

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/6/19 W209 2179532-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.06.2019

## Entscheidungsdatum

19.06.2019

## Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §5 Abs1 Z2

ASVG §7 Z3

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W209 2179532-1/14E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX , XXXX , XXXX , vertreten durch DDDr. Dieter G. KINDEL, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Rosenburstenstraße 4, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vom 13.11.2017, GZ: VA/RB-MVB-0053/2017, betreffend Einbeziehung der XXXX , VSNR XXXX , in die Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 iVm § 7 Z 3 lit. a Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) aufgrund ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin als geringfügig beschäftigte Dienstnehmerin im Zeitraum von 18.09.2014 bis 30.09.2014 (Spruchpunkt 1.) sowie in die Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) aufgrund ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin als Dienstnehmerin im Zeitraum vom 01.10.2014 bis 26.08.2016 (Spruchpunkt 2.) nach am 03.06.2019 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 13.11.2017 bezog die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse XXXX (im Folgenden: die Erstmitbeteiligte) aufgrund ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin in der Zeit von 18.09.2014 bis 30.09.2014 als geringfügig beschäftigte Dienstnehmerin in die Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 iVm § 7 Z 3 lit. a ASVG sowie aufgrund ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin in der Zeit von 01.10.2014 bis 26.08.2016 als Dienstnehmerin in die Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG mit ein.

Begründend führte die Kasse aus, dass die Erstmitbeteiligte die Kasse um Überprüfung ihres Versicherungsverhältnisses aufgrund ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin ersucht habe. Sie sei als freie Dienstnehmerin versichert gewesen, jedoch der Meinung, dass es sich dabei um ein "echtes" Dienstverhältnis handle. Die Erstmitbeteiligte habe sich auf ein Inserat hin bei der Beschwerdeführerin als Persönliche Assistenz (im Folgenden: PA) beworben. Die Tätigkeit umfasse jede Art von Hilfeleistung, die behinderte Menschen in die Lage versetze, ein unabhängiges und selbstbestimmtes Leben zu führen. Der Erstmitbeteiligten sei im Rahmen des Vorstellungsgesprächs von der Beschwerdeführerin erläutert worden, warum es sich bei der Tätigkeit handle und dass die PA dazu da sei, um alles das zu tun, was die Beschwerdeführerin tun würde, wenn sie nicht behindert wäre. Daraufhin sei ein freier Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG abgeschlossen und die Erstmitbeteiligte bei der Kasse angemeldet worden. Von 18.09.2014 bis 30.09.2014 sei die Erstmitbeteiligte geringfügig als freie Dienstnehmerin gemeldet gewesen, ab dem 01.10.2014 sei sie vollbeschäftigt gemeldet gewesen. Die Erstmitbeteiligte habe keine Ausbildung im Pflegebereich. Die Tätigkeit sei ihr anfangs von den anderen PAs der Beschwerdeführerin erklärt worden. Da die Beschwerdeführerin dauerhafte Betreuung