verpflichtet worden. Es sei ein Rahmenvertrag geschlossen worden, in dem die Modalitäten für die wiederkehrende Erbringung von Dienstleistungen (Pflegedienste) vereinbart worden seien. Die Abrechnung sei nicht für jedes "einzelne Werk", sondern für alle im Vormonat erfolgten Dienstleistungen vorgenommen worden. Im genannten Vertrag seien die Verpflichtung zur Aufzeichnung von Stundenlisten und die Verpflichtung zur regelmäßigen und ausreichenden Dokumentation festgehalten worden. Dies lasse ein Mindestmaß an Weisungs- und Kontrollbefugnissen erkennen. Überdies habe es auch eine gewisse Kontrolle durch die Rückmeldungen der Patienten gegeben. Es habe eine grundsätzliche Bindung an eine Arbeitszeit (die Pflegefachkraft werde zu dieser Zeit von Patienten erwartet), an den Arbeitsort (Wohnung des Patienten) und an ein arbeitsbezogenes Verhalten (Art der Dienstvorrichtung nach medizinischen und pflegetechnischen Erfordernissen, Dokumentationspflicht) gegeben. Dass eine intensivere Kontrolle und Weisungserteilung angesichts der gut ausgebildeten Fachkräfte, die in diesem Beruf auch andernorts hauptberuflich tätig seien, nicht notwendig sei, ändere nichts an deren grundsätzlichen Vorliegen. Die pflegenden Personen würden somit zumindest der stillen Autorität der beschwerdeführenden Partei unterliegen.

Eine die persönliche Arbeitspflicht ausschließende generelle Vertretungsbefugnis der Erstmitbeteiligten habe nicht bestanden. Die Erstmitbeteiligte sei durch die Benennung der Tage, an denen sie habe arbeiten können, eine Bindung eingegangen. Sie habe sich zu diesen Diensten verpflichtet und nicht die Möglichkeit gehabt, einzelne Dienste jederzeit (auch nach der Zusage, sie zu leisten) sanktionslos abzulehnen, sondern sie habe entweder rechtzeitig bekanntgeben müssen, "dass sie doch nicht konnte (Journaldienst) oder für Vertretung zu sorgen" hätte.

Die Dienstpläne seien grundsätzlich nach den Wünschen der Erstmitbeteiligten erstellt worden. Ein jederzeitiges Ablehnungsrecht könne der Lebenserfahrung zu Folge nicht vorgelegen sein, weil die beschwerdeführende Partei gegenüber den Patienten Verpflichtungen übernommen habe und die Möglichkeiten des Journaldienstes "irgendwann begrenzt sind". Es widerspreche jeder Lebenserfahrung, dass Dienstpläne erstellt würden, denen keinerlei Verbindlichkeit zukäme. Im Vertrag werde ausdrücklich festgehalten, dass sich die Erstmitbeteiligte "im Einzelfall" durch geeignete Personen vertreten lassen könne. Dies indiziere, dass die Vertretung nicht nach eigenem Gutdünken und jederzeit, sondern nur in Ausnahmefällen erfolgen könne. Selbst wenn das Vertretungsrecht im vorliegenden Fall weitgehende Freiheiten einräume, könne man nicht von einer generellen Vertretungsbefugnis ausgehen, weil der beschwerdeführenden Partei die Vertreter und deren ausreichende Befähigung rechtzeitig hätten bekanntgegeben werden müssen und diese von der beschwerdeführenden Partei entlohnt würden. Ausschlaggebend sei letztlich, wie das Beschäftigungsverhältnis tatsächlich "gelebt" worden sei und ob bei der Prüfung der "wahren Verhältnisse" die Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeiten überwiegen. Auch wenn die Dokumentationspflichten in erster Linie auf gesetzlichen Vorschriften beruhten, seien es dennoch (auch) Arbeitspflichten, deren Einhaltung einer gewissen unabdingbaren Kontrolle unterläge. Eine Tätigkeit, die gesetzlich derart berufs-, standes- und schutzzweckorientiert geregelt sei, könne durch die vorgegebenen Rahmenbedingungen im Grunde nicht frei und selbständig ausgeübt werden, es sei denn, es gebe eine gesetzliche Ermächtigung dazu. Das Vorliegen der Freiberufsbescheinigung der Erstmitbeteiligten ändere nichts daran, dass sie bei der Ausübung ihrer Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei einer "grundsätzlichen persönlichen Abhängigkeit" unterlegen sei. Die genannte Bescheinigung könne zwar zu einer freien Ausübung der Tätigkeit berechtigen, jedoch keine sich über die Kriterien eines Dienstverhältnisses hinwegsetzenden neuen Rechtstatsachen schaffen.

