jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2013/2/14 2011/08/0115

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.02.2013

Index

62 Arbeitsmarktverwaltung;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

Norm

AlVG 1977 §1 Abs1 lita;
ASVG §4 Abs1 Z1;
ASVG §4 Abs2;

1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022

3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde des S W in Wien, vertreten durch Mag. Bernhard Kispert, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Himmelpfortgasse 20/2, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 7. April 2011, Zl. BMASK-425037/0001- II/A/3/2010, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. H S in Wien, 2. M D in W, 3. A G in W,

4. Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30,

5. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 6. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65-67), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 und der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheiden vom 29. bzw. 30. März 2010 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass der Erstmitbeteiligte vom 1. Mai 2005 bis zum 30. November 2005, der Zweitmitbeteiligte vom 1. Jänner 2007 bis zum 31. Mai 2007 und der Drittmitbeteiligte vom 1. April 2007 bis zum 30. Juni 2007, vom 1. August 2007 bis zum 31. August 2007 und vom 1. November 2007 bis zum 30. November 2007 der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. § 4 Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterlegen seien.Mit Bescheiden vom 29. bzw. 30. März 2010 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass der Erstmitbeteiligte vom 1. Mai 2005 bis zum 30. November 2005, der Zweitmitbeteiligte vom 1. Jänner 2007 bis zum 31. Mai 2007 und der Drittmitbeteiligte vom 1. April 2007 bis zum 30. Juni 2007, vom 1. August 2007 bis zum 31. August 2007 und vom 1. November 2007 bis zum 30. November 2007 der Vollversicherungspflicht gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 4, Absatz 2, ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Litera a, AlVG unterlegen seien.

Begründend führte sie in allen drei Bescheiden im Wesentlichen gleichlautend aus, dass am 15. März 2006 eine

Anzeige der Finanzbehörde eingelangt sei, wonach der Beschwerdeführer Herrn K. S. ordnungswidrig beschäftigt habe. Daraufhin sei die Versicherungspflicht des K. S. festgestellt worden, und die vorgeschriebenen Beiträge seien vom Beschwerdeführer beglichen worden. In weiterer Folge seien im Rahmen einer gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben die Beitragszeiträume Jänner 2005 bis Dezember 2007 geprüft worden. Dabei sei festgestellt worden, dass der Beschwerdeführer einige von ihm als Spachtler von Gipskartonplatten beschäftigte Personen als selbständige Subunternehmer betrachtet habe, obwohl sie tatsächlich Dienstnehmereigenschaften aufgewiesen hätten. Nach Vorschreibung der Beiträge für diese Personen habe der Beschwerdeführer die Feststellung der Versicherungspflicht beantragt. Die weitere Überprüfung der Sachlage habe ergeben, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten zur Pflichtversicherung nach dem GSVG angemeldet gewesen seien. Sie hätten über Gewerbeberechtigungen für "Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden durch einfache Schraubverbindungen" (Erstmitbeteiligter), für "Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen" (Zweitmitbeteiligter) bzw. für "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" (Drittmitbeteiligter) verfügt. Nach ihren Aussagen habe der Beschwerdeführer vorgegeben, bis wann die Arbeiten abzuschließen gewesen seien. Sie hätten zwischen 20 und 40 Stunden pro Woche gearbeitet, der Drittmitbeteiligte je nach Auftragslage auch länger. Die Auszahlung sei anhand der in Rechnung gestellten Honorarnoten erfolgt. Das Werkzeug sei nicht von der "Firma" zur Verfügung gestellt worden.

In den jeweiligen Subunternehmerverträgen verpflichte sich der Auftragnehmer unter Punkt IV, den Arbeitsplatz zu reinigen. Laut Punkt V fielen Mängel zu Lasten des Auftragnehmers. Punkt VI laute: "Die erforderlichen Materialien (nach Erstanlieferung durch den AG) für eine zügige Baufortschritt werden von mir (uns) als AN rechtzeitig bestellt, sodass dem AG keine Kosten durch Stehzeiten bzw. Bauverzögerungen entstehen können". Unter Punkt XI verpflichte sich der Auftragnehmer, den Baufortschritt in keiner Weise zu gefährden sowie den Vertrag nach bestem Wissen und Gewissen zu erfüllen.In den jeweiligen Subunternehmerverträgen verpflichte sich der Auftragnehmer unter Punkt römisch vier, den Arbeitsplatz zu reinigen. Laut Punkt römisch fünf fielen Mängel zu Lasten des Auftragnehmers. Punkt römisch sechs laute: "Die erforderlichen Materialien (nach Erstanlieferung durch den AG) für eine zügige Baufortschritt werden von mir (uns) als AN rechtzeitig bestellt, sodass dem AG keine Kosten durch Stehzeiten bzw. Bauverzögerungen entstehen können". Unter Punkt römisch elf verpflichte sich der Auftragnehmer, den Baufortschritt in keiner Weise zu gefährden sowie den Vertrag nach bestem Wissen und Gewissen zu erfüllen.

Die Überprüfungen hätten gezeigt, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten jeweils an eine vorgegebene Arbeitszeit gebunden gewesen seien. Sie hätten die wesentlichen Betriebsmittel vom Auftraggeber bekommen. Das Entgelt sei nicht auf ein fertiggestelltes Werk bezogen gewesen, sondern laut Honorarnoten auf eine monatliche Pauschale. Die Arbeit des Zweit- und des Drittmitbeteiligten sei kontrolliert worden, der Erstmitbeteiligte habe nicht gewusst, wer seine Arbeit kontrolliert habe. Von einer Vertretungsmöglichkeit sei im gesamten Akt keine Rede. Laut Vertrag sei jede Verzögerung der Fertigstellung der Arbeit untersagt. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten verfügten lediglich über das Werkzeug. Sie hätten sich auch um die Reinigung der Baustelle kümmern müssen.

