

# TE Vwgh Erkenntnis 2012/10/17 2011/08/0097

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.10.2012

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs1 Z1;

ASVG §4 Abs2;

AuslBG §2 Abs2 litb;

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

1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und den Hofrat MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Dobner, über die Beschwerde 1. des H und

2. der T GmbH, beide in Wien, beide vertreten durch Stoltzka & Partner Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 25. Juni 2010, Zl. UVS-06/48/3522/2009-57, UVS-06/V/48/3580/2009, betreffend Übertretungen des § 33 ASVG (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt: 2. der T GmbH, beide in Wien, beide vertreten durch Stoltzka & Partner Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 25. Juni 2010, Zl. UVS-06/48/3522/2009-57, UVS-06/V/48/3580/2009, betreffend Übertretungen des Paragraph 33, ASVG (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den beschwerdeführenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 20. März 2009 wurde der Erstbeschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der T-GmbH (der Zweitbeschwerdeführerin) zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Dienstgeberin mit Sitz in Wien acht namentlich genannte, in der Zeit von 1. Februar bis 7. Oktober 2008 auf einer Baustelle in S beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Arbeitnehmer, alle slowakische Staatsangehörige, entgegen der Bestimmung des § 33 Abs. 1 ASVG nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Träger der Sozialversicherung angemeldet habe. Er habe dadurch § 33 Abs. 1 ASVG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurden über ihn gemäß § 111 iVm § 33 Abs. 1 ASVG iVm § 9 VStG acht Geldstrafen zu je EUR 2.700,-- und für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je einer Woche und zehn Stunden verhängt. Außerdem sprach der Magistrat aus, dass die Zweitbeschwerdeführerin gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die verhängten Geldstrafen und die Verfahrenskosten zu ungeteilter Hand hafte. Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 20. März 2009 wurde der Erstbeschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der T-GmbH (der Zweitbeschwerdeführerin) zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Dienstgeberin mit Sitz in Wien acht namentlich genannte, in der Zeit von 1. Februar bis 7. Oktober 2008 auf einer Baustelle in S beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Arbeitnehmer, alle slowakische Staatsangehörige, entgegen der Bestimmung des Paragraph 33, Absatz eins, ASVG nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Träger der Sozialversicherung angemeldet habe. Er habe dadurch Paragraph 33, Absatz eins, ASVG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurden über ihn gemäß Paragraph 111, in Verbindung mit Paragraph 33, Absatz eins, ASVG in Verbindung mit Paragraph 9, VStG acht Geldstrafen zu je EUR 2.700,-- und für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je einer Woche und zehn Stunden verhängt. Außerdem sprach der Magistrat aus, dass die Zweitbeschwerdeführerin gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG für die verhängten Geldstrafen und die Verfahrenskosten zu ungeteilter Hand hafte.

In ihrer mit Schriftsatz vom 3. April 2009 erhobenen Berufung brachten die beschwerdeführenden Parteien im Wesentlichen - mit näherer Begründung - vor, dass es sich bei den slowakischen Arbeitern um selbständige Subunternehmer gehandelt habe. Außerdem fehle es an einem Verschulden des Erstbeschwerdeführers, habe dieser doch auf Grund der von seinen Mitarbeitern vorbereiteten Vertragsunterlagen darauf vertrauen dürfen, dass die slowakischen Subunternehmer in gleicher Weise selbständig die Montageleistungen erbringen würden, wie dies laufend durch andere, meist österreichische Subunternehmer geschehe.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 66 Abs. 4 AVG insoweit Folge, als sie die Tatzeiträume in näher bezeichneter Weise einschränkte und die Strafhöhe - in vier Fällen auf jeweils EUR 2.500,--, in drei Fällen auf jeweils EUR 2.180,-- und in einem Fall auf EUR 2.300,-- - und dementsprechend auch die Ersatzfreiheitsstrafen herabsetzte. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG insoweit Folge, als sie die Tatzeiträume in näher bezeichneter Weise einschränkte und die Strafhöhe - in vier Fällen auf jeweils EUR 2.500,--, in drei Fällen auf jeweils EUR 2.180,-- und in einem Fall auf EUR 2.300,-- - und dementsprechend auch die Ersatzfreiheitsstrafen herabsetzte.