benötige, habe jeden Tag rund um die Uhr eine Assistentin anwesend sein müssen. Die Dienstpläne seien üblicherweise jeweils für einen Monat im Voraus erstellt worden. Es hätten bis zu neun Assistentinnen für die Beschwerdeführerin gearbeitet, um die Betreuung angemessen aufteilen zu können. Aus diesem Grund habe jegliche Verhinderung und gewünschte Änderung mit der Beschwerdeführerin abgesprochen werden müssen. Es sei daher von vornherein vereinbart worden, dass etwaige Verhinderungen rechtzeitig mitgeteilt werden müssen. Diese Mitteilungen hätten mündlich, schriftlich oder telefonisch erfolgen können. Es habe auch die Möglichkeit bestanden, dass die PAs untereinander Dienste tauschen. Die Erstmitbeteiligte habe auch mehrmals Dienste mit Kolleginnen getauscht. Zu einer Vertretung durch jemand von außen sei es jedoch nie gekommen. Wenn die Erstmitbeteiligte Urlaub haben wollte, habe sie dies mit ihren Kolleginnen absprechen müssen, wobei die Beschwerdeführerin zustimmen habe müssen. Bei der Erstellung des Dienstplanes hätten die PAs ihre gewünschten Termine und Schichten bekannt geben können. Es habe drei Schichten gegeben: Frühdienst, Mittagsdienst und Nachtdienst. Der Frühdienst habe um 7:45 Uhr, an den Wochenenden und am Donnerstag um 9:30 Uhr begonnen und um 14:30 Uhr bzw. 16:30 Uhr, an den Wochenenden um 18:00 Uhr geendet. Die Mittagsschicht habe um 14:30 oder 16:30 Uhr, an den Wochenenden um 18:00 Uhr begonnen und um 22:45 Uhr geendet. Der Nachtdienst habe um 22:45 Uhr begonnen und um 7:45 oder 9:30 Uhr geendet. Der konkrete Arbeitsablauf habe sich nach den Wünschen der Beschwerdeführerin gerichtet. Dies sei schließlich der Sinn der PA. Es habe auch regelmäßig wiederkehrende Abläufe, wie die morgendliche Hygiene, die Zubereitung von Essen etc. gegeben. Es habe auch mehrmals am Tag der Hund der Beschwerdeführerin ausgeführt und einmal am Tag gefüttert werden müssen. Die weiteren Tätigkeiten hätten sich nach den Tätigkeiten der Beschwerdeführerin gerichtet. Diese habe entschieden, in welchen Geschäften Einkäufe erledigt werden müssten, in welches Kino sie gefahren seien und Ähnliches. Die PAs hätten die Beschwerdeführerin mit dem Auto der Beschwerdeführerin zu ihrem Arbeitsplatz gefahren und sie dort auch während der Arbeit begleitet. Die Beschwerdeführerin habe auch regelmäßig ihren Lebensgefährten besucht, der dabei gewesen sei, sein Haus umzubauen. Dabei habe sie ihm mithilfe ihrer PAs bei einfachen Arbeiten wie z. B. Tapeten abkratzen und zusammenkehren unterstützt. Zu diesem Zweck habe die Erstmitbeteiligte von der Beschwerdeführerin auch Arbeitskleidung erhalten. Darüber hinaus seien auch andere Mittel zur Verfügung gestellt worden, wie etwa Bandagen und das behindertengerechte Auto. Die Erstmitbeteiligte habe nur ihren eigenen Laptop und ihr eigenes Handy benutzt und Tickets für öffentliche Verkehrsmittel selbst bezahlen müssen. Ihre Arbeit sei kontrolliert worden. Das Dienstverhältnis sei am 26.08.2016 beendet worden. Über die arbeitsrechtlichen Ansprüche der Erstmitbeteiligten sei keine Einigung erzielt worden. Diesbezüglich sei seitens der Erstmitbeteiligten Klage an das Arbeits- und Sozialgericht Wien erhoben worden.