Die Arbeitsleistung der Erstmitbeteiligten sei nicht im Sinne einer periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht durch ausdrückliche oder schlüssige Vereinbarung im Voraus bestimmt worden. Es sei auch keine Rahmenvereinbarung (etwa über eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit und einen dieser Arbeitszeit entsprechenden Fixlohn) getroffen worden. Die Erstmitbeteiligte sei nur im Falle ihrer Zusage zum Tätigwerden verpflichtet worden. Nur die reinen Beschäftigungszeiten seien als Beschäftigungsverhältnisse anzusehen. Für die Zwischenzeit sei keine Arbeitsleistung bedungen worden. Es liege eine fallweise abhängige Beschäftigung iSd § 471b ASVG vor.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof erwogen hat:

1. Die Beschwerde bringt vor, die Erstmitbeteiligte habe ihre Arbeitsleistungen nicht in persönlicher Abhängigkeit zur beschwerdeführenden Partei erbracht. Die Erstmitbeteiligte habe selbst bestimmen können, "an welchen Tagen sie arbeiten wollte und welche Aufträge an welchen Orten sie entgegen nahm". Sie habe auch den Ablauf ihrer Tätigkeit, der sich aus medizinischen Notwendigkeiten ergeben habe, selbst bestimmt. Soweit sie sich an vorgegebene Abläufe zu halten gehabt habe, sei dies aus sachlichen (medizinischen) Notwendigkeiten, nicht aber auf Grund eines persönlichen Weisungsrechts der beschwerdeführenden Partei geschehen. Die Verpflichtung zur Führung von Stundenlisten sowie zur regelmäßigen und ausreichenden Dokumentation beruhe auf sachlichen Weisungen, zu deren Befolgung die Erstmitbeteiligte überdies nach den gesetzlichen Vorschriften (GuKG) verpflichtet gewesen sei. Überdies sei sie weder in den Betrieb noch in die Betriebsorganisation der beschwerdeführenden Partei in irgendeiner Form eingegliedert gewesen.

Die Erstmitbeteiligte habe keine persönliche Arbeitspflicht getroffen. Die belangte Behörde habe "einerseits Ablehnungsrecht und Vertretungsrecht vermischt, andererseits das 'freie bzw. sanktionslose Ablehnungsrecht' unrichtig interpretiert". Von einem sanktionslosen Ablehnungsrecht sei dann die Rede, wenn eine Person Auftragsangebote ablehnen könne, ohne befürchten zu müssen, dass sich daraus negative Sanktionen für die weitere Zusammenarbeit oder für weitere Auftragsangebote ergeben könnten. Unter sanktionslosem Ablehnungsrecht sei - anders als die belangte Behörde meine - nicht das Recht eines Auftragnehmers zu verstehen, bereits zugesagte Aufträge (dh nach Vertragsabschluss) einfach nicht auszuführen. Bei bereits zugesagten Aufträgen könne aber allenfalls ein Vertretungsrecht zur Anwendung kommen, sofern dieses vereinbart sei. Entscheidend sei, dass die Erstmitbeteiligte "ohne rechtliche Konsequenz für den Fortbestand des Werkvertragsverhältnisses" die Übernahme von einzelnen Betreuungstätigkeiten ablehnen können. Davon habe die Erstmitbeteiligte auch Gebrauch gemacht, indem sie im Vorhinein bekannt gegeben habe, an welchen Tagen sie überhaupt für eine Tätigkeit zur Verfügung stehe. Weiters habe die Erstmitbeteiligte - wie sich aus dem Protokoll ihrer Einvernahme bei der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse ergebe - auch bereits übernommene Dienste bis Mittag des jeweiligen Tages sanktionslos ablehnen können. Sie habe also sogar noch nach Vertragsschluss ablehnen können. Es habe im Belieben der Erstmitbeteiligten gelegen, Pflegepatienten anzunehmen oder nicht. Sie sei nur im Fall ihrer Zusage zum Tätigwerden verpflichtet gewesen. Die beschwerdeführende Partei habe sohin nicht von Vorhinein mit ihrer Arbeitskraft rechnen können. Nichts anderes werde aber unter einem sanktionslosen Ablehnungsrecht verstanden. Überdies habe die Erstmitbeteiligte eine generelle Vertretungsbefugnis besessen, weil sie sich nicht nur durch andere von der beschwerdeführenden Partei beschäftigte Krankenpflegerinnen habe vertreten lassen können, sondern durch jede andere geeignete Person. Die Erstmitbeteiligte habe bei ihrer Einvernahme bestätigt, dass sie - wenn sie an einem bereits ausgemachten Tag nicht arbeiten konnte -