Das Gesamtbild der Tätigkeiten ergebe, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten in enger persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beim Beschwerdeführer beschäftigt gewesen seien. Sie hätten sich de facto nicht vertreten lassen können. Der Arbeitsort sei für alle auf einer Baustelle tätigen Personen zwingend vorgegeben. Eine Freiheit im Hinblick auf die Arbeitszeitwahl könne unter Bedachtnahme auf die termingerechte Fertigstellung nicht nachvollzogen werden. Auf Grund der Angaben der Erst- bis Drittmitbeteiligten sei anzunehmen, dass ihre Arbeit kontrolliert worden sei, auch wenn sie nicht angeben hätten können, wer dies getan habe. Sowohl der Erst- als auch der Zweitmitbeteiligte hätten bestätigt, dass die Baumaterialien durch den Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden seien. Da nicht die zur Ausführung der Tätigkeiten verwendeten Werkzeuge und Hilfsmittel die wesentlichen Betriebsmittel darstellten, sondern vielmehr die speziellen Baustoffe und das Bearbeitungsobjekt, seien die wesentlichen Betriebsmittel dem Dienstgeber zuzuordnen.

Betrachte man den tatsächlichen Ablauf der Beschäftigung, so sei erkennbar, dass ein Umgehungsgeschäft iSd. § 539a ASVG vorliege. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten hätten klare Vorgaben hinsichtlich ihrer Tätigkeit. Sie hätten zu keiner Zeit tatsächlich Einfluss auf ihre Tätigkeit nehmen können. Selbst wenn eine Gewerbeberechtigung für Teile der zu verrichtenden Tätigkeit vorliege, so sei die Tätigkeit doch zweifelsfrei in persönlicher und wirtschaftlicher

Abhängigkeit erfolgt. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten seien als unselbständig beschäftigte Bauarbeiter zu beurteilen. Sie hätten ihre Arbeitsleistungen keinesfalls auf eigene Rechnung und Gefahr, sondern auf Rechnung und Gefahr des Unternehmens des Beschwerdeführers erbracht. Dieser sei daher als Dienstgeber iSd. § 35 ASVG anzusehen.Betrachte man den tatsächlichen Ablauf der Beschäftigung, so sei erkennbar, dass ein Umgehungsgeschäft iSd. Paragraph 539 a, ASVG vorliege. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten hätten klare Vorgaben hinsichtlich ihrer Tätigkeit. Sie hätten zu keiner Zeit tatsächlich Einfluss auf ihre Tätigkeit nehmen können. Selbst wenn eine Gewerbeberechtigung für Teile der zu verrichtenden Tätigkeit vorliege, so sei die Tätigkeit doch zweifelsfrei in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erfolgt. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten seien als unselbständig beschäftigte Bauarbeiter zu beurteilen. Sie hätten ihre Arbeitsleistungen keinesfalls auf eigene Rechnung und Gefahr, sondern auf Rechnung und Gefahr des Unternehmens des Beschwerdeführers erbracht. Dieser sei daher als Dienstgeber iSd. Paragraph 35, ASVG anzusehen.

Gegen diese Bescheide erhob der Beschwerdeführer Einspruch. Er brachte insbesondere vor, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten polnische Staatsangehörige und somit Unionsbürger seien, die ihre Rechte auf "Erwerbs- und Niederlassungsfreiheit" in Anspruch genommen hätten. Sie seien mit dem Beschwerdeführer in einem "Subunternehmer- bzw. Werkvertragsverhältnis" gestanden. Einige Subunternehmer "gönnten sich sogar eine zeitliche Unterbrechung von mehreren Tagen", um ihre Familien in Polen zu besuchen. Von einer Arbeitspflicht gegen Entgelt könne nicht gesprochen werden. Es habe keine Vereinbarungen über Kündigungsbedingungen, Probemonat oder Meldepflichten gegeben. Es treffe auch nicht zu, dass dem Beschwerdeführer eine Weisungsbefugnis zugstanden sei; er habe oft zur gleichen Zeit auf anderen Baustellen seine eigenen Werkleistungen erbracht und sei somit gar nicht in der Lage gewesen, den Subunternehmern Weisungen zu erteilen. Es sei auch keiner der Subunternehmer in die organisatorische Struktur seines Unternehmens eingegliedert gewesen. Alle Betroffenen hätten ihre Verpflichtung zur Führung einer geeigneten Buchhaltung an Frau

I. G. delegiert. Auch die wirtschaftliche Abhängigkeit der Genannten sei nicht nachvollziehbarrömisch eins. G. delegiert. Auch die wirtschaftliche Abhängigkeit der Genannten sei nicht nachvollziehbar.

In einem ergänzenden Schreiben brachte der Beschwerdeführer u. a. vor, dass er als "Ein-Mann-Unternehmer" über gar keine betriebliche Organisationsstruktur verfüge. Die Dienst- und Fachaufsicht über die Erst- bis Drittmitbeteiligten sei nicht von ihm, sondern vom jeweiligen Generalunternehmer vorgenommen worden. Die Werkleistungen seien stets vom Baustellenleiter des jeweiligen Generalunternehmers kontrolliert und abgenommen worden. Der Beschwerdeführer selbst habe die Arbeiten zu keinem Zeitpunkt beaufsichtigt. Weiters hätten alle Subunternehmer ihre Arbeitszeit frei wählen können. Dass sie sich faktisch nicht vertreten lassen hätten, könne für ein Dienstverhältnis "schlichtweg nicht herhalten".

Der Landeshauptmann für Wien wies den Einspruch nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit - im Wesentlichen gleichlautenden - Bescheiden vom 19. Juli 2010 ab und bestätigte die erstinstanzlichen Bescheide.