Aus rechtlicher Sicht folgte die Kasse daraus, dass die Beschwerdeführerin in einem Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG und nicht in einem freien Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG tätig geworden sei. Eine die persönliche Arbeitspflicht ausschließende generelle Vertretungsbefugnis habe nicht bestanden. Die

Vertretung habe nur aus dem Pool der PAs erfolgen können. Sei die Erstmitbeteiligte verhindert gewesen, so habe sie dies sofort der Beschwerdeführerin melden müssen. Eine Vertretung ohne Verständigung sei nicht möglich gewesen. Es sei im konkreten Fall auch nie dazu gekommen, dass die Erstmitbeteiligte jemand anders geschickt habe, der ihre Schicht übernommen habe. Wenn die Erstmitbeteiligte ihren Dienst nicht antreten habe können, sei die Schicht mit einer anderen PA getauscht worden. Das Geld für die übernommene Schicht sei dann direkt an die andere PA ausbezahlt worden und nicht an die Erstmitbeteiligte. Oft habe die Schicht auch gar nicht abgesagt werden können, weil keine der anderen PAs die Schicht übernehmen habe können. Die Erstmitbeteiligte sei auch zeitlich und örtlich an die Beschwerdeführerin gebunden gewesen. Zeit und Ort der Arbeitsausübung hätten seitens der Beschwerdeführerin kurzfristig geändert werden können, von der Erstmitbeteiligten selbst jedoch nicht. Dazu sei es auch manchmal gekommen. Schon ein Zuspätkommen zur Schicht sei problematisch gewesen, da die Beschwerdeführerin in jeder Lebenslage Hilfe bedurft habe. Die PAs hätten bei der Dienstplanerstellung zwar ihre Wunschtermine und die gewünschten Schichten sowie ihre freien Tage bekannt geben können. Nach der Festlegung des Dienstplanes seien sie aber an den Zeitplan gebunden gewesen. Es hätten auch nicht immer alle Wünsche berücksichtigt werden können, damit es zu keinen Lücken im Dienstplan komme. Die PAs seien während der gesamten Arbeitsausübung an die Weisungen der Beschwerdeführerin gebunden gewesen, die deren Ausführung auch immer kontrolliert habe. Der Sinn der PA liege schließlich darin, alles für die Beschwerdeführerin zu tun, was sie ohne Behinderung selbst tun würde. Dies habe naturgemäß entsprechender Weisungen bedurft. Daneben habe es natürlich auch Stehzeiten gegeben, in denen keine direkten Anweisungen erfolgt seien, bzw. Abläufe, die immer wieder gleich gewesen seien und daher keiner gesonderten Anweisung bedurft hätten. Die wirtschaftliche Abhängigkeit müsse bei diesem Ergebnis nicht gesondert geprüft werden. Da die Tätigkeit auch entgeltlich gewesen sei, lägen alle Voraussetzungen für ein echtes Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vor.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die binnen offener Rechtsmittelfrist erhobene Beschwerde, die im Wesentlichen damit begründet wird, dass es nicht richtig sei, dass die Erstmitbeteiligte von anderen Kolleginnen eingeschult worden sei und keinen externen Vertreter schicken hätte können. Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum hätten neun PAs für die Beschwerdeführerin gearbeitet. Da für die "Rund um die Uhr"-Betreuung bei einer Beschäftigung von 40 Wochenstunden nur vier bis max. fünf PAs notwendig gewesen wären, habe die Möglichkeit bestanden, dass die Erstmitbeteiligte ihre Zeit flexibel einteilen und ihre Arbeitsleistung hinsichtlich Stundenausmaß und Arbeitstage selbstständig bestimmen habe können. Sie sei daher niemals zu einem Dienst verpflichtet gewesen. Obwohl die Beschwerdeführerin eine Vertretung durch die bereits eingeschulten PAs bevorzugt habe, sei dies im Bedarfsfall dennoch möglich gewesen. Richtig sei, dass es im Regelfall drei Schichten gegeben habe. Es sei aber die persönliche Arbeitsbereitschaft bei der Einteilung berücksichtigt worden, sodass flexible Dienstzeiten vorgelegen seien. Da in ca. 50 % der Arbeitszeit keine konkreten Arbeitsleistungen zu verrichten gewesen seien, d.h. nur Arbeitsbereitschaft vorgelegen sei, habe es auch keine konkrete Pauseneinteilung gegeben. Die Assistentinnen seien entgegen der Ansicht der Kasse auch nicht kontrolliert worden. Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum habe die Erstmitbeteiligte der Beschwerdeführerin mitgeteilt, an insgesamt 139 Tagen nicht und an 123 Tagen nur zeitlich eingeschränkt arbeiten zu wollen. Dies sei auf der Grundlage des vereinbarten freien Dienstvertrages von der Beschwerdeführerin auch akzeptiert worden. Die Beschwerdeführerin hätte auch weitere Wünsche nach freien Tagen akzeptiert. Es sei daher eine generelle Vertretungsbefugnis vorgelegen. Auch die Einteilung bzw. Dienstverschiebungen zwischen den PAs seien im Regelfall erfolgt, ohne die Beschwerdeführerin vorher zu informieren. Unrichtig sei auch, dass genau festgelegte Einsatzzeiten vorgeschrieben worden seien. Darüber hinaus habe die Erstmitbeteiligte im beschwerdegegenständlichen Zeitraum offenbar auch zeitweise für Dritte gearbeitet. Etliche (namentlich genannte) Zeugen/Zeuginnen, deren Einvernahme beantragt wurde, könnten die Richtigkeit des Beschwerdevorbringens bezeugen. Darüber hinaus würden dem Bescheid Feststellungen zum kompletten Zeitausmaß, bzw. an welchen Tagen die Erstmitbeteiligte tatsächlich beschäftigt worden sei, fehlen. Auch konkrete Feststellungen hinsichtlich der geleisteten Wochenstundenanzahl würden fehlen.