bis Mittag habe Bescheid geben können, dass sie nicht könne. Es habe "eben sehr wohl ein Ablehnungsrecht bzgl bereits ausgemachter Dienste" gegeben. Die belangte Behörde hätte die Erstmitbeteiligte ergänzend vernehmen können, um festzustellen, dass sie bereits eingeteilte Dienste ablehnen können, und zwar nicht nur im Krankheitsfall, sondern auch, wenn sie den Dienst nicht habe antreten wollen.

2. Die Beschwerde ist nicht berechtigt.

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

Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2001, Zl. 96/08/0028).

2.2. 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 Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 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 hg. 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. Die "generelle Vertretungsbefugnis" spielt insbesondere bei der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten eine Rolle.

Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 16. November 2011, Zl. 2008/08/0152, mwN).

Eine generelle Vertretungsbefugnis besteht hier nicht. Der schriftlichen "Vereinbarung auf Werkvertragsbasis" zufolge sollte der Erstmitbeteiligten u.a. "das Recht auf freie Zeiteinteilung, das Recht, sich im Einzelfall durch geeignete Personen vertreten zu lassen" zustehen. Schon nach dem Wortlaut dieser Vereinbarung wurde kein Recht ausbedungen, die Leistungserbringung jederzeit und nach Gutdünken (generell) an Dritte zu delegieren. Selbst wenn ein solches Recht (ausdrücklich) vereinbart worden wäre, würde dies - unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) - die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, Zl. 2010/08/0256, mwN). Bloße Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Dienstzeiteinteilung bzw. Dienstplanerstellung, wie sie im Arbeitsleben häufig vorkommen und die auch den vorliegenden "Vertretungsfällen" zu Grunde liegen, haben mit dem 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. das hg. Erkenntnis vom 14. Februar 2013, Zl. 2012/08/0268).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits 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.

Im Gegensatz zur Auffassung der beschwerdeführenden Partei berührt die Befugnis eines Erwerbstätigen, angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, die persönliche Arbeitspflicht in keiner Weise, mag diese Befugnis auch als "sanktionsloses Ablehnungsrecht" (in einem weiteren Sinn) bezeichnet werden. Zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen sanktionslosen Ablehnungsrecht, dass die persönliche Abhängigkeit ausschließt, ist ein deutlicher Unterschied zu machen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 4. Juli 2007, Zl. 2006/08/0193, und nochmals (das) vom 14. Februar 2013, Zl. 2012/08/0268).