Begründend traf sie - nach Darstellung des Verfahrensgangs - folgende Feststellungen: Unternehmensgegenstand der Zweitbeschwerdeführerin sei die Errichtung brandschutztechnischer Anlagen. Beim Einbau der Brandschutzanlage auf der Baustelle, auf der die acht slowakischen Arbeiter angetroffen worden seien, habe sie zum Teil eigenes Personal, zum Teil Leasingpersonal und zum Teil Subunternehmer herangezogen. Die Haupt- und Steigleitungen hätten die Leasingarbeiter verlegt. Mit der Montage der Sprinkleräste und der Sprinkler seien die acht slowakischen Staatsangehörigen beauftragt gewesen. Grundlage für diese Tätigkeit seien mit jedem der Ausländer als Auftragsschreiben titulierte Vereinbarungen gewesen. Diese hätten den Leistungsumfang wortgleich wie folgt bestimmt:

"Montage von Sprinkleranlageteilen im Bereich der Firma D. inkl. der erforderlichen Anpassarbeiten und Errichtung von Zwischenstücken. Der angeführte Preis versteht sich als Festpreis bis Bauende für das o.a. BV und beinhaltet

sämtliche Aufwendungen für die Errichtung des beauftragten Anlagenteiles sowie alle Kosten und Nebenkosten, inklusive Kosten für Handwerkzeug.

- -Strichaufzählung  
Teil- und Gesamtdruckproben nach Erfordernis, Abnahme durch (Zweitbeschwerdeführerin) (jeweils 15 bar für die Dauer von 24 Stunden)
- -Strichaufzählung  
Bauunterbrechung im normalen Rahmen
- -Strichaufzählung  
Bautagebuch täglich geführt - wöchentlich übergeben an (Zweitbeschwerdeführerin)
- -Strichaufzählung  
Einhaltung der Sicherheitsvorschriften und sämtlicher lokalen gesetzlichen und sonstigen Regelungen
- -Strichaufzählung  
Meldepflicht (sofort) bei baulichen Änderungen
- -Strichaufzählung  
Übernahme sowie Bestätigung von angeliefertem Material (wöchentliche Übergabe der Lieferscheine an Projektleitung (Zweitbeschwerdeführerin)
- -Strichaufzählung  
Baustellenordnung ist zu beachten und einzuhalten
- -Strichaufzählung  
Teilnahme bei Inbetriebnahme(n) der Anlage
- -Strichaufzählung  
Mängelbehebung innerhalb von 5 Tagen
- -Strichaufzählung  
Montage fachgerecht laut Plan und den einschlägigen Vorschriften (TRVB 127)
- -Strichaufzählung  
Rechtzeitige Meldung bei drohender Montagehinderung
- -Strichaufzählung  
Ausbessern bzw. Ergänzung von Anstrich oder Beschichtung nach Erfordernis
- -Strichaufzählung  
Änderungen nach Notwendigkeit abweichend von der Planung nach Erfordernissen der baulichen Situation
- -Strichaufzählung  
Anpassungsarbeiten am vorgefertigten Rohrnetz nach Erfordernis"