3. Am 14.12.2017 einlangend legte die belangte Gebietskrankenkasse die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

4. Am 03.06.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der die Beschwerdeführerin und ihr Rechtsvertreter, die Erstmitbeteiligte und ihre Rechtsvertreterin sowie eine Vertreterin der belangten Kasse teilnahmen. Im Rahmen der Verhandlung wurden die Beschwerdeführerin, die Erstmitbeteiligte

sowie die im mit dem gegenständlichen Beschwerdeverfahren verbundenen Beschwerdeverfahren zur GZ: W209 2178259-1 mitbeteiligte XXXX, die ebenfalls als PA für die Beschwerdeführerin tätig war, zur konkreten Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse zur Beschwerdeführerin befragt. Im Zuge der Verhandlung verzichtete der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin - mit Ausnahme der beantragten Einvernahme des Lebensgefährten der Beschwerdeführerin, der zur mündlichen Verhandlung erschien, später aber in die Arbeit musste und daher nicht mehr einvernommen werden konnte, - auf die Einvernahme weiterer Zeugen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Die Erstmitbeteiligte reagierte auf ein Inserat der Beschwerdeführerin, in dem diese eine Beschäftigung als Persönliche Assistenz (PA) anbot. Bei dem anschließenden Vorstellungsgespräch wurden der Erstmitbeteiligten von der Beschwerdeführerin die zu verrichtenden Tätigkeiten beschrieben und mitgeteilt, dass die wöchentliche Arbeitszeit 20 bis 30 Stunden beträgt, wobei die konkreten Arbeitszeiten jeweils ein Monat im Voraus vereinbart werden und dabei Wünsche nach freien Tagen berücksichtigt werden können.

In der Folge wurde von der Beschwerdeführerin und der Erstmitbeteiligten eine als "freier Dienstvertrag § 4/4 ASVG lt. Erlass des BMSG vom 19.12.1997" bezeichnete Vereinbarung geschlossen, auf deren Grundlage die Erstmitbeteiligte am 18.09.2014 in den Dienst der Beschwerdeführerin trat.

Die Vereinbarung lautet auszugsweise wie folgt:

"Der Persönlichen Assistenz obliegt die Hilfestellung und Unterstützung in allen Lebensbereichen.

Die Persönliche Assistenz ist grundsätzlich an die von der Auftraggeberin festgelegten Dienstzeiten gebunden, abgesehen davon, dass die Persönliche Assistenz jederzeit und bei Bedarf von einer anderen Persönlichen Assistenz vertreten werden kann.

Verhinderungsgrund ist nicht nur Krankheit und Urlaub, sondern auch z. B. Vorlesungen, Prüfungen oder Ähnliches. Die Vertretungen sind der Auftraggeberin bekanntzugeben. In der Regel werden die Dienstzeiten vorher festgelegt. Im Bedarfsfall können kurzfristig Änderungen von der Auftraggeberin getroffen werden. Der Dienort ist überall dort, wo die Auftraggeberin Hilfestellung und Unterstützung benötigt.

[...]

Der erste Monat gilt als Probemonat. Danach gilt der Vertrag unbefristet und kann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von mindestens 1 Monat schriftlich gelöst werden."

Weil die Beschwerdeführerin eine 24-Stunden-Unterstützung benötigte, waren die notwendigen Arbeitszeiten in drei Schichten unterteilt:

Der Frühdienst, der Mittagsdienst und der Nachtdienst, die jeweils zu bestimmten Zeiten begannen und endeten, um einen reibungslosen Dienstwechsel sicherzustellen. Die Beschwerdeführerin suchte in den Inseraten gezielt nach PAs, die zu bestimmten Schichten arbeiten konnten, wenn die anderen Schichten bereits mit für die Beschwerdeführerin tätigen PAs ausreichend abgedeckt waren.

Für die Beschwerdeführerin waren fünf bis neun PAs zugleich tätig. Damit war sichergestellt, dass auch spätere - etwa bedingt durch Studienplanänderungen geänderte - Wünsche der PAs, vorrangig zu einer anderen Tageszeit oder in der Nacht tätig zu werden, weitestgehend Berücksichtigung finden konnten.

Alle PAs mussten bis zum 20. bzw. 22. des Vormonats bekannt geben, an welchen Tagen des Folgemonats sie nicht arbeiten konnten/wollten. Von der Beschwerdeführerin wurden bis auf einige wenige Einzelfälle alle Wünsche berücksichtigt. Wenn ein Wunsch nicht berücksichtigt werden konnte oder aus Versehen nicht berücksichtigt wurde, suchte die Beschwerdeführerin noch einmal das Gespräch mit den betreffenden PAs, in dessen Folge in den meisten Fällen eine Lösung gefunden werden konnte. War dies nicht möglich, sprangen Familienmitglieder oder der Lebensgefährte der Beschwerdeführerin ein und verrichteten den Dienst.

