

# TE Vwgh Erkenntnis 2014/6/11 2012/08/0240

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.06.2014

## Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs2;

ASVG §4 Abs4;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und den Hofrat Dr. Strohmayer, die Hofrätinnen Dr. Julcher und Mag. Rossmeisel sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richter und Richterinnen, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde des A B in Wien, vertreten durch Dr. Peter Vögel, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Stadiongasse 4, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 3. September 2012, Zl. BMASK- 424775/0001-II/A/3/2010, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Wiener Gebietskrankenkasse in 1103 Wien, Wienerbergstraße 15-19, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30,

2. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65-67, 4. P J in Wien, 5. T L in Wien, 6. T

S in Wien), 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 Wiener Gebietskrankenkasse Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass auf Grund der Tätigkeiten für den Beschwerdeführer der Viertmitbeteiligte P J im Zeitraum vom 1. Oktober 2005 bis 31. August 2006, der Fünftmitbeteiligte T L im Zeitraum vom 1. September 2004 bis 31. Dezember 2007 und der Sechstmitbeteiligte T S im Zeitraum vom 19. September 2005 bis 18. November 2005 der Voll- (Kranken, Pensions- und Unfall-)Versicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen seien.

Nach Darlegung des Verwaltungsgeschehens und Wiedergabe des Inhaltes von Fragebögen bzw. von niederschriftlichen Einvernahmen vor der Wiener Gebietskrankenkasse der mitbeteiligten T L und P J als auch des

Beschwerdeführers stellte die belangte Behörde fest, dass T L seit 28. Juni 2004 über eine Gewerbeberechtigung als Schwarzdecker verfüge.

Hinsichtlich T S liege keine Gewerbeberechtigung vor, P J verfüge hingegen seit 1. April 2006 über eine Gewerbeberechtigung Schwarzdecker und seit 11. Mai 2005 über die Gewerbeberechtigung "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit".

Von T L und P J seien auf verschiedenen Baustellen für den Beschwerdeführer nach schriftlicher oder mündlicher Abrede Schwarzdeckerarbeiten (Isolieren, Flämmen, Plattenverlegen, Silikonieren, etc.) durchgeführt worden. Das Material sei vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden. Beide hätten sich bei Beginn und bei Ende der Tätigkeit beim Beschwerdeführer an- und abgemeldet. Es seien Stundenaufzeichnungen geführt und entsprechende Rechnungen gelegt worden. T S sei als Bauhilfsarbeiter tätig gewesen und habe auf verschiedenen Baustellen Vorbereitungsarbeiten für die Schwarzdecker (Grundieren, Befreien der Dächer von Rollschotter und Wärmedämmung) verrichtet. Die fachliche Kontrolle seiner Vorbereitungsarbeiten sei durch die Schwarzdecker erfolgt. Er habe grundsätzlich von 7.00 bis 17.00 Uhr gearbeitet. P J habe im Krankheitsfall den Beschwerdeführer verständigt. Alle drei Beschäftigten seien weder von anderen Personen bei ihrer Tätigkeit vertreten worden, noch hätten sie ihrerseits Mitarbeiter beschäftigt. Sie hätten über keine betriebliche Struktur verfügt. Verrechnet und bezahlt worden sei je nach Vereinbarung entweder nach Stunden, Quadratmetern oder nach einer Pauschale für nur tatsächlich erbrachte Leistungen. P J und T L hätten teilweise ihr eigenes Werkzeug (Flämmer, Maßband, Stemmzeug) verwendet. Das benötigte Material und größere Geräte seien vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden. Die Auftragserteilung seitens der Vertragspartner des Beschwerdeführers sei an ihn auf Zuruferbasis eines Rahmenvertrags erfolgt. Die Vertragspartner hätten über eine Preisliste des Beschwerdeführers verfügt. Diese habe sämtliche Arbeiten, die der Beschwerdeführer regelmäßig für seine Vertragspartner erbringe, enthalten. Sein Auftrag habe gelautet zumindest an einem bestimmten Ort einen Schaden zu beheben. Diese Aufträge seien mit den hier umfassten Beschäftigten abgearbeitet worden.

Beweiswürdigend führte die belangte Behörde aus, dass die Angaben des T L in seiner ersten Aussage, wonach er angegeben habe, bezüglich der Arbeitszeit, des Arbeitsfortganges und der Arbeitsqualität vom Beschwerdeführer kontrolliert worden zu sein, es ihm nicht frei gestanden sei zu kommen und zu gehen wann er wolle und er sich bei Krankheit oder Urlaub sich habe melden müssen, höhere Glaubwürdigkeit zukomme als seiner zweiten Aussage. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass die bei der ersten Aussage gemachten Angaben der Wahrheit am nächsten kämen. Die zweite Aussage lasse den Eindruck entstehen, dass T L den Schein einer selbständigen Tätigkeit erzeugen habe wollen.