Weiters sei in den Vereinbarungen vorgesehen gewesen, dass die Zweitbeschwerdeführerin sämtliches Material beistelle, dass für 300 Sprinkler und 30 Hydranten ein Pauschalpreis von EUR 9.000,-- gebühre und dass 14tägig Teilrechnungen nach Leistungsfortschritt zu legen seien. Unter "Abwicklungsdetails" sei festgehalten, dass die Übergabe der erbrachten Leistungen in Form einer Abnahme durch die Projektleitung oder Montageleitung erfolge. Bei Anzeichen von Terminüberschreitung könne ohne Setzung eines Nachtermins eine Ersatzvornahme durchgeführt werden. Der Auftragnehmer sei verpflichtet, das Bautagebuch zu führen. Montageunterbrechungen seien vom Auftragnehmer einzukalkulieren. Die ordnungsgemäße und unverzügliche Entsorgung aller im Zusammenhang mit dem Auftrag stehenden Abfälle, Verpackungsmaterialien und Rückstände sei gemäß den Anweisungen der Montageleitung durchzuführen. Der Auftragnehmer erstelle Druckprobenprotokolle, die von der örtlichen Bauaufsicht abgezeichnet würden. Der Auftragnehmer hafte und garantiere für die Einhaltung aller Arbeitnehmerschutzvorschriften. Eventuelle Überstundenzuschläge würden nur bezahlt, wenn diese vor Anfall ausdrücklich schriftlich bestellt würden. Bei Mängeln müsse der Auftragnehmer diese umgehend korrigieren, Mängelrügen und Mängelerledigungen bedürften der Schriftform. Den Auftragnehmer treffe die Pflicht zur Geheimhaltung hinsichtlich von Anfragen und Bestellungen und allen damit zusammenhängenden Unterlagen, Arbeiten, Tatsachen und Umständen. Der Vertrag enthalte einen Montagebeginn sowie Zwischentermine laut Montageterminplan mit dem Bemerkung, dass die Zwischentermine von der Zweitbeschwerdeführerin bekannt gegeben würden, sowie einen Endtermin mit Option auf Verlängerung. Als Pönale sei 1 % pro Arbeitstag, maximal 10 % der Auftragssumme angeführt. Direkt dem Auftragnehmer zuordenbare Bauschäden würden dem Auftragnehmer in Rechnung gestellt und von der Schluss- oder Teilrechnung in Abzug gebracht. Die

Gewährleistungszeit werde mit drei Jahren und drei Monaten nach Bauherrenabnahme festgelegt. Dem Auftragnehmer sei es nicht gestattet, während der Laufzeit des Projektes und der daran anschließenden Gewährleistungszeit hinsichtlich des vertragsgegenständlichen Bauwerks in direkte Geschäftsbeziehungen mit dem Bauherrn, dem Generalunternehmer oder anderen involvierten Firmen zu treten oder derartige Geschäftsbeziehungen zu anderen Unternehmen (insbesondere solchen, an denen er selbst direkt oder indirekt beteiligt sei) anzubahnen oder zu fördern. Für jeden Fall der Verletzung dieser Bestimmung gelte eine verschuldensunabhängige, nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe in Höhe von 50 % des Gesamtauftragswertes als vereinbart. Den Slowaken seien vom Obermonteur der Zweitbeschwerdeführerin die Arbeiten derart abschnittsweise zugeteilt worden, dass sie in etwa zweiwöchigen bis monatlichen Abständen angewiesen worden seien, in einem bestimmten Bereich die Sprinkleräste und die Sprinkler zu montieren. Sie hätten alle zwei Wochen (nach einem von der Zweitbeschwerdeführerin vorgegebenen Entwurf) Rechnung gelegt und seien entsprechend der montierten Anzahl von Sprinklern entlohnt worden. Das zu verarbeitende Material sei von der Zweitbeschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden. Die Slowaken hätten mit eigenem Werkzeug gearbeitet. Dem Obermonteur hätten sie die Anzahl der von ihnen montierten Sprinkler mitgeteilt, der dies an das Unternehmen weitergeleitet habe. Nach Fertigstellung des jeweils zugewiesenen Abschnittes habe der Obermonteur eine Kontrolle durchgeführt und allfällige Verbesserungen angeordnet. Die Slowaken seien zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen.

Krankheitsbedingte Ausfälle habe es nicht gegeben. Fixe Arbeitszeiten seien nicht vorgegeben gewesen. Die Slowaken hätten während der Tätigkeit auf der gegenständlichen Baustelle für keine anderen Auftraggeber gearbeitet. Sie verfügten in der Slowakei über eine oder mehrere Gewerbeberechtigungen, auch für das Installationsgewerbe, jedoch nicht über eine Unternehmensstruktur (Büro, Angestellte, Firmenfahrzeug).