Wenn es nach der Erstellung des Dienstplanes zu einer Verhinderung einer PA kam, versuchten die PAs zunächst untereinander, die Lücke im Dienstplan zu schließen, indem sie Dienste tauschten. Hiervon musste die

Beschwerdeführerin rechtzeitig in Kenntnis gesetzt werden. Wenn keine Vertretung durch eine andere PA gefunden werden konnte, wurde dies der Beschwerdeführerin ebenfalls mitgeteilt, worauf diese wie oben beschrieben vorging.

Eine Vertretung durch Dritte wurde von der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht gewünscht und kam auch im gesamten beschwerdegegenständliche Zeitraum nicht vor.

Die Erstmitbeteiligte gab im Zuge der Dienstplanerstellung den Wunsch bekannt, an bestimmten Tagen frei zu haben, da sie auf der Uni Vorlesungen u. dgl. hatte. In Summe handelt es sich hierbei um 139 freie Tage und um 123 Tage, an denen sie nur eingeschränkt Dienst verrichten wollte. Die Beschwerdeführerin entsprach in der Regel ihren Wünschen.

Das Dienstverhältnis wurde einvernehmlich zum 26.08.2016 beendet.

Von 18.09.2014 bis 30.09.2014 war die Erstmitbeteiligte nur geringfügig bei der Beschwerdeführerin beschäftigt.

In den übrigen Monaten gebührte der Erstmitbeteiligten ein Entgelt über der Geringfügigkeitsgrenze.

Die Erstmitbeteiligte war während ihres Beschäftigungsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin zwei Monate lang für eine weitere Person als PA tätig.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Abschluss der oben angeführten, als freier Dienstvertrag bezeichneten Vereinbarung sowie deren Inhalt ergeben aus einer mit den Verwaltungsakten vorgelegten Kopie der Vereinbarung.

Dass die einmal vereinbarten Arbeitszeiten (Schichten) grundsätzlich eingehalten werden mussten, hat die Beschwerdeführerin - entgegen ihrem Beschwerdevorbringen - in der am 03.06.2019 vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgeführten mündlichen Verhandlung eingeräumt. Dies deckt sich auch mit den Angaben der Erstmitbeteiligten sowie der in der mündlichen Verhandlung dazu einvernommenen XXXX, die ebenfalls als Persönliche Assistenz für die Beschwerdeführerin tätig war.

Dass bei Vertragsabschluss eine Arbeitsverpflichtung von 20 bis 30 Wochenstunden vereinbart wurde, gaben die oben Genannten in der mündlichen Verhandlung ebenfalls übereinstimmend an. Schließlich belegen auch die in den Verwaltungsakten enthaltenen Arbeitszeitaufzeichnungen, dass die Erstmitbeteiligte im vereinbarten Ausmaß tätig geworden ist.

Die Feststellungen zum Ablauf der Dienstplanerstellung sowie zum Umgang mit kurzfristigen Änderungswünschen nach Erstellung des Dienstplanes entsprechen ebenfalls den übereinstimmenden Angaben der Beschwerdeführerin, der Erstmitbeteiligten und der XXXX vor dem Bundesverwaltungsgericht. Diese stimmen auch mit ihren Angaben in den arbeitsgerichtlichen Verfahren überein, die dort auch von zahlreichen Zeugen bestätigt wurden. Hierzu wird auf die Tonbandprotokolle des Verfahrens 15 Cga 19/17 m vor dem Landesgericht Korneuburg vom 03.10.2017, 14.12.2017 und 20.02.2018 sowie auf das Tonbandprotokoll vom 25.01.2018 im Verfahren 31 Cga 59/17 y vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien verwiesen.

In Anbetracht der übereinstimmenden anderslautenden Angaben aller Befragten erwies sich somit auch das Beschwerdevorbringen, dass die Einteilung bzw. Dienstverschiebungen zwischen den PAs im Regelfall erfolgt sind, ohne die Beschwerdeführerin vorher zu informieren, als ungläubwürdig.

Soweit die Angaben der Beteiligten voneinander abwichen, was die in der Beschwerde behauptete vertraglich eingeräumte Möglichkeit der Vertretung durch außenstehende Dritte betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass sich im vorliegenden schriftlichen Vertrag kein Hinweis auf eine derartige Vereinbarung findet, sondern im Gegenteil eine Vertretung ausdrücklich nur durch die beschäftigten PAs vorgesehen ist, und auch eine allfällige (spätere) konkludente mündliche Vereinbarung nicht anzunehmen ist, zumal die Beschwerdeführerin sowohl in der Beschwerde als auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeräumt hat, dass für sie eine Vertretung durch Außenstehende nicht in Frage gekommen ist und auch niemals stattgefunden hat.