Begründend führte die Einspruchsbehörde nach der Darstellung des Verfahrensgangs und der Rechtslage aus, sie sei zur Auffassung gelangt, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten nicht selbständig tätig geworden seien, sondern in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Beschwerdeführer gestanden seien. Bei den vom Beschwerdeführer beschäftigten "Subunternehmern" sei nämlich keine eigene betriebliche Struktur erkennbar. Sie hätten ihre Betriebsstätte immer an der jeweiligen Wohnadresse gehabt, kein ausgabenseitiges Unternehmerrisiko getragen und im Wesentlichen lediglich ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Die Vereinbarungen mit den Auftraggebern hinsichtlich des Arbeitsauftrages sowie die Verhandlungen über die Höhe des dafür zu entrichtenden Entgelts seien ausschließlich durch den Beschwerdeführer erfolgt, der die mit den Auftraggebern vereinbarten Arbeiten auf die "Subunternehmer" aufgeteilt und diese auch bezahlt habe. Da es in der Baubranche strenge Richtlinien gebe, unter welchen Voraussetzungen jemand auf den Baustellen tätig werden darf, sei ein beliebiges Vertretungsrecht nicht anzunehmen. Nach den Angaben des Beschwerdeführers sei es de facto auch nicht vorgekommen, dass sich einer seiner "Subunternehmer" vertreten lassen habe. Da die Merkmale eines die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnisses überwogen hätten, habe das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit verneint werden müssen. Zum Einwand, die Versicherungspflicht sei nach Unionsrecht zu beurteilen, sei zu bemerken, dass eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt sei, gemäß Art. 13 Abs. 2 lit. a VO (EWG) Nr. 1408/71 den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliege, auch wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohne oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftige, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates habe. Die vom Beschwerdeführer zitierten

Entscheidungen des EuGH widersprächen nicht der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Versicherungspflicht nach dem ASVG.Begründend führte die Einspruchsbehörde nach der Darstellung des Verfahrensgangs und der Rechtslage aus, sie sei zur Auffassung gelangt, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten nicht selbständig tätig geworden seien, sondern in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Beschwerdeführer gestanden seien. Bei den vom Beschwerdeführer beschäftigten "Subunternehmern" sei nämlich keine eigene betriebliche Struktur erkennbar. Sie hätten ihre Betriebsstätte immer an der jeweiligen Wohnadresse gehabt, kein ausgabenseitiges Unternehmerrisiko getragen und im Wesentlichen lediglich ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Die Vereinbarungen mit den Auftraggebern hinsichtlich des Arbeitsauftrages sowie die Verhandlungen über die Höhe des dafür zu entrichtenden Entgelts seien ausschließlich durch den Beschwerdeführer erfolgt, der die mit den Auftraggebern vereinbarten Arbeiten auf die "Subunternehmer" aufgeteilt und diese auch bezahlt habe. Da es in der Baubranche strenge Richtlinien gebe, unter welchen Voraussetzungen jemand auf den Baustellen tätig werden darf, sei ein beliebiges Vertretungsrecht nicht anzunehmen. Nach den Angaben des Beschwerdeführers sei es de facto auch nicht vorgekommen, dass sich einer seiner "Subunternehmer" vertreten lassen habe. Da die Merkmale eines die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnisses überwogen hätten, habe das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit verneint werden müssen. Zum Einwand, die Versicherungspflicht sei nach Unionsrecht zu beurteilen, sei zu bemerken, dass eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt sei, gemäß Artikel 13, Absatz 2, Litera a, VO (EWG) Nr. 1408/71 den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliege, auch wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohne oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftige, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates habe. Die vom Beschwerdeführer zitierten Entscheidungen des EuGH widersprächen nicht der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Versicherungspflicht nach dem ASVG.

Gegen diese Bescheide erhob der Beschwerdeführer Berufung an die belangte Behörde. Er brachte u.a. vor, dass auch er seine Betriebsstätte an seiner Wohnadresse führe und sich von daher nicht im Geringsten von den "Subunternehmern" unterscheide. Seine in der Verhandlung am 1. Juli 2010 getroffene Aussage, es sei de facto nicht passiert, dass sich einer seiner Subunternehmer vertreten lassen habe, sei so nicht richtig; selbstverständlich hätten sich "im Laufe der Zeit mehrere Subunternehmer" vertreten lassen. Faktum sei, dass es hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit keinerlei Beschränkungen gegeben habe und jeder einzelne Subunternehmer jederzeit und nach eigenem Gutdünken die Möglichkeit gehabt habe, irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Richtig sei, dass er in einem Werkvertragsverhältnis mit den "Subunternehmern" gestanden sei. Er habe weder Einfluss auf die Arbeitszeit der Erst- bis Drittmitbeteiligten noch die Befugnis zur Weisungserteilung gehabt. Die Frage, ob ein Dienstverhältnis vorliege oder nicht, sei ausschließlich nach den "vom EuGH herausgearbeiteten Kriterien zur Arbeitnehmerfreizügigkeit bzw. Dienstleistungsfreiheit" zu beurteilen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung ab und bestätigte die Bescheide der Einspruchsbehörde.

Nach der Darstellung des Verfahrensgangs und der Rechtslage stellte sie zunächst fest, dass der Beschwerdeführer Aufträge für den Innenausbau übernehme; für die Durchführung der übernommenen Aufträge habe er mit dem Zweitmitbeteiligten eine als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung und mit dem Erst- und dem Drittmitbeteiligten als Subunternehmerverträge bezeichnete Vereinbarungen abgeschlossen. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten verfügten über Gewerbescheine für Verspachtelungsarbeiten und/oder Montage. Sie hätten ihre Einzelfirmen an ihren privaten Wohnadressen angemeldet, wobei keiner über eine betriebliche Struktur verfügt habe. Der Beschwerdeführer habe seinen Auftraggebern gegenüber jeweils einen bestimmten Fertigstellungstermin einzuhalten gehabt, den er auch den Erstbis Drittmitbeteiligten mitgeteilt habe. Der jeweilige Beginn der Arbeitszeiten auf den Baustellen habe sich nach deren Öffnungszeiten gerichtet. Bei etwaigen Mängeln sei der primäre Ansprechpartner des Bauleiters der Beschwerdeführer gewesen, der sich zumeist auf der Baustelle befunden habe. Der Beschwerdeführer wiederum habe veranlasst, dass die Mängel durch die Erst- bis Drittmitbeteiligten behoben würden. Das Gleiche habe gegolten, wenn es Verzögerungen beim Baufortschritt gegeben habe. Der Beschwerdeführer habe das mit den Auftraggebern vereinbarte Entgelt erhalten und sodann den Erst- bis Drittmitbeteiligten das jeweilige Entgelt ausbezahlt.