Die getroffenen Feststellungen stützte die belangte Behörde auf die im Verfahren vorgelegten Unterlagen (sämtliche zwischen der Zweitbeschwerdeführerin und den Slowaken geschlossenen Auftragsschreiben, alle ihnen nach slowakischem Recht zukommenden Gewerbeberechtigungen sowie Pläne betreffend die Installation der genannten Sprinkleranlage) und die Angaben der Zeugen und des Erstbeschwerdeführers. Den festgestellten Arbeitsablauf habe der Zeuge M. (Bauleiter auf der genannten Baustelle bzw. Obermonteur) dargelegt, dessen Angaben sich im Wesentlichen mit den Aussagen der einvernommenen Slowaken deckten. Einer der Slowaken habe angegeben, dass vereinbart gewesen sei, er könne im Krankheitsfall einen Vertreter entsenden. Der Erstbeschwerdeführer habe hingegen schon bei seiner ersten Einvernahme (vor der erstinstanzlichen Behörde) festgehalten, dass die Slowaken zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet gewesen seien und keinen Vertreter stellen hätten können. Da es zu einem krankheitsbedingten Ausfall nicht gekommen sei, komme den Angaben des Zeugen in diesem Punkt keine große Bedeutung zu und werde diesbezüglich den Angaben des Erstbeschwerdeführers gefolgt. Die Feststellungen über die fehlende Unternehmensinfrastruktur der Ausländer würden aus deren Angaben bei den Zeugeneinvernahmen folgen. Übereinstimmend hätten die einvernommenen Zeugen die Abrechnungsmodalitäten dargelegt.

In ihrer rechtlichen Beurteilung gab die belangte Behörde nach Zitierung der maßgeblichen Rechtsvorschriften zunächst auszugsweise das hg. Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, wieder, in welchem sich der Verwaltungsgerichtshof unter anderem mit dem Begriff des "arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses" auseinandergesetzt habe. Dieses zum AuslBG ergangene Erkenntnis finde auch für die gegenständliche Fallkonstellation Anwendung. Anschließend nahm sie auf das ebenfalls zum AuslBG ergangene hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0011, Bezug, in welchem der Verwaltungsgerichtshof "typische Merkmale wirtschaftlicher Abhängigkeit (Unselbständigkeit)" herausgearbeitet habe.

Im vorliegenden Fall sei zu prüfen gewesen, ob die Arbeitnehmer - wie von den beschwerdeführenden Parteien vorgebracht - im Rahmen von echten Werkverträgen selbständig erwerbstätig gewesen oder von der vom Erstbeschwerdeführer vertretenen Gesellschaft ähnlich wie Arbeitnehmer verwendet worden seien. An Hand der wiedergegebenen Judikatur und der darin aufgestellten Abgrenzungskriterien sei die belangte Behörde zu der Auffassung gelangt, dass die "Arbeitnehmer unter ähnlichen Bedingungen wie Arbeitnehmer" tätig gewesen seien. Dafür sei Folgendes maßgeblich:

Die Tätigkeit der Arbeitnehmer sei in Erfüllung eines von deren Auftraggeber übernommenen Werkvertrages erfolgt und habe sich über eine längere Dauer erstreckt. Die Ausländer seien zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung verpflichtet gewesen. Der diesbezügliche Einwand des Erstbeschwerdeführers, dies sei mit den besonderen Anforderungen, die mit der Tätigkeit verbunden waren, zu erklären, habe durch das Ergebnis des Beweisverfahrens

nicht erhärtet werden können. Die technisch aufwendigen, mit speziellen Anforderungen verbundenen Teile der Gesamtanlage seien nämlich von Mitarbeitern der Zweitbeschwerdeführerin bzw. von Leasingarbeitnehmern montiert worden. Bei den von den Slowaken durchgeführten Installationsarbeiten (Montage der Zweigleitungen und der Sprinkler) habe es sich um solche einfacherer Natur gehandelt.