Der Zeitraum, in dem die Erstmitbeteiligte für die Beschwerdeführerin tätig geworden ist und das Ausmaß der Tätigkeit wurden in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht außer Streit gestellt.

Die einvernehmliche Beendigung des Dienstverhältnisses zum 26.08.2016 steht ebenfalls unstrittig fest.

Die Feststellung, dass die Erstmitbeteiligte im beschwerdegegenständliche Zeitraum etwa zwei Monate lang für eine weitere Person als PA tätig wurde, gründet auf den glaubhaften Angaben der Erstmitbeteiligten in der mündlichen Verhandlung, denen auch sonstige Beweisergebnisse nicht entgegenstehen.

Die 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 414 Abs. 1 ASVG kann gegen Bescheide der Versicherungsträger in Verwaltungssachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch einen Senat vorgesehen ist. Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat; dies gilt auch für Verfahren, in denen die zitierten Angelegenheiten als Vorfragen zu beurteilen sind.

Im vorliegenden Fall stellt die Frage der Versicherungspflicht die Hauptfrage dar und liegt somit eine Angelegenheit vor, die auf Antrag eine Senatszuständigkeit unter Beteiligung fachkundiger Laienrichter begründet. Mangels Stellung eines entsprechenden Antrages hat die Entscheidung jedoch mittels Einzelrichters zu erfolgen.

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

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

Zu A)

Die im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (18.09.2014 bis 26.08.2016) anzuwendenden maßgebenden Rechtsvorschriften lauten:

§ 4 ASVG in der Fassung BGBl. I Nr. 187/2013 und BGBl. I Nr. 75/2016 (auszugsweise):

"Vollversicherung

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;
2. bis 13. ...
14. die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen.

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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 gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(3) Aufgehoben.

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder

b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder

c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder

d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

(5) Aufgehoben.

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

(7) Aufgehoben."

§ 7 ASVG idF BGBl. I Nr. 4/2013 und BGBl. I Nr. 162/2015 (auszugsweise):

"Teilversicherung von im § 4 genannten Personen

§ 7. Nur in den nachstehend angeführten Versicherungen sind von den im § 4 genannten Personen auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (teilversichert):

1. bis 2. [...]

3. in der Unfallversicherung hinsichtlich der nachstehend bezeichneten Tätigkeiten (Beschäftigungsverhältnisse):

a) die im § 5 Abs. 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten;

b) bis d) [...]

4. [...]"

§ 539a ASVG in der Fassung BGBl. Nr. 201/1996:

"Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

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

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

(5) Die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind."

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Die Beschwerde brachte im Wesentlichen vor, die Erstmitbeteiligte habe die ihr obliegenden Tätigkeiten aufgrund eines freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs. 4 ASVG erbracht und unterliege daher nicht der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 20.05.1980, Slg. Nr. 10.140/A, grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und hat - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, 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 liegt 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 beim Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit, 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 (vgl. VwGH 5.06.2002, Zlen. 2001/08/0107, 0135, sowie 03.07.2002, Zl.2000/08/0161).

Den Feststellungen zufolge verpflichtet sich die Erstmitbeteiligte, die Beschwerdeführerin als Persönliche Assistenz im Ausmaß von 20 bis 30 Wochenstunden in allen Lebensbereichen - sei es zu Hause, unterwegs oder am Arbeitsplatz - zu unterstützen.

Bei der Persönlichen Assistenz handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um laufend zu erbringende, durchschnittlich qualifizierte (Dienst)leistungen eines Erwerbstätigen, der - mag er sich für seine Arbeit auch eigener Betriebsmittel (KFZ, PC) bedienen - über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert. Aus einem solchen Erwerbstätigen wird auch dann kein selbständiger Erbringer von Werkleistungen, wenn die genannten Dienstleistungen gedanklich in einzelne zeitlich bzw. mengenmäßig bestimmte Abschnitte zerlegt und diese Abschnitte sodann zu "Werken" mit einer "gewährleistungstauglichen Leistungsverpflichtung" erklärt werden (vgl. VwGH 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258, mwN; zu "atomisierten Werkverträgen" vgl. Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 ff). Demgemäß ist auch kein Maßstab ersichtlich, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des "Werkes" solcher PAs beurteilt werden sollten (vgl. VwGH 21.09.2015, Ra 2015/08/0045, mwN).