Beweiswürdigend führte die belangte Behörde aus, es sei primär wesentlich, das dem Verfahren zugrunde liegende "vertragliche Konstrukt näher zu durchleuchten". Zum einen habe zwischen dem jeweiligen Auftraggeber und dem

Beschwerdeführer eine Vereinbarung bestanden, zum anderen habe der Beschwerdeführer mit den Erst- bis Drittmitbeteiligten jeweils einen als "Werkvertrag/Subunternehmervertrag" bezeichneten Vertrag abgeschlossen. Die Trennung der Verträge sei aus mehreren Gründen wesentlich. Zum einen ergebe sich aus der niederschriftlichen Befragung des Beschwerdeführers ganz klar, dass er dafür zuständig gewesen sei, dass der vorgegebene Fertigstellungstermin eingehalten werde. Zum anderen habe der Baustellenleiter die abgeschlossenen Arbeiten, die der Beschwerdeführer übernommen habe, kontrolliert. Erst dann sei eine Ausbezahlung an den Beschwerdeführer erfolgt. Es sei natürlich im Interesse des Beschwerdeführers gelegen, dass die Arbeiten ordnungsgemäß unter Einhaltung des Fertigstellungstermins beendet würden. Dies sei auch mit ein Grund für die Anwesenheit des Beschwerdeführers auf der Baustelle gewesen. Wenn es Probleme gegeben habe, habe sich der Baustellenleiter an den Beschwerdeführer wenden können, damit die Mängel behoben würden. Dass sich der Baustellenleiter, wenn der Beschwerdeführer einmal nicht anwesend gewesen sei, direkt an die Erst- bis Drittmitbeteiligten gewandt habe, könne auf Grund des vorliegenden vertraglichen Konstrukts nur die Ausnahme gewesen sein. Es sei auch nicht richtig, dass sich der Beschwerdeführer von seinen "Subunternehmern" nicht unterschieden habe. Dass er über eine betriebliche Struktur verfügt habe, ergebe sich auch aus der niederschriftlichen Einvernahme von Frau I. G. Sie sei für die Buchhaltung des Beschwerdeführers zuständig gewesen, habe aber u. a. auch die Bestellung und den Kauf von Gerüsten, Leitern, Dämmmaterial, Verputzmaterial und Spachtelmasse in die Wege geleitet, damit der Beschwerdeführer Aufträge übernehmen habe können. Sie sei auch für die Einholung von Angeboten und für die Lohnverrechnung zuständig gewesen. Daraus sei ableitbar, dass dem Beschwerdeführer als Ein-Mann-Betrieb sehr wohl daran gelegen gewesen sei, eine betriebliche Struktur "immer wieder auszubauen", um Aufträge entgegennehmen zu können. Kein Auftraggeber hätte mit dem Beschwerdeführer einen Vertrag abgeschlossen, wenn er sich nicht sicher sein hätte können, dass er über das erforderliche Material bzw. über eine betriebliche Struktur verfügte. Damit bleibe auch kein Raum dafür, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten noch irgendein erforderliches Material hätten bestellen müssen, wie im Subunternehmervertrag vereinbart. Dass der Beschwerdeführer in der Berufung die Aussage vor der Einspruchsbehörde relativiere, indem er behaupte, dass seine "Subunternehmer" eine generelle Vertretungsbefugnis gehabt hätten, sei für die belangte Behörde ein weiterer Versuch, eine Form von Selbständigkeit darzustellen, die nicht bestanden habe. Der Beschwerdeführer habe sich darauf verlassen können müssen, dass die Betreffenden zur Arbeit erschienen und ihre Tätigkeiten durchführten, um die Einhaltung des Fertigstellungstermins zu gewährleisten. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten hätten sich nicht vertreten lassen und seien sich nicht einmal bewusst gewesen, dass sie sich vertreten lassen hätten können. Auch in den vertraglichen Vereinbarungen gebe es keinen Hinweis dafür, dass eine Vertretung möglich gewesen wäre, schon gar nicht eine generelle Vertretungsbefugnis.Beweiswürdigend führte die belangte Behörde aus, es sei primär wesentlich, das dem Verfahren zugrunde liegende "vertragliche Konstrukt näher zu durchleuchten". Zum einen habe zwischen dem jeweiligen Auftraggeber und dem Beschwerdeführer eine Vereinbarung bestanden, zum anderen habe der Beschwerdeführer mit den Erst- bis Drittmitbeteiligten jeweils einen als "Werkvertrag/Subunternehmervertrag" bezeichneten Vertrag abgeschlossen. Die Trennung der Verträge sei aus mehreren Gründen wesentlich. Zum einen ergebe sich aus der niederschriftlichen Befragung des Beschwerdeführers ganz klar, dass er dafür zuständig gewesen sei, dass der vorgegebene Fertigstellungstermin eingehalten werde. Zum anderen habe der Baustellenleiter die abgeschlossenen Arbeiten, die der Beschwerdeführer übernommen habe, kontrolliert. Erst dann sei eine Ausbezahlung an den Beschwerdeführer erfolgt. Es sei natürlich im Interesse des Beschwerdeführers gelegen, dass die Arbeiten ordnungsgemäß unter Einhaltung des Fertigstellungstermins beendet würden. Dies sei auch mit ein Grund für die Anwesenheit des Beschwerdeführers auf der Baustelle gewesen. Wenn es Probleme gegeben habe, habe sich der Baustellenleiter an den Beschwerdeführer wenden können, damit die Mängel behoben würden. Dass sich der Baustellenleiter, wenn der Beschwerdeführer einmal nicht anwesend gewesen sei, direkt an die Erst- bis Drittmitbeteiligten gewandt habe, könne auf Grund des vorliegenden vertraglichen Konstrukts nur die Ausnahme gewesen sein. Es sei auch nicht richtig, dass sich der Beschwerdeführer von seinen "Subunternehmern" nicht unterschieden habe. Dass er über eine betriebliche Struktur verfügt habe, ergebe sich auch aus der niederschriftlichen Einvernahme von Frau römisch eins. G. Sie sei für die Buchhaltung des Beschwerdeführers zuständig gewesen, habe aber u. a. auch die Bestellung und den Kauf von Gerüsten, Leitern, Dämmmaterial, Verputzmaterial und Spachtelmasse in die Wege geleitet, damit der Beschwerdeführer Aufträge übernehmen habe können. Sie sei auch für die Einholung von Angeboten und für die Lohnverrechnung zuständig gewesen. Daraus sei ableitbar, dass dem Beschwerdeführer als Ein-Mann-Betrieb sehr wohl daran gelegen gewesen sei, eine betriebliche Struktur "immer