Die Arbeitnehmer seien in ihrer Entscheidungsfreiheit insofern beschränkt gewesen, als sie ihre Tätigkeit nach in regelmäßigen zeitlichen Abständen vom Vorarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin erteilten, den Arbeitsfortschritt bestimmenden Anweisungen zu verrichten gehabt hätten. Wenn dieser fortlaufend keine konkreten Montageanweisungen erteilt habe, sei der Grund darin gelegen, dass die Slowaken im Hinblick auf die Gleichartigkeit der Tätigkeit derartiger Anweisungen nicht bedurft hätten. Der Vorarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin habe die Tätigkeit der Slowaken insofern kontrolliert, als er nach Installation in einem bestimmten Abschnitt allfällige Verbesserungen angeordnet habe. Den vertraglichen Vereinbarungen nach seien die Slowaken verpflichtet gewesen, einen Bautagesbericht zu verfassen.

Dass den Arbeitnehmern keine fixen Arbeitszeiten vorgegeben gewesen seien, bewirke, dass sie nicht in persönlicher Abhängigkeit tätig gewesen seien. Die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden - fünf bis sieben Stunden pro Tag, "wenngleich nicht täglich, fallweise auch an Wochenenden" - seien aber den Arbeitszeiten von Arbeitnehmern "nicht völlig unähnlich" gewesen. Im Übrigen sei den Arbeitsvorgaben zufolge eine regelmäßige Tätigkeit im genannten Ausmaß erforderlich gewesen. Für eine "ausschließlich selbstständige Tätigkeit" würden die tatsächlich eingehaltenen Arbeitszeiten nach Ansicht der belangten Behörde nicht sprechen.

In den oben angeführten Zeiträumen seien die Arbeitnehmer nur für die Zweitbeschwerdeführerin und nicht für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer tätig gewesen. Sie seien nach der Anzahl der montierten Sprinkler entlohnt worden, was der Bezahlung eines Akkordlohnes entspreche und nicht auf das Vorliegen eines "echten Werkvertrages" hinweise, zumal in regelmäßigen Abständen (alle zwei Wochen) abgerechnet worden sei. Die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer sei der Zweitbeschwerdeführerin zu Gute gekommen.

Die Arbeitnehmer hätten im Rahmen ihrer Tätigkeit ausschließlich vom Auftraggeber beigestelltes Material verarbeitet. In diesem Punkt, so die belangte Behörde, sei jedoch auf den Einwand des Erstbeschwerdeführers Bedacht zu nehmen, wonach die Zweitbeschwerdeführerin als Planerin und Monteurin der Gesamtanlage das gesamte Material eingekauft habe, sodass diesem Umstand für sich genommen für die Annahme einer Verwendung der Slowaken in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis kein allzu großes Gewicht zukomme.

Gegen die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses spreche, dass die Slowaken eigenes Werkzeug verwendet hätten. Dieser Umstand falle jedoch bei der Gesamtbetrachtung insofern nicht zu Gunsten des Erstbeschwerdeführers maßgeblich ins Gewicht, als - wie einer der Zeugen angegeben habe - die Monteure bei der Durchführung von Installationsarbeiten auch im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen eigenes Werkzeug verwenden würden.

Hinsichtlich des Vorbringens des Erstbeschwerdeführers, es liege ein "echter Werkvertrag" vor, verwies die belangte Behörde auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und zitierte aus den hg. Erkenntnissen vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, und vom 25. Februar 2010, Zl. 2009/09/0294. Sie führte sodann aus, dass die im gegenständlichen Fall vorgelegten Auftragsschreiben keine im Vorhinein hinreichend individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit, enthielten. Es sei dazu vorgebracht worden, dass sich das geschuldete Werk aus dem Vertragstext ergänzt um einen Montageplan ergäbe. Im Verfahren sei zwar ein Montageplan vorgelegt worden, dieser habe jedoch keinem bestimmten Arbeiter zugeordnet werden können. Im Übrigen hätten der Zeuge M. bzw. die Slowaken dargelegt, dass ihnen die zu montierenden Abschnitte vom Vorarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin in regelmäßigen zeitlichen Abständen (zwei Wochen bis ein Monat) zugewiesen worden seien. Die schriftlichen Vereinbarungen hätten sich jedoch auf einige Monate bezogen, und es seien pro Person jeweils nur zwei derartige Vereinbarungen abgeschlossen worden. Nach Ansicht der belangten Behörde bedeute das, dass die Slowaken eher ein ständiges Bemühen geschuldet hätten und ihre Tätigkeit nicht auf ein bestimmtes Endprodukt als solches abgezielt habe. Ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit sei in der für einen Werkvertrag erforderlichen Konkretetheit auch nicht feststellbar. Die Slowaken seien bei allfälligen Mängeln vom Vorarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin angewiesen worden, diese zu beheben. Bei der festgestellten Art der Abrechnung handle es sich eher um eine leistungsbezogene als um eine erfolgsbezogene Entlohnung. Auch mangle es nach den im Verfahren vorgelegten Unterlagen an einer hinreichenden Abgrenzbarkeit der Tätigkeit der Slowaken untereinander.