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis des Beschäftigten, zugesagte Arbeitseinsätze jederzeit nach Gutdünken sanktionslos ablehnen zu können, stünde ebenfalls im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. §§ 539 und 539a ASVG). Anders wäre ein Sachverhalt aber z.B. dann zu beurteilen, wenn der Dienstgeber einfache Aushilfsarbeiten derart organisiert, dass für deren Durchführung jederzeit mehrere abrufbare Arbeitskräfte zur Verfügung stehen (präsenster "Arbeitskräftepool"), und es ihm - nicht zuletzt wegen der Einfachheit der Arbeiten - gleichgültig ist, von welcher - gleichwertigen - Arbeitskraft aus dem potentiell zur Verfügung stehenden Kreis er die Arbeiten verrichten lässt. Steht dem Dienstgeber die Möglichkeit offen, im Falle der (jederzeit möglichen) Absage der von ihm in Aussicht genommenen Person aus dem "Pool" sofort die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen und stehen genügend Arbeitskräfte zur Verfügung, dann könnte der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart wurde oder dem dies bekannt ist, tatsächlich in Übereinstimmung mit dem Vereinbarten davon ausgehen, einzelne Arbeitsleistungen jederzeit nach Gutdünken sanktionslos ablehnen zu dürfen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 17. Dezember 2002, Zl. 99/08/0008, vom 13. August 2003, Zl. 99/08/0174, vom 21. April 2004, Zl. 2000/08/0113, vom 20. April 2005, Zl. 2004/08/0109, sowie das Erkenntnis vom 4. Juli 2007, Zl. 2006/08/0193).

Ein sanktionsloses Ablehnungsrecht (ieS) ist den Feststellungen zu Folge hier weder vereinbart noch jemals ausgeübt worden. Überdies könnte es - selbst wenn es vereinbart worden wäre - mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation des beschwerdeführenden Vereins nicht in Einklang gebracht werden. Es hätte wenig Sinn, zu Beginn eines jeden Monats die Dienste der nebenberuflich (in der Art einer "Springerin") tätigen Krankenpflegerinnen nach deren bekannt gegebenen Wünschen einzuteilen, wenn es dem beschwerdeführenden Verein (völlig) gleichgültig sein könnte, ob diese Dienste auch geleistet werden. Das Bestehen, die Praktikabilität und die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit eines präsenten Arbeitskräftepools von

(diplomierten) Krankenschwestern im oben genannten Sinn wurde weder behauptet noch festgestellt. In jenen Einzelfällen, in denen die eingeteilten Dienste ausnahmsweise nicht angetreten werden konnten, wurde die ausfallende Arbeitskraft kurzfristig durch den von der beschwerdeführenden Partei eingerichteten "Journaldienst" ersetzt. Eine solchen kurzfristigen Dienstaussfällen (wie zB Krankheit oder sonstige unvorhergesehene Verhinderung) Rechnung tragende organisatorische Maßnahme ist mit einem präsenten Arbeitskräftepool, der einer regelmäßig zu erwartenden, unternehmerisch sinnvollen Fluktuation von unabhängig Beschäftigten Rechnung tragen soll, nicht vergleichbar. In Anbetracht dessen begründet es keinen Verfahrensmangel, wenn die belangte Behörde keine Beweise zur Frage aufgenommen hat, ob - wie die Beschwerde vorbringt - vereinbart gewesen sei, auch bereits zugesagte Arbeitseinsätze nach Gutdünken abzulehnen.

2.3. Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist. Dies hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - 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. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12.325/A). Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt 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 ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein.

Bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, stellt sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausreichende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert, während die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2013, Zl. 2013/08/0051).

2.4. Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, im je geringeren zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. nochmals das Erkenntnis Zl. 2013/08/0051, mwN).

Im vorliegenden Fall hat die Erstmitbeteiligte mit dem beschwerdeführenden Verein eine als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung getroffen, die sich auf die selbständige Erbringung von Pflegeleistungen der Erstmitbeteiligten als Krankenschwester beziehen soll. Ein Werkvertrag müsste sich aber auf die entgeltliche Herstellung eines Werks als eine individualisierte, konkretisierte und gewährleistungstaugliche Leistung beziehen, die eine in sich geschlossene Einheit bildet (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 17. Jänner 1995, Zl. 93/08/0092, und vom 14. Februar 2013, Zl. 2011/08/0391). Werden in einem Fall wie den vorliegenden laufend zu erbringende (Dienst)leistungen nur in (zeitliche) Abschnitte zerlegt und zu "Werken" erklärt, um diese zum Gegenstand der Leistungsverpflichtung zu machen, so ist dies bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) für die Beurteilung der Pflichtversicherung nicht maßgebend (zu "atomisierten Werkverträgen" vgl. Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 ff).