wieder auszubauen", um Aufträge entgegennehmen zu können. Kein Auftraggeber hätte mit dem Beschwerdeführer einen Vertrag abgeschlossen, wenn er sich nicht sicher sein hätte können, dass er über das erforderliche Material bzw. über eine betriebliche Struktur verfügte. Damit bleibe auch kein Raum dafür, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten noch irgendein erforderliches Material hätten bestellen müssen, wie im Subunternehmervertrag vereinbart. Dass der Beschwerdeführer in der Berufung die Aussage vor der Einspruchsbehörde relativiere, indem er behaupte, dass seine "Subunternehmer" eine generelle Vertretungsbefugnis gehabt hätten, sei für die belangte Behörde ein weiterer Versuch, eine Form von Selbständigkeit darzustellen, die nicht bestanden habe. Der Beschwerdeführer habe sich darauf verlassen können müssen, dass die Betreffenden zur Arbeit erschienen und ihre Tätigkeiten durchführten, um die Einhaltung des Fertigstellungstermins zu gewährleisten. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten hätten sich nicht vertreten lassen und seien sich nicht einmal bewusst gewesen, dass sie sich vertreten lassen hätten können. Auch in den vertraglichen Vereinbarungen gebe es keinen Hinweis dafür, dass eine Vertretung möglich gewesen wäre, schon gar nicht eine generelle Vertretungsbefugnis.

Gegenüber dem Beschwerdeführer sei auch die Lohnsteuerpflicht gemäß § 47 Abs. 1 und 2 EStG 1988 festgestellt worden, die betreffenden Haftungs- und Abgabenbescheide seien jedoch bekämpft worden und noch nicht rechtskräftig.Gegenüber dem Beschwerdeführer sei auch die Lohnsteuerpflicht gemäß Paragraph 47, Absatz eins und 2 EStG 1988 festgestellt worden, die betreffenden Haftungs- und Abgabenbescheide seien jedoch bekämpft worden und noch nicht rechtskräftig.

Zu den unionsrechtlichen Einwänden des Beschwerdeführers führte die belangte Behörde aus, dass die Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit die Zuständigkeit zur autonomen Gestaltung hätten, es gebe lediglich ein Kollisionsrecht, so wie hier die im streitgegenständlichen Zeitraum anzuwendende VO (EWG) Nr. 1408/71. Daher habe die Behörde bei der Auslegung des ASVG nicht unmittelbar die Judikatur des EuGH heranzuziehen. Im Übrigen unterschieden sich die Definitionen der selbständigen und der unselbständigen Tätigkeit nach dem ASVG und der Judikatur des VwGH im Wesentlichen nicht von jenen nach der Judikatur des EuGH. Die Behörde habe gemäß der VO (EWG) Nr. 1408/71 zu prüfen, ob sie zur "Durchführung der Sozialversicherung" zuständig sei. Dies sei im gegenständlichen Fall zu bejahen. Es sei gemäß Art. 13 der zitierten Verordnung primär der Beschäftigungsstaat zuständig, es sei denn, es lägen Entsendebestätigungen (E 101) vor. Dies sei nicht der Fall.Zu den unionsrechtlichen Einwänden des Beschwerdeführers führte die belangte Behörde aus, dass die Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit die Zuständigkeit zur autonomen Gestaltung hätten, es gebe lediglich ein Kollisionsrecht, so wie hier die im streitgegenständlichen Zeitraum anzuwendende VO (EWG) Nr. 1408/71. Daher habe die Behörde bei der Auslegung des ASVG nicht unmittelbar die Judikatur des EuGH heranzuziehen. Im Übrigen unterschieden sich die Definitionen der selbständigen und der unselbständigen Tätigkeit nach dem ASVG und der Judikatur des VwGH im Wesentlichen nicht von jenen nach der Judikatur des EuGH. Die Behörde habe gemäß der VO (EWG) Nr. 1408/71 zu prüfen, ob sie zur "Durchführung der Sozialversicherung" zuständig sei. Dies sei im gegenständlichen Fall zu bejahen. Es sei gemäß Artikel 13, der zitierten Verordnung primär der Beschäftigungsstaat zuständig, es sei denn, es lägen Entsendebestätigungen (E 101) vor. Dies sei nicht der Fall.

Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers seien die abgeschlossenen Verträge nicht als Werkverträge zu qualifizieren, weil Verspachtelungsarbeiten bzw. das Montieren von Winkelprofilen keine in sich geschlossene Einheit darstellten, sondern den Charakter von Dienstleistungen aufwiesen. Es stehe auch keineswegs der Qualifikation als Dienstvertrag entgegen, dass ein Dienstnehmer über einen Gewerbeschein verfüge oder dass ein leistungsbezogenes Entgelt vereinbart werde. Richtig sei, dass die betreffenden Personen zumindest das Ende der Arbeitszeit selbst festlegen hätten können, sie seien jedoch an einen bestimmten Fertigstellungstermin gebunden gewesen, womit die Arbeitserbringung an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert gewesen sei; der Beginn der Arbeitszeiten habe sich nach den Öffnungszeiten auf den Baustellen gerichtet.