Bei Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände ergebe sich daher, dass die Arbeitnehmer nicht als selbständige Unternehmer im Rahmen von "echten Werkverträgen" tätig gewesen, sondern von der vom Erstbeschwerdeführer vertretenen Gesellschaft "im Rahmen arbeitnehmerähnlicher Verhältnisse und damit als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG" verwendet worden seien. Es handle sich also um eine Beschäftigung, zu der sie gemäß § 33 Abs. 1 ASVG vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden gewesen wären. Bei Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände ergebe sich daher, dass die Arbeitnehmer nicht als selbständige Unternehmer im Rahmen von "echten Werkverträgen" tätig gewesen, sondern von der vom Erstbeschwerdeführer vertretenen Gesellschaft "im Rahmen arbeitnehmerähnlicher Verhältnisse und damit als Dienstnehmer gemäß Paragraph 4, Absatz 2, ASVG" verwendet worden seien. Es handle sich also um eine Beschäftigung, zu der sie gemäß Paragraph 33, Absatz eins, ASVG vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden gewesen wären. Der Erstbeschwerdeführer sei für das Versäumnis als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Dienstgeberin und damit zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Der Erstbeschwerdeführer sei für das Versäumnis als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Dienstgeberin und damit zur Vertretung nach außen Berufener gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die belangte Behörde bejahte sodann mit näherer Begründung das Verschulden des Erstbeschwerdeführers im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Hinsichtlich der Strafbemessung hielt sie insbesondere fest, dass der Erstbeschwerdeführer zum Tatzeitpunkt bereits einmal wegen einer gleichartigen Übertretung rechtskräftig bestraft worden sei, weshalb der zweite Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG zur Anwendung gekommen sei, der eine Geldstrafe von EUR 2.180,-- bis EUR 5.000,-- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen vorsehe. Die belangte Behörde bejahte sodann mit näherer Begründung das Verschulden des Erstbeschwerdeführers im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG. Hinsichtlich der Strafbemessung hielt sie insbesondere fest, dass der Erstbeschwerdeführer zum Tatzeitpunkt bereits einmal wegen einer gleichartigen Übertretung rechtskräftig bestraft worden sei, weshalb der zweite Strafsatz des Paragraph 111, Absatz 2, ASVG zur Anwendung gekommen sei, der eine Geldstrafe von EUR 2.180,-- bis EUR 5.000,-- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen vorsehe.

Gegen diesen Bescheid erhoben die beschwerdeführenden Parteien zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der ihre Behandlung mit Beschluss vom 29. September 2010, B 1056/10, ablehnte und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat.

Der Verwaltungsgerichtshof stellte das Verfahren mit Beschluss vom 19. Jänner 2011 ein, nachdem die beschwerdeführenden Parteien dem Auftrag zur Beschwerdeergänzung innerhalb der gesetzten Frist nicht vollständig nachgekommen waren. Mit Beschluss vom 16. März 2011, Zl. 2011/08/0029, wurde aber dem Antrag der beschwerdeführenden Parteien auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattgegeben.

In der ergänzten Beschwerde beantragen die beschwerdeführenden Parteien die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, auf die Erstattung einer Gegenschrift aber verzichtet.