Rechtlich erachtete die belangte Behörde, die Erbringung von Schwarzdeckerarbeiten, "Regiearbeiten auf laufenden Baustellen" bzw. "Regiestundenvorarbeiter" stellten in sich keine geschlossene Einheit dar, sondern würden den Charakter von Dienstleistungen aufweisen. Überdies hätten die drei Beschäftigten über keine eigenen Betriebsräumlichkeiten bzw. wesentlichen Betriebsmittel verfügt. Das jeweils von ihnen mitgebrachte Werkzeug entspreche dem Besitzstand eines Heimwerkers. Tatsächlich habe sich keine der verfahrensgegenständlichen Personen vertreten lassen und habe jeder seine persönliche Arbeitskraft geschuldet. Sie seien auch für keine anderen Unternehmen tätig gewesen. Es liege auch kein Anhaltspunkt vor, dass sie ein typisches Unternehmerwagnis zu tragen gehabt hätten. Im Hinblick auf das Fehlen genügend eigener Hilfsarbeiter hätten alle drei Beschäftigten einen unverzichtbaren Bestandteil des vom Beschwerdeführer betriebenen Unternehmens zur Erfüllung der von ihm übernommenen Aufträge gebildet. Sie hätten kein von den Produkten und Dienstleistungen des Beschwerdeführers abweichendes, unterscheidbares und ihnen zurechenbares Werk geschuldet, sondern hätten ausschließlich ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Wenn sie auch den Beginn und das Ende der Arbeitszeit selbst festlegen hätten können, seien sie an einen bestimmten Fertigstellungstermin gebunden gewesen. Die Genannten seien in den Betrieb des Beschwerdeführers integriert gewesen. Angesichts der durchgeführten Arbeiten hätten sich auch Weisungen an die einzelnen Beschäftigten erübrigt, weil diese von sich aus gewusst hätten, wie sie sich im Betrieb des Dienstgebers zu verhalten hätten bzw. das Weisungsrecht in gleicher Weise im Bestehen von Kontrollrechten (stille Autorität des Arbeitgebers) zum Ausdruck komme. T L und P J hätten über einen längeren Zeitraum für den Beschwerdeführer gearbeitet und so sei eine Kontrolle ihrer Arbeiten bzw. ihres arbeitsbezogenen Verhaltens nicht mehr notwendig gewesen und so habe dem Beschwerdeführer die Abnahme nach Fertigstellung genügt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Abhängigkeit sei auszuführen, dass diese bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige

Folge persönlicher Abhängigkeit sei. Zusammenfassend sei festzustellen, dass die drei genannten Personen in den angeführten Zeiträumen auf Grund ihrer Tätigkeit für den Beschwerdeführer persönlich und wirtschaftlich abhängig gewesen seien.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten durch die belangte Behörde und Erstattung einer Gegenschrift durch die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erwogen hat:

1. Die Beschwerde wendet sich gegen die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, dass die Mitbeteiligten T L, P J und T S im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG in der Krankenversicherung pflichtversichert gewesen seien.

Die Ausführung der belangten Behörde, Schwarzdeckerarbeiten pauschal als einfache manuelle Tätigkeiten (ab)zuqualifizieren, sei verfehlt. Immerhin sehe die Gewerbeordnung Tätigkeiten eines Schwarzdeckers als selbständige Tätigkeit an, weshalb die Arbeit eines Schwarzdeckers selbstverständlich als geschlossene Einheit anzusehen sei. Die belangte Behörde hätte sich nicht auf eine diffuse Lebenserfahrung berufen dürfen, sondern hätte zur Klarstellung dieser Frage einen Amtssachverständigen beiziehen müssen.

Gegenstand der mit den Mitarbeitern abgeschlossenen Verträge sei bloß die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges gewesen, Leistungsgegenstand und Zeitvorgaben seien im Vertrag exakt umschrieben worden. Von einer organisatorischen Eingliederung könne ebensowenig die Rede sein wie von einer täglichen Aufsicht und Kontrolle durch den Beschwerdeführer. Die Arbeiten seien nach deren Fertigstellung abgenommen und abgerechnet worden. Diese Feststellungen habe die belangte Behörde auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung unterlassen. Hätte sie sich mit dem genauen Inhalt der Verträge auseinander gesetzt, hätte sie zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass die Mitarbeiter auf Grund der mit dem Beschwerdeführer abgeschlossenen Werkverträge selbständig tätig gewesen seien und diese Tätigkeit daher nicht der Versicherungspflicht nach dem ASVG unterlegen sei.

Wenn die belangte Behörde davon ausgehe, die von den Mitarbeitern verwendeten eigenen Betriebsmittel seien bloß unwesentlich, sei festzuhalten, dass ein Flämmer nicht zum Besitzstand eines Heimwerkers gehöre. Schon die festgestellten Geräte (Flämmer, Maßband, Stemmwerkzeuge) seien für einen Schwarzdecker die geradezu typischen unverzichtbaren Werkzeuge. Dass die Mitarbeiter das zu verarbeitende Material nicht selbst beigestellt hätten, ändere nichts an der Beurteilung, dass die Bereitstellung von Arbeitsmitteln nicht zwingend ein Beschäftigungsverhältnis begründen würde, da den Werkbesteller eine Beistellungspflicht des Arbeitsstoffes treffe, wenn nichts anderes vereinbart sei. Wenn die belangte Behörde davon ausgehe, dass das Arbeitsmaterial vom Beschwerdeführer bereitgestellt worden sei und die Arbeitswerkzeuge zur Verarbeitung dieser Materialien von den Mitarbeitern stamme, untermauere dies das Vorliegen eines Werkvertragsverhältnisses. Unrichtig sei auch der Schluss der belangten Behörde, dass die drei Mitarbeiter einen unverzichtbaren Bestandteil des vom Beschwerdeführer betriebenen Unternehmens bilden würden. Dass Unternehmen Aufträge an Subauftragnehmer weitergäben, die die vom Unternehmen geschuldeten Leistungen erbrächten, sei der geradezu typische Fall eines Subauftragsverhältnisses. Klar sei auch, dass für freie Dienstnehmer ebenso wie für Werkauftragsnehmer zeitliche Vorgaben existieren würden, die sich an den Bedürfnissen des Auftraggebers orientieren würden. Dass verschiedene Prioritäten einen unterschiedlichen Arbeitsaufwand erforderten, der sich auch in der Arbeitszeit niederschläge, sei kein Abgrenzungskriterium für das Vorliegen eines freien Dienstvertrages oder eines vollversicherungspflichtigen Dienstverhältnisses. Inwiefern die Mitbeteiligten in den Betrieb des Beschwerdeführers integriert gewesen seien, lasse die belangte Behörde offen. Tatsächlich seien die Mitarbeiter an keine konkreten Arbeitszeiten gebunden gewesen. Sie hätten keiner Aufsichts- und Weisungspflicht unterstanden. Sie hätten sich jederzeit vertreten lassen sowie Aufträge sanktionslos ablehnen können. Sie hätten auch für Dritte tätig werden können und seien an keine betrieblichen Ordnungsvorschriften gebunden gewesen. Es habe auch keine stille Autorität des Arbeitgebers vorgelegen. Dass ein Auftragnehmer seine Tätigkeiten verstehe und daher keiner Unterweisung bedürfe, sei allgemein vorausgesetzt. Schließlich seien die Arbeiten auf Grund von Gewerbeberechtigungen durchgeführt worden.

Selbst wenn man davon ausgehe, dass nach Maßgabe der von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen von einer Scheinkonstruktion im Sinn des § 539a ASVG auszugehen sei, habe die belangte Behörde den wahren wirtschaftlichen Sachverhalt nach allen Seiten hin rechtlich zu beurteilen. Somit hätte sie auch prüfen müssen, ob die getroffenen Feststellungen die Beurteilung als freien Dienstvertrag im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG rechtfertigen würden. Angesichts der auch von der belangten Behörde angenommenen freien Zeiteinteilung der freien Mitarbeiter sei selbst

unter der Annahme, dass die Mitarbeiter relativ eng eingegrenzte Dienstleistungen erbracht hätten, davon auszugehen, dass diese Dienstleistungen laufend konkretisiert und abgerufen worden seien, ohne dass die Dienstnehmer dabei in das Unternehmen des Beschwerdeführers eingegliedert gewesen seien. Es würden auch keine Indizien dafür existieren, dass der Beschwerdeführer auf die vorgegebenen Arbeitsabläufe Einfluss haben nehmen können oder dass er in einen vorgegebenen Arbeitsablauf eingegliedert gewesen sei.

2. Mit dem Beschwerdevorbringen wird keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufgezeigt.

3. Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß dem §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgeschlossen ist noch nach § 7 eine Teilversicherung begründet. Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wenn einem Verhältnis persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2001, Zl. 96/08/0028).

4.1. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 25. April 2007, VwSlg. 17.185/A, vom 25. Juni 2013, Zl. 2013/08/0093, und vom 15. Juli 2013, Zl. 2013/08/0124).

4.1.1. Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient.

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

In der Beschwerde wird dazu ausgeführt, dass die Viert- bis Sechstmitbeteiligten berechtigt gewesen seien, sich vertreten zu lassen und Hilfskräfte einzusetzen. Dies gehe auch aus den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Werkverträgen hervor.

Die Vereinbarung eines Vertretungsrechts kann aber - unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) - die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, Zl. 2010/08/0256, mwN).

Den Feststellungen folgend sind - abgesehen davon, dass eine Vertretungsregelung in den vorgelegten Werkverträgen nicht enthalten ist - die Beschäftigten weder von anderen Personen bei ihrer Tätigkeit vertreten worden noch haben sie ihrerseits Mitarbeiter beschäftigt oder Aufträge an andere Professionisten weitergegeben. Weiters verfügten sie auch über keine betriebliche Struktur. Letzteres wird auch seitens der Beschwerde nicht substantiiert bestritten bzw. auch nicht dargelegt, worin eine solche bestanden hätte. Es ist auch mangels Behauptungen nicht darauf einzugehen, in welcher Form eine allfällige Subvergabe der mitbeteiligten Beschäftigten ihrerseits hätte bewerkstelligt werden können, zumal sie über keine eigene unternehmerische Struktur verfügt haben.

4.1.2. Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht.

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

Richtig ist, dass die belangte Behörde keine Feststellungen zum behaupteten sanktionslosen Ablehnungsrecht der Beschäftigten getroffen hat. Diese Unterlassung kann hier deshalb unberücksichtigt bleiben, weil schon die Behauptung des Beschwerdeführers, es habe eine vereinbarte Befugnis der Beschäftigten gegeben, jederzeit Aufträge sanktionslos ablehnen zu können, nicht zum Erfolg führen kann.

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

Ein solches sanktionsloses Ablehnungsrecht (ieS) behauptet der Beschwerdeführer nicht. Überdies könnte es - selbst wenn es vereinbart worden wäre - mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation des Beschwerdeführers nicht in Einklang gebracht werden (vgl. wiederum das Erkenntnis ZI. 2013/08/0093, mwN).

4.2. Zutreffend hat die belangte Behörde das Vorliegen eines Werkvertragsverhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und den jeweiligen beschäftigten Mitbeteiligten verneint.

Den vorgelegten Werkverträgen zufolge waren die zu erbringenden Tätigkeiten wie folgt bezeichnet: "Regiearbeiten" "Regie laufende Baustelle" "Reparaturarbeiten in Regie". Trotz gegenteiliger Behauptungen in der Beschwerde kann keine Rede davon sein, dass sich die Vereinbarungen in den Werkverträgen auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als in sich geschlossene Einheit einer individualisierten, konkretisierten und gewährleistungstauglichen Leistung bezogen. Ein herzustellendes Werk als Endprodukt ist nicht erkennbar. Vielmehr handelt es sich um laufend

zu erbringende, eher niedrig qualifizierte (Dienst)leistungen eines Erwerbstätigen, der - mag er sich für seine Arbeit auch eigener Betriebsmittel wie Flämmer, Maßband und Stemmzeug bedienen - über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponieren kann.

5. Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist.

Dies hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12.325/A).

Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2013, Zl. 2013/08/0051).

5.1. Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. nochmals Zl. 2013/08/0093).

Eine Vereinbarung eines freien Dienstvertrages liegt nicht vor.

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

Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch eine "stille Autorität" substituiert werden (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 15. Mai 2013, Zl. 2013/08/0051, und nochmals das vom 25. Juni 2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils mwN). Weiters spielt die Qualifikation des Dienstnehmers bzw. der von ihm ausgeübten Tätigkeit eine Rolle, weil sich - unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen (die in der Realität des Arbeitsverhältnisses nicht immer erwartet werden können) - mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert. Qualifizierte sachliche Entscheidungsbefugnisse können einen gewissen Spielraum für eine eigenständige (unter Umständen auch unternehmerische) Gestaltung der Tätigkeiten eröffnen. Derartige Dispositionsmöglichkeiten stärken - insbesondere bei Fehlen der Einbindung in eine Betriebsorganisation - die Sphäre persönlicher Ungebundenheit und sprechen für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis Zl. 2013/08/0079, mwN).

Fest steht, dass die drei mitbeteiligten Beschäftigten für den Beschwerdeführer auf verschiedenen Baustellen Schwarzdeckerarbeiten bