

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/4/10 2010/08/0248

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 10.04.2013

## **Index**

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## **Norm**

ASVG §113 Abs1 Z1;

ASVG §113 Abs2;

ASVG §33 Abs1;

ASVG §33 Abs1a;

ASVG §33 Abs2;

ASVG §4 Abs1 Z1;

ASVG §4 Abs2;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer und MMag. Maislinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der p GmbH in G, vertreten durch Mag. Helmut Hawranek, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Joanneumring 16/V, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 19. Oktober 2010, Zl. GS5-A-948/842-2010, betreffend Beitragszuschlag gemäß § 113 ASVG (mitbeteiligte Partei: Niederösterreichische Gebietskrankenkasse in 3100 St. Pölten, Kremser Landstraße 3), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 27. Mai 2010 wurde der beschwerdeführenden Partei gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG ein Beitragszuschlag in der Höhe von EUR 1.800,-- vorgeschrieben.

Begründend führte die Gebietskrankenkasse im Wesentlichen aus, im Rahmen der am 3. Februar 2010 erfolgten Betretung durch Organe des Finanzamtes auf dem Bauvorhaben Passivhaussiedlung in K sei festgestellt worden, dass für zwei, im Bescheid näher genannte Personen (AH und MR) die Anmeldungen nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden seien.

Die beschwerdeführende Partei er hob gegen diesen Bescheid Einspruch. Sie machte geltend, sie habe weder am

3. Februar 2010 noch zu einem anderen Zeitpunkt die im Bescheid der Gebietskrankenkasse genannten Personen als Dienstnehmer beschäftigt; mit diesen Personen (AH und MR) seien vielmehr Werkverträge abgeschlossen worden. AH und MR hätten bei der Auftragserteilung gegenüber der beschwerdeführenden Partei versichert, über sämtliche Gewerbeberechtigungen zu verfügen. Die beschwerdeführende Partei sei somit davon ausgegangen, befugte Unternehmer mit den Arbeiten beauftragt zu haben. Die beschwerdeführende Partei sei somit nicht als Dienstgeber und AH und MR seien nicht als Dienstnehmer zu qualifizieren. Die Behörde hätte auch den Verfahrensstand betreffend illegale Arbeitnehmerbeschäftigung bei der Finanzverwaltung abwarten müssen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dem Einspruch keine Folge.

Begründend führte die belangte Behörde - nach Wiedergabe des Verfahrensganges - im Wesentlichen aus, AH und MR seien von Organen des Finanzamtes beim Bauvorhaben Passivhaussiedlung in K beim Anbringen von Isoliermaterial (Dämmstoff) an der Außenfassade im ersten Stock eines Hauses arbeitend angetroffen worden. Eine Anmeldung vor Arbeitsantritt sei nicht erfolgt.

Den Arbeiten (Anbringen von Dämmplatten an einer Außenfassade) komme der Charakter einer Dienstleistung, nicht aber eines eigenständig beurteilbaren Werkes zu. Bei einfachen manuellen Tätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und der Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlaubten, was hier der Fall sei, könne das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitergehende Untersuchungen vorausgesetzt werden.

Der Bauleiter der beschwerdeführenden Partei (G) habe bei der Betretung angegeben, AH und MR seien mit 12. Jänner 2010 bei der beschwerdeführenden Partei mit Werkvertrag beschäftigt worden; sie hätten nur auf dieser Baustelle gearbeitet. Wo die Polen nächtigten, wisse er nicht, sie kämen immer um ca. 7 Uhr zur Baustelle und würden bis etwa 16 Uhr arbeiten, dies bei einer Stunde Mittagspause. Gearbeitet werde immer von Montag bis Freitag. Sie würden öfters mit einem Arbeiter der beschwerdeführenden Partei im Firmenauto zur Baustelle kommen; gelegentlich würden sie aber auch selbst mit ihren Privatautos zur Baustelle gelangen. Die Tätigkeiten auf der Baustelle seien Fräslagen, Abklebearbeiten, Innenausbau, das Anbringen der Isolierungen in den Wänden; AH und MR würden auch Hilfstätigkeiten (Baustellenreinigung) durchführen. Mit AH und MR sei ein Stundenlohn von ca. EUR 20,- vereinbart gewesen, gewisse Arbeiten (etwa "Gipskarten" montieren) würden auch pauschal mit ihnen verrechnet. Es sei vereinbart, dass AH und MR laufend Rechnung legten und nach Prüfung bekämen sie diesen Betrag bezahlt. Der von der beschwerdeführenden Partei beschäftigte Vorarbeiter gebe AH und MR die Anweisungen, welche Arbeiten sie zu erledigen hätten. Sollte irgendein Material oder Werkzeug auf der Baustelle fehlen, so würden AH und MR dies dem Vorarbeiter der beschwerdeführenden Partei mitteilen; dieser besorge das Material. Das gesamte Material werde ebenso wie das Spezialwerkzeug von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt; Kleinwerkzeug hätten die beiden Personen selbst. Sollten AH und MR irgendwelche Arbeiten nicht ordnungsgemäß ausführen, würde ihm dies vom Vorarbeiter mitgeteilt werden. Er gebe dann den Personen den Auftrag, wie dies richtig gestellt gehöre. Wenn die beiden Personen krank seien oder in Urlaub gingen, so sollten sie dies ihm mitteilen, damit er Planungen über den Fortschritt auf der Baustelle erstellen könne. Würden sie keine Meldungen machen und kämen sie nicht mehr zur Baustelle, gelte der Werkvertrag als beendet. Dies sei aber noch nicht vorgekommen. Es wäre besser gewesen, wenn die beiden Personen bei der beschwerdeführenden Partei beschäftigt werden könnten; so könnten sie Arbeitskleidung der beschwerdeführenden Partei tragen; sie könnten dann auch andere Arbeiten verrichten. Da hiefür aber Bewilligungen notwendig wären, sei eine Beschäftigung nur mit Werkvertrag möglich.

AH und MR seien hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und auch bei ihrem arbeitsbezogenen Verhalten infolge Organisations- und Koordinationsbedürftigkeit der Arbeiten mit anderen Arbeitern als auch der sich darauf beziehenden arbeitsbezogenen Weisungs- und Kontrollbefugnisse an die beschwerdeführende Partei als Dienstgeberin gebunden und notwendigerweise in die Betriebsorganisation der Baustelle eingegliedert gewesen. Ein Indiz hiefür sei auch die vereinbarte Meldepflicht bezüglich Krankheit und Urlaub und auch der Umstand, dass sie ausschließlich für die beschwerdeführende Partei gearbeitet hätten. Die beiden Personen seien jedenfalls der "stillen Autorität" der Dienstgeberin unterlegen. Es habe auch eine persönliche Arbeitspflicht bestanden, ein Vertretungsrecht sei nicht vereinbart worden. Sämtliche wesentliche Betriebsmittel seien von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden. Der Umstand, dass die Arbeiter nach ihren geleisteten Arbeitsstunden entlohnt worden seien, sei ein gewichtiges Indiz für eine unselbständige Tätigkeit. Es überwögen daher insgesamt die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber jenen der selbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit.

Dass die Arbeiter über einen Gewerbeschein verfügten, schließe ein Dienstverhältnis nicht aus. Die Gewerbeberechtigungen deckten sich überdies nicht mit den bei der Betretung ausgeführten Tätigkeiten.

Es sei daher von der Dienstnehmereigenschaft der Arbeiter auszugehen; mangels Meldung zur Sozialversicherung sei der Beitragszuschlag zu Recht vorgeschrieben worden. Auch die Höhe des Zuschlages sei nicht zu beanstanden.

Gegen diesen Bescheid wendet sich die Beschwerde mit dem Antrag, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, eine Gegenschrift erstattet und beantragt, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat ebenfalls eine Gegenschrift erstattet und beantragt, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Nach § 33 Abs. 2 ASVG gilt Abs. 1 leg.cit. für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a ASVG Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

Der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung gemäß § 33 Abs. 1a ASVG so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben-Anmeldung, Z 1) und die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung, Z 2).

Nach § 113 Abs. 1 Z 1 ASVG kann ein Beitragszuschlag vorgeschrieben werden, wenn die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung setzt sich der Beitragszuschlag nach einer unmittelbaren Betretung aus zwei Teilbeträgen zusammen, mit denen die Kosten für die gesonderte Bearbeitung und für den Prüfeinsatz pauschal abgegolten werden. Der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung beläuft sich auf EUR 500,-- je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person; der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf EUR 800,--. Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz bis auf EUR 400,-- herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.

2. 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.

3. 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).

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.

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. es ist davon auszugehen, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern dann sind die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, Zl. 2010/08/0012, mwN).