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 pflichtversichert, wenn nicht bestimmte Ausnahmen von dieser Vollversicherungspflicht bestehen. 1. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung pflichtversichert, wenn nicht bestimmte Ausnahmen von dieser Vollversicherungspflicht bestehen. 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. Dienstnehmer ist gemäß Paragraph 4, Absatz 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.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger

anzumelden. Die Unterlassung der Meldung ist gemäß § 111 ASVG strafbar. Gemäß Paragraph 33, Absatz eins, ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Die Unterlassung der Meldung ist gemäß Paragraph 111, ASVG strafbar.

2. Die belangte Behörde hat ihrer Entscheidung zugrunde gelegt, dass die acht slowakischen Staatsangehörigen als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG verwendet worden seien. Sie hat aber entgegen § 4 Abs. 2 ASVG nicht festgestellt, dass von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen sei (vgl. zu den Kriterien, auf die es dabei ankommt, etwa das hg. Erkenntnis vom 28. März 2012, Zl. 2009/08/0135, mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung). Vielmehr hat sie die persönliche Abhängigkeit wegen des von ihr angenommenen Fehlens fester Arbeitszeiten verneint; überdies ist sie ausdrücklich vom Vorliegen eines (wenn auch nicht "echten") Werkvertrages und nicht von einem Dienstvertrag ausgegangen. Die Pflichtversicherung nach dem ASVG hat sie schließlich mit der Begründung bejaht, dass "arbeitnehmerähnliche Verhältnisse" vorgelegen seien. Die Verwendung in einem bloß arbeitnehmerähnlichen Verhältnis - mag sie auch eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG darstellen - begründet aber entgegen der Ansicht der belangten Behörde nicht die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 ASVG. Dieses Vorliegen der Merkmale des § 4 Abs. 4 ASVG, das ebenfalls eine Pflichtversicherung nach dem ASVG und somit eine Meldepflicht begründen würde, hat die belangte Behörde nicht geprüft.

2. Die belangte Behörde hat ihrer Entscheidung zugrunde gelegt, dass die acht slowakischen Staatsangehörigen als Dienstnehmer gemäß Paragraph 4, Absatz 2, ASVG verwendet worden seien. Sie hat aber entgegen Paragraph 4, Absatz 2, ASVG nicht festgestellt, dass von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen sei vergleiche , zu den Kriterien, auf die es dabei ankommt, etwa das hg. Erkenntnis vom 28. März 2012, Zl. 2009/08/0135, mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung). Vielmehr hat sie die persönliche Abhängigkeit wegen des von ihr angenommenen Fehlens fester Arbeitszeiten verneint; überdies ist sie ausdrücklich vom Vorliegen eines (wenn auch nicht "echten") Werkvertrages und nicht von einem Dienstvertrag ausgegangen. Die Pflichtversicherung nach dem ASVG hat sie schließlich mit der Begründung bejaht, dass "arbeitnehmerähnliche Verhältnisse" vorgelegen seien. Die Verwendung in einem bloß arbeitnehmerähnlichen Verhältnis - mag sie auch eine Beschäftigung im Sinn des Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG darstellen - begründet aber entgegen der Ansicht der belangten Behörde nicht die Pflichtversicherung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit , Absatz 2, ASVG. Dieses Vorliegen der Merkmale des Paragraph 4, Absatz 4, ASVG, das ebenfalls eine Pflichtversicherung nach dem ASVG und somit eine Meldepflicht begründen würde, hat die belangte Behörde nicht geprüft.

3. Die belangte Behörde hat somit für die Beurteilung der Vorfrage, ob die acht slowakischen Staatsangehörigen der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterlegen sind, ein falsches Tatbestandsmerkmal herangezogen. Der angefochtene Bescheid war daher schon aus diesem Grund gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

3. Die belangte Behörde hat somit für die Beurteilung der Vorfrage, ob die acht slowakischen Staatsangehörigen der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterlegen sind, ein falsches Tatbestandsmerkmal herangezogen. Der angefochtene Bescheid war daher schon aus diesem Grund gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden. Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 17. Oktober 2012

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2012:2011080097.X00

**Im RIS seit**

23.11.2012

**Zuletzt aktualisiert am**

18.02.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

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