Es liegt somit keine selbständige Tätigkeit im Rahmen eines Werkvertragsverhältnisses vor. Die Erstmitbeteiligte wurde im beschwerdegegenständlichen Zeitraum im Wesentlichen nur für die Beschwerdeführerin tätig und verfügte über keine eigene unternehmerische Struktur, um damit "für den Markt" tätig zu werden. Die PAs haben ihre Dienstleistungen (überwiegend) persönlich erbracht und waren mangels Verfügung über wesentliche eigene Betriebsmittel auch wirtschaftlich abhängig (vgl. § 4 Abs. 4 ASVG), sodass auch das Vorliegen eines unternehmerähnlichen freien Dienstvertrags, der eine Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG begründen würde, auszuschließen ist (vgl. VwGH 23.011.2008, Zl. 2007/08/0223, VwSlg. 17359 A/2008).

So bleibt die Frage zu klären, ob die Erstmitbeteiligte in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wurde (§ 4 Abs. 2 ASVG), oder ob sie auf Grund eines freien Dienstvertrages zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet und pflichtversichert war (§ 4 Abs. 4 ASVG).

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 ASVG von der Vollversicherung ausgeschlossen ist noch nach § 7 ASVG 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. VwGH 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).

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. VwGH 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. VwGH 17.11.2004, 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 Vertretungsbefugnis stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. etwa VwGH 16.11.2011, Zl. 2008/08/0152, mwN).

Eine generelle Vertretungsbefugnis besteht hier nicht. Der schriftlichen bzw. konkludenten Vereinbarung zufolge sollte die Erstmitbeteiligte eine Verhinderung so rasch wie möglich melden bzw. sich um einen Ersatz kümmern. Damit 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 geübt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (vgl. VwGH 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256, mwN).

Bloße Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Diensteinteilung bzw. Dienstplanerstellung, wie sie im Arbeitsleben häufig vorkommen, haben mit dem für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterium eines "generellen Vertretungsrechts" nichts zu tun und berühren die in der Phase der Beschäftigung bestehende persönliche Abhängigkeit nicht. Dasselbe gilt für die "Verpflichtung" des Dienstnehmers, für Ersatz zu sorgen und so den Dienstgeber bei der Organisation eines reibungslosen Betriebsablaufs

zu unterstützen. Der "tatsächliche Gebrauch" solcher Vertretungsbefugnisse wirkt sich lediglich darauf aus, ob kontinuierliche oder tageweise abhängige Beschäftigungsverhältnisse vorliegen (vgl. VwGH 14.02.2013, 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.

Die Befugnis eines Erwerbstätigen, angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, berührt 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, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, ist ein deutlicher Unterschied zu machen (vgl. VwGH 04.07.2007, Zl. 2006/08/0193, und nochmals VwGH 14.02.2013, Zl. 2012/08/0268).

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis des Beschäftigten, bereits 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. VwGH 17.12.2002, Zl. 99/08/0008, 13.08.2003, Zl. 99/08/0174, 21.04.2004, Zl. 2000/08/0113, 20.04.2005, Zl. 2004/08/0109, sowie 04.07.2007, 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 Beschwerdeführerin nicht in Einklang gebracht werden. Es hätte wenig Sinn, vor Beginn eines jeden Monats die Dienste der PAs nach deren bekannt gegebenen Wünschen einzuteilen, wenn es der revisionswerbenden Partei (völlig) gleichgültig sein könnte, ob diese Dienste auch geleistet werden. Eine kurzfristigen Dienstaussfällen (wie z.B. 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.

Auch wenn sohin im vorliegenden Fall die persönliche Arbeitspflicht der Erstmitbeteiligten zu bejahen ist, so steht nur fest, dass kein Grund vorliegt, ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit schon aus diesem Grunde auszuschließen. Dies lässt aber noch nicht den Gegenschluss auf ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit zu, weil dafür das Gesamtbild der Beschäftigung maßgebend ist (vgl. VwGH 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256).

Es ist somit 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 iSd § 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. VwGH 10.12.1986, 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 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, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. nochmals VwGH Zl. 2013/08/0051, mwN).