4. Als Verfahrensmangel rügt die beschwerdeführende Partei, die belangte Behörde habe, obwohl die beschwerdeführende Partei entsprechende Anträge gestellt und Vorbringen erstattet habe, weder AH und MR als Zeugen noch ihren "befugten Vertreter" einvernommen.

Weder in der Beschwerde noch im Einspruch wird ein konkretes Beweisthema für die beantragten Beweisaufnahmen genannt. Dass als "Werkverträge" bezeichnete Vereinbarungen getroffen wurden, ergibt sich auch aus den Sachverhaltsannahmen der belangten Behörde. Ob AH und MR anlässlich der Auftragserteilung versichert hätten, über "sämtliche Gewerbeberechtigungen" zu verfügen, ist für die Beurteilung des Sachverhaltes nicht entscheidend. Ebenso ist es nicht relevant, ob die beschwerdeführende Partei davon ausgegangen sei, befugte Unternehmer beauftragt zu haben. Im Übrigen wurden im Einspruch lediglich Rechtsfolgebehauptungen aufgestellt. Ein Vorbringen zum konkreten Sachverhalt, aus welchem auf das Nichtvorliegen der Dienstnehmereigenschaft geschlossen werden könnte, wurde hingegen nicht erstattet. Somit kann in der Beschwerde nicht dargetan werden, dass die Unterlassung der beantragten Vernehmungen einen Verfahrensmangel begründet.

Es ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die belangte Behörde ein - in der Beschwerde nicht näher konkretisiertes - Verfahren vor dem Finanzamt hätte abwarten sollen. Soweit die Beschwerde Präjudizialität im Sinne des § 38 AVG behauptet, ist darauf zu verweisen, dass die Behörde nach dieser Bestimmung berechtigt ist, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Ein Verfahrensmangel liegt insoweit nicht vor.

Die beschwerdeführende Partei macht auch geltend, sie sei in ihrem Recht auf Parteiengehör verletzt worden. Die beschwerdeführende Partei legt aber nicht dar, welches Vorbringen sie bei Einräumung des Parteiengehörs hätte erstatten können, sodass die Relevanz eines allfälligen Verfahrensmangels nicht dargetan wird.

Auch ein Begründungsmangel liegt - entgegen der Beschwerde - nicht vor. Im angefochtenen Bescheid wird ausführlich die Aussage des Vertreters der beschwerdeführenden Partei geschildert und diese Aussage erkennbar der rechtlichen Beurteilung zu Grunde gelegt. Gegenteilige Beweisergebnisse - zur tatsächlichen Vertragsdurchführung - werden auch in der Beschwerde nicht geschildert, sodass schon deswegen eine Unschlüssigkeit der Beweiswürdigung nicht aufgezeigt werden kann.

5. Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei den gegenständlichen Arbeiten der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren

nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 12. September 2012, Zl. 2011/08/0127, mwN).

Derartige atypische Umstände liegen aber nicht vor. AH und MR waren bei der Erbringung einfacher manueller Tätigkeiten angetroffen worden. Sie waren an dieser Baustelle der beschwerdeführenden Partei von Montag bis Freitag von etwa 7 Uhr bis etwa 16 Uhr tätig; es war - abweichend von dem vorgelegten schriftlichen Werkvertrag - ein Stundenlohn vereinbart. Das Material für diese Tätigkeiten sowie das Spezialwerkzeug wurde von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt. Ein Mitarbeiter der beschwerdeführenden Partei erteilte AH und MR Anweisungen, welche Arbeiten sie zu erledigen hatten und arbeitete teilweise mit (damit ist auch keine Abgrenzbarkeit der Leistungen von AH und MR - als Voraussetzung eines Werkes - gegeben). Krankheiten und Urlaube waren einem Mitarbeiter der beschwerdeführenden Partei mitzuteilen.

Wenn die belangte Behörde unter Berücksichtigung dieser Umstände davon ausgegangen ist, dass die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber jenen der selbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit überwogen haben, so kann dieser Beurteilung nicht entgegengetreten werden.

Dass AH und MR Inhaber von Gewerbescheinen waren, ändert im Fall des Vorliegens einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nichts am Eintritt der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. November 2012, Zl. 2010/08/0196, mwN) und damit an der Meldepflicht.

6. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet in §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 10. April 2013

#### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:VWGH:2013:2010080248.X00

#### **Im RIS seit**

10.05.2013

#### **Zuletzt aktualisiert am**

23.08.2013

**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)