Ein Vertrag wie der vorliegende kann nicht einem Deutungsschema, wonach dieser die Vermutung der Richtigkeit für sich hat, zu Grunde gelegt werden. Auch die der Erstmitbeteiligten erteilte "Freiberufungsbescheinigung" (Nichtuntersagung einer freiberuflichen Ausübung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege iSd § 36 Abs. 2 GuKG) sagt nichts darüber aus, ob die Berufsausübung tatsächlich freiberuflich (§ 35 Abs. 1 Z 1 GuKG) oder im Rahmen eines Dienstverhältnisses zum Träger einer entsprechenden Einrichtung (§ 35 Abs. 1 Z 3 GuKG) erfolgte.

2.5. Somit hat vorliegend die genannte Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung und der oben genannten Kriterien nach der Methode des beweglichen Systems zu erfolgen.

2.5.1. Die Erstmitbeteiligte, die nebenberuflich für die beschwerdeführende Partei tätig war und ihre Dienste in den jeweiligen Wohnungen der Patienten verrichtete, war nicht in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert worden wären. Bei Nichteinbindung in eine Betriebsorganisation kann aber das Fehlen persönlicher Weisungen bzw. das Fehlen der stillen Autorität durch persönliche Kontrollmöglichkeiten, die persönlichen Weisungen nach sich ziehen könnten, ausgeglichen werden. Derartige Kontrollmöglichkeiten lagen nach den Feststellungen insbesondere in der Form vor, dass die Erstmitbeteiligte - über die Verpflichtung zur Pflegedokumentation nach § 5 GuKG hinaus - verpflichtet war, Arbeitsbögen (Stundenlisten; Dokumentation der für den Patienten erbrachten Pflegeleistungen) ordnungsgemäß auszufüllen, was der beschwerdeführenden Partei die Möglichkeit gab, sich ein für eine wirksame Kontrolle ausreichend genaues Bild über die Durchführung der Tätigkeiten durch die Erstmitbeteiligte zu verschaffen (vgl. zu Berichtspflichten das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, Zl. 2010/08/0256). Eine weitere Kontrollmöglichkeit ergab sich aus den Rückmeldungen der Patienten, wodurch die beschwerdeführende Partei bei Beanstandungen in die Lage versetzt wurde, auf ein nicht gewünschtes Verhalten der Erstmitbeteiligten durch entsprechende Weisungen einzuwirken.

2.5.2. Bei den Arbeiten, die die Erstmitbeteiligte als (diplomierte) Krankenschwester zu erbringen hatte, handelte es sich um höher qualifizierte Leistungen, die anders als z.B. bei manuellen Hilfsarbeiten, die einfachen Sachzwängen unterliegen, an sich einen größeren Spielraum für verantwortliche Sachentscheidungen bieten, was - insbesondere bei Nichteinbindung in eine betriebliche Organisation - grundsätzlich für eine Beschäftigung in persönlicher Unabhängigkeit spricht. Allerdings ist die Art und Weise der Durchführung der Pflegetätigkeit beim jeweiligen Patienten aus organisatorischen und medizinischen Gründen so detailliert vorgegeben, dass der Erstmitbeteiligten praktisch kein noch irgendwie relevanter Spielraum für eine eigene "unternehmerische" Gestaltung der Pflegetätigkeiten zukam, (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2003/08/0274, mwN), wobei aber andererseits auch für die Erteilung sachlicher Weisungen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl. 2009/08/0123) praktisch kein Raum war, sodass diesem Umstand keine Unterscheidungskraft zukommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Dezember 2009, Zl. 2006/08/0333).

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

3. 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 hg. 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. nochmals das Erkenntnis Zl. 2012/08/0268). Die belangte Behörde hat zwar eine gewisse periodische Leistungspflicht festgestellt, ist jedoch in Anbetracht des Rechts, angebotene einzelne Aufträge abzulehnen, zutreffend von tageweise Beschäftigungen ausgegangen. Die festgestellten Tage der vollversicherungspflichtigen Dienstverhältnisse hat die beschwerdeführende Partei nicht bestritten.

4. Da somit bereits der Beschwerdeinhalt erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

5. Angesichts der Erledigung der Beschwerde erübrigt sich eine Entscheidung über den Antrag, ihr die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Wien, am 25. Juni 2013

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2013:2013080093.X00