Laut der vorliegenden als "freier Dienstvertrag" bezeichneten schriftlichen Vereinbarung oblag der Erstbeschwerdeführerin die Hilfestellung und Unterstützung der Beschwerdeführerin in allen Lebensbereichen, wobei sie grundsätzlich an die von der Beschwerdeführerin festgelegten Dienstzeiten gebunden war, abgesehen davon, dass die Erstmitbeteiligte jederzeit und bei Bedarf von einer anderen Persönlichen Assistenz vertreten werden konnte. Ausdrücklich festgehalten wurde auch, dass der Dienstort überall dort ist, wo die Auftraggeberin Hilfestellung und Unterstützung benötigt. Aus dieser Vereinbarung geht hinreichend deutlich hervor, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Erstmitbeteiligten in der Sache (zumindest an den Tagen, an denen die Erstmitbeteiligte für die Beschwerdeführerin tätig wurde) ein Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vereinbart werden sollte. Dies hat nach dem Gesagten die Vermutung der Richtigkeit für sich.

Die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag hat nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung und den oben genannten Kriterien nach der Methode des beweglichen Systems zu erfolgen. Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden (vgl. VwGH 15.05.2013, Zl. 2013/08/0051, und nochmals 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils 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 - wie den hier vorliegenden Arbeiten als Persönliche Assistenz -, kann bei einer 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, Zl. 2010/08/0089, mwN).

Die Beschwerdeführerin räumte im Rahmen der mündlichen Verhandlung ein, dass die ein Monat im Voraus festgelegten Arbeitsschichten grundsätzlich einzuhalten gewesen seien, um eine reibungslose Dienstübergabe sicherstellen zu können. Kurzfristige Verhinderungen mussten umgehend - allenfalls unter Namhaftmachung einer Vertretung aus dem Kreis der von der Beschwerdeführerin beschäftigten PAs - bekannt gegeben werden. Auch aus der Art der Tätigkeit, die im Wesentlichen darin besteht, den zu Unterstützenden in jeder Lebenslage zu helfen, ergibt sich eine organisatorische Gebundenheit an den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse.

Damit ist jedenfalls von einer Einbindung der Erstmitbeteiligten in die "betriebliche Organisation" im oben beschriebenen Sinne auszugehen und - mangels gegenläufiger Anhaltspunkte - ohne weitwendige Untersuchungen ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG anzunehmen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt jedoch 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 iSd § 863 ABGB schlüssige Vereinbarung über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des Dienstnehmers, d.h. 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, sanktionslos einzelne Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen auszugehen (vgl. VwGH 22.02.2012, Zl. 2011/08/0361). Eine tatsächlich feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ist ein Indiz für die genannte schlüssige Vereinbarung (vgl. VwGH 11.06.2012, Zl. 2011/08/0366). Mit dieser lediglich die Dauer der Beschäftigung und damit der Pflichtversicherung berührenden Konsequenz wird auch die Unterscheidung 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 Ablehnungsrecht, das die persönliche Arbeitspflicht und damit die persönliche Abhängigkeit ausschließt, deutlich (vgl. VwGH 25.04.2004, Zl. 2005/08/0137).

Vorliegend vereinbarten die Beschwerdeführerin und die Erstmitbeteiligte, dass die Erstmitbeteiligte monatlich im Ausmaß von 20 bis 30 Wochenstunden tätig werden sollte. Damit liegt kein Fall vor, in dem erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung eine Arbeitspflicht begründet. Auch eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen zur Erbringung bestimmter Leistungen mit dem Recht des Dienstnehmers, sanktionslos einzelne Aufträge abzulehnen, liegt nicht vor, zumal bereits im Voraus eine Leistungspflicht der Erstmitbeteiligten, d.h. über ihre Verpflichtung, monatlich in einem bestimmten Ausmaß Arbeit zu leisten, und die damit korrespondierende Verpflichtung der Beschwerdeführerin, die Erstmitbeteiligte in diesem Ausmaß zu beschäftigen, vereinbart (und auch entsprechend gelebt) wurde.

Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass die belangte Kasse das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses und demgemäß der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG (bzw. gemäß § 7 Z 3 lit. a ASVG) zutreffend festgestellt hat, wobei die Zeiträume, für die die jeweiligen Pflichtversicherungen festgestellt wurden, nicht bestritten wurden.

Dementsprechend ist die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Schlagworte**

Dienstvertrag, freier Dienstvertrag, persönliche Abhängigkeit,  
Pflichtversicherung, wirtschaftliche Abhängigkeit

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W209.2179532.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

21.08.2019

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)