Verspachtelungsarbeiten und das Montieren von Winkelprofilen stellten einfache manuelle Tätigkeiten dar. Die Erst- bis Drittmitbeteiligten seien vom Beschwerdeführer kontrolliert und wenn notwendig zur Mängelbehebung aufgefordert worden. Auch im Fall der Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins seien Weisungen durch den Beschwerdeführer erfolgt. Seine fast ständige Anwesenheit auf der Baustelle habe es ihm ermöglicht, immer dann einzugreifen, wenn es notwendig gewesen sei, und damit ein umfassendes Kontrollsystem zu schaffen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt, von der Erstattung einer Gegenschrift aber - ebenso wie ausdrücklich die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt - Abstand genommen. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Die übrigen Parteien haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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

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

Zur Auslegung des Dienstnehmerbegriffs gemäß § 4 Abs. 2 ASVG besteht umfangreiche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe dazu aus jüngerer Zeit etwa die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2012, Zl. 2009/08/0135, und vom 11. Juli 2012, Zl.2010/08/0137, jeweils mwN). So hängt die Beantwortung der Frage, ob bei der Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, 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 (zB aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. 12.325 A).Zur Auslegung des Dienstnehmerbegriffs gemäß Paragraph 4, Absatz 2, ASVG besteht umfangreiche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe dazu aus jüngerer Zeit etwa die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2012, Zl. 2009/08/0135, und vom 11. Juli 2012, Zl.2010/08/0137, jeweils mwN). So hängt die Beantwortung der Frage, ob bei der Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, 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 (zB aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist vergleiche , das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. 12.325 A).

Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nur die Bindung 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 zum Beispiel 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.

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2011, Zl. 2010/08/0025, mwN).Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein

versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2011, Zl. 2010/08/0025, mwN).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung 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. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2012, Zl. 2009/08/0126).Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung 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 vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2012, Zl. 2009/08/0126).

Mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits hat sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, VwSlg. Nr. 10.140 A, grundlegend beschäftigt und - 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 liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit 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. das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2011, Zl. 2008/08/0222, mwN).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 vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2011, Zl. 2008/08/0222, mwN).

2. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, dass im vorliegenden Fall die "passive Dienstleistungsfreiheit zur Anwendung kommen" hätte müssen, die ihm gestatte, mit Selbständigen aus den neuen EU-Beitrittsländern Subunternehmerverträge abzuschließen, zumal die Tätigkeit der Subunternehmer auf Grund einer von der inländischen Gewerbebehörde erteilten Gewerbeberechtigung erfolgt sei. In diesem Zusammenhang regt der Beschwerdeführer auch die Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) an; eine "wesentliche Vorfrage" sei nämlich darin zu erblicken, dass die polnischen Subunternehmer an der Teilnahme am österreichischen Markt gehindert würden. Eine weitere "wesentliche Vorfrage" bestehe darin, ob die von ihnen ausgeübte Montage von Gipskartonwänden und die Verrichtung von Verspachtelungsarbeiten Tätigkeiten darstellten, die "vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreizügigkeit nach Art. 49 EGV und der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV ausgenommen" seien. 2. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, dass im vorliegenden Fall die "passive Dienstleistungsfreiheit zur Anwendung kommen" hätte müssen, die ihm gestatte, mit Selbständigen aus den neuen EU-Beitrittsländern Subunternehmerverträge abzuschließen, zumal die Tätigkeit der Subunternehmer auf Grund einer von der inländischen Gewerbebehörde erteilten Gewerbeberechtigung erfolgt sei. In diesem Zusammenhang regt der Beschwerdeführer auch die Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) an; eine "wesentliche Vorfrage" sei nämlich darin zu erblicken, dass die polnischen Subunternehmer an der Teilnahme am österreichischen Markt gehindert würden. Eine weitere "wesentliche Vorfrage" bestehe darin, ob die von ihnen ausgeübte Montage von Gipskartonwänden und die

Verrichtung von Verspachtelungsarbeiten Tätigkeiten darstellten, die "vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreizügigkeit nach Artikel 49, EGV und der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43, EGV ausgenommen" seien.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde aber weder den Erst- bis Drittmitbeteiligten die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder die Erbringung von Dienstleistungen noch dem Beschwerdeführer die Inanspruchnahme von Dienstleistungen versagt, sondern es wurde (nur) festgestellt, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten auf Grund ihrer Tätigkeit für den Beschwerdeführer der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegen. Schon von daher ist nicht ersichtlich, dass der angefochtene Bescheid in die in der Beschwerde angesprochenen Grundfreiheiten eingreifen könnte. Dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten österreichischem Sozialversicherungsrecht unterliegen, ergibt sich im Übrigen - wie auch die belangte Behörde richtig ausgeführt hat - aus Art. 13 Abs. 2 der VO (EWG) Nr. 1408/71, zumal für die Erst- bis Drittmitbeteiligten keine entgegenstehenden Bescheinigungen mit dem Formular "E 101" nach der VO (EWG) Nr. 574/72 (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis von 23. Mai 2012, Zl. 2009/08/0204, mwN) vorlagen.Mit dem angefochtenen Bescheid wurde aber weder den Erst- bis Drittmitbeteiligten die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder die Erbringung von Dienstleistungen noch dem Beschwerdeführer die Inanspruchnahme von Dienstleistungen versagt, sondern es wurde (nur) festgestellt, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten auf Grund ihrer Tätigkeit für den Beschwerdeführer der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegen. Schon von daher ist nicht ersichtlich, dass der angefochtene Bescheid in die in der Beschwerde angesprochenen Grundfreiheiten eingreifen könnte. Dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten österreichischem Sozialversicherungsrecht unterliegen, ergibt sich im Übrigen - wie auch die belangte Behörde richtig ausgeführt hat - aus Artikel 13, Absatz 2, der VO (EWG) Nr. 1408/71, zumal für die Erst- bis Drittmitbeteiligten keine entgegenstehenden Bescheinigungen mit dem Formular "E 101" nach der VO (EWG) Nr. 574/72 vergleiche , dazu etwa das hg. Erkenntnis von 23. Mai 2012, Zl. 2009/08/0204, mwN) vorlagen.

3. Weiter führt die Beschwerde aus, es sei völlig unklar, wieso die belangte Behörde bei den polnischen Subunternehmern von der Existenz einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit ausgehe, obwohl der Beschwerdeführer einzig und allein auf Grund seiner etwas besseren Deutschkenntnisse die Gespräche mit den Auftraggebern geführt habe. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer und die Subunternehmer vom Bauleiter auf allfällige Mängel angesprochen worden seien, reiche für die Feststellung der Versicherungspflicht bei weitem nicht aus. Im Gegensatz zu den von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen habe sich der Beschwerdeführer täglich auf den Baustellen befunden und dieselben Arbeiten verrichtet wie die polnischen Subunternehmer. Weisungszusammenhänge oder Kontrollunterworfenheit hätten nicht bestanden. Außerdem negiere die belangte Behörde den Umstand, dass "aktive und gültige Gewerbeberechtigungen" der Subunternehmer vorgelegen seien.

Mit diesem Vorbringen vermag die Beschwerde die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht zu erschüttern. Die belangte Behörde ist selbst davon ausgegangen, dass sich der Beschwerdeführer zumeist auf den Baustellen befunden habe, was ihm die Kontrolle der Erst- bis Drittmitbeteiligten gerade ermöglicht habe. Ob er dabei dieselben Arbeiten verrichtet hat wie diese, ist für seine Dienstgebereigenschaft nicht von Belang.

Was die Gewerbeberechtigungen betrifft, so hat die belangte Behörde richtig ausgeführt, dass sie der Annahme von Dienstverhältnissen nicht entgegenstehen (vgl. etwa das auch von der belangten Behörde zitierte hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2009, Zl. 2007/08/0041, mwN).Was die Gewerbeberechtigungen betrifft, so hat die belangte Behörde richtig ausgeführt, dass sie der Annahme von Dienstverhältnissen nicht entgegenstehen vergleiche , etwa das auch von der belangten Behörde zitierte hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2009, Zl. 2007/08/0041, mwN).

4. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht die Beschwerde geltend, die belangte Behörde hätte erheben müssen, ob es auch "am Bau", nämlich für das Aufstellen von Gipskartonwänden sowie Verspachtelungsarbeiten, bereits spezialisierte inländische Unternehmen gebe, die derartige Tätigkeiten in selbständiger Arbeit als Einzelunternehmer ausführten. Hätte die belangte Behörde derartige Erhebungen angestellt und im Rahmen der Manuduktionspflicht den Beschwerdeführer angeleitet, hierzu ergänzendes Vorbringen zu erstatten oder Beweise anzubieten, so hätte sich ergeben, dass es auch österreichische Einzelunternehmer gebe, die im Bereich des Innenausbaus auf Werkvertragsbasis Verspachtelungsarbeiten verrichten und Gipskartonwände aufstellen.

Dieses Vorbringen geht schon deswegen ins Leere, weil nicht ersichtlich ist, inwieweit der zuletzt genannte Befund zu einem anderen Ergebnis bei der Beurteilung der Pflichtversicherung der Erst- bis Drittmitbeteiligten führen könnte.

5. Die Beschwerde macht weiter geltend, die belangte Behörde übersehe, dass auf den gegenständlichen Baustellen das "Baumaterial (Gipskartonplatten etc.)" zum überwiegenden Teil von den Auftraggebern (des Beschwerdeführers) zur Verfügung gestellt worden sei. Sie übersehe außerdem "unbewusst", dass gerade im Vorliegen eines eigenen "Ein-Mann-Betriebes" und im Vorhandensein mehrerer anderer Auftraggeber die "stärksten Argumente einer wirtschaftlichen Unabhängigkeit in der Form eines Einzelunternehmers" zu erblicken seien. Somit negiere die belangte Behörde insgesamt den Umstand, dass in der freien Marktwirtschaft der Markt von Angebot und Nachfrage bestimmt werde und in Zeiten hoher Lohnkosten Unternehmen davon absähen, "fixe" Dienstnehmer anzustellen und gerade im Baubereich verstärkt Arbeiten an Subunternehmer weitergegeben würden. Wenn man der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde folge, könnte jeder Subauftrag mit der von ihr rechtsirrig herangezogenen Begründung, es lägen nur Hilfsarbeiten vor, ad absurdum geführt werden.

Damit lässt der Beschwerdeführer, soweit sich das Vorbringen auf die Verfügungsmacht über die Betriebsmittel bezieht, aber unbestritten, dass die Erst- bis Drittmitbeteiligten selbst nur Werkzeug beigestellt hatten. Im Übrigen legt er mit diesen bloß allgemein gehaltenen Ausführungen nicht dar, warum die Beurteilung der belangten Behörde, die Erst- bis Drittmitbeteiligten seien als Dienstnehmer des Beschwerdeführers tätig gewesen, unzutreffend sei.

6. Der Beschwerdeführer wendet sich auch gegen die Auslegung des Begriffs des Werkvertrages durch die belangte Behörde. Unterstelle man aber die Richtigkeit der Rechtsansicht, wonach Verspachtelungsarbeiten und die Montage von Winkelprofilen als einfache manuelle Tätigkeiten kein selbständiges Werk darstellen könnten, so stelle sich konsequenterweise die Frage nach der Rechtsbeziehung zwischen den jeweiligen Auftraggebern und dem Beschwerdeführer bzw. zwischen den polnischen Subunternehmern und den jeweiligen Auftraggebern. Die belangte Behörde hätte feststellen müssen, ob nicht zwischen diesen Auftraggebern und dem Beschwerdeführer bzw. den polnischen Subunternehmern ein Dienstverhältnis begründet worden sei.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die belangte Behörde im Sinn der oben unter Punkt 1. zitierten Rechtsprechung richtigerweise davon ausgegangen ist, dass keine Werkverträge vorlagen, weil sich weder aus den "Subunternehmerverträgen" noch aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers und der Erst- bis Drittmitbeteiligten ergeben hat, dass konkret herzustellende Werke als Endprodukt vereinbart waren.

Was die Rechtsbeziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Auftraggebern betrifft, so war sie nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens; anzumerken ist aber, dass auch bei Hilfstätigkeiten eine selbständige Leistungserbringung nicht ausgeschlossen ist, sofern besondere Umstände - wie etwa das Fehlen persönlicher Arbeitspflicht - dafür sprechen.

Für das Bestehen eines Dienstverhältnisses zwischen den Erstbis Drittmitbeteiligten und den jeweiligen Auftraggebern des Beschwerdeführers - statt mit dem Beschwerdeführer selbst - ist im gesamten Verwaltungsverfahren kein Anhaltspunkt hervorgekommen. Die belangte Behörde durfte insbesondere auf Grund des Vorbringens des Beschwerdeführers selbst, der stets auf Werkverträge zwischen ihm und den "Subunternehmern" verwiesen hatte, sowie der vorgelegten schriftlichen Vereinbarungen von einer Rechtsbeziehung zwischen dem Beschwerdeführer und den Erst- bis Drittmitbeteiligten ausgehen. Dass diese tatsächlich in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vom jeweiligen Auftraggeber des Beschwerdeführers als Dienstgeber iSd. § 35 Abs. 1 ASVG tätig geworden seien, behauptet im Übrigen auch die Beschwerde nicht.Für das Bestehen eines Dienstverhältnisses zwischen den Erstbis Drittmitbeteiligten und den jeweiligen Auftraggebern des Beschwerdeführers - statt mit dem Beschwerdeführer selbst - ist im gesamten Verwaltungsverfahren kein Anhaltspunkt hervorgekommen. Die belangte Behörde durfte insbesondere auf Grund des Vorbringens des Beschwerdeführers selbst, der stets auf Werkverträge zwischen ihm und den "Subunternehmern" verwiesen hatte, sowie der vorgelegten schriftlichen Vereinbarungen von einer Rechtsbeziehung zwischen dem Beschwerdeführer und den Erst- bis Drittmitbeteiligten ausgehen. Dass diese tatsächlich in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vom jeweiligen Auftraggeber des Beschwerdeführers als Dienstgeber iSd. Paragraph 35, Absatz eins, ASVG tätig geworden seien, behauptet im Übrigen auch die Beschwerde nicht.

7. Als Aktenwidrigkeit macht die Beschwerde geltend, dass die belangte Behörde festgestellt habe, die Zeugin I. G. habe für den Beschwerdeführer u.a. auch Bestellungen und den Kauf von Gerüsten, Leitern, Dämmmaterial, Verputzmaterial, Spachtelmasse etc. vorgenommen, woraus sie schließe, dass es dem Beschwerdeführer sehr wohl daran gelegen gewesen sei, seine betriebliche Struktur auszubauen, um so Aufträge entgegennehmen zu können; in

Wahrheit habe die Zeugin aber zu Protokoll gegeben, dass sie für den Beschwerdeführer nur gelegentlich, nämlich im Zusammenhang mit größeren Baustellen, Angebote eingeholt und Werkzeug sowie Material bestellt habe. Die belangte Behörde hätte demnach die Feststellung treffen müssen, dass der Beschwerdeführer über keine betriebliche Struktur verfüge. 7. Als Aktenwidrigkeit macht die Beschwerde geltend, dass die belangte Behörde festgestellt habe, die Zeugin römisch eins. G. habe für den Beschwerdeführer u.a. auch Bestellungen und den Kauf von Gerüsten, Leitern, Dämmmaterial, Verputzmaterial, Spachtelmasse etc. vorgenommen, woraus sie schließe, dass es dem Beschwerdeführer sehr wohl daran gelegen gewesen sei, seine betriebliche Struktur auszubauen, um so Aufträge entgegennehmen zu können; in Wahrheit habe die Zeugin aber zu Protokoll gegeben, dass sie für den Beschwerdeführer nur gelegentlich, nämlich im Zusammenhang mit größeren Baustellen, Angebote eingeholt und Werkzeug sowie Material bestellt habe. Die belangte Behörde hätte demnach die Feststellung treffen müssen, dass der Beschwerdeführer über keine betriebliche Struktur verfüge.

Die behauptete Aktenwidrigkeit ist aber irrelevant für den Ausgang des Verfahrens, weil selbst das Fehlen einer maßgeblichen, sich in der festgestellten Tätigkeit der Zeugin I. G. manifestierenden betrieblichen Struktur der Dienstgebereigenschaft des Beschwerdeführers nicht entgegenstünde.Die behauptete Aktenwidrigkeit ist aber irrelevant für den Ausgang des Verfahrens, weil selbst das Fehlen einer maßgeblichen, sich in der festgestellten Tätigkeit der Zeugin römisch eins. G. manifestierenden betrieblichen Struktur der Dienstgebereigenschaft des Beschwerdeführers nicht entgegenstünde.

8. Vor dem Hintergrund ihrer unbedenklichen Feststellungen kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom Überwiegen der Merkmale unselbständiger Beschäftigung ausgegangen ist. Damit waren die Beschäftigungsverhältnisse der Erst- bis Drittmitbeteiligten als Dienstverhältnisse im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG anzusehen. 8. Vor dem Hintergrund ihrer unbedenklichen Feststellungen kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom Überwiegen der Merkmale unselbständiger Beschäftigung ausgegangen ist. Damit waren die Beschäftigungsverhältnisse der Erst- bis Drittmitbeteiligten als Dienstverhältnisse im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG anzusehen.

9. Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 9. Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 14. Februar 2013

Schlagworte

Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2011080115.X00

Im RIS seit

19.03.2013

Zuletzt aktualisiert am

28.06.2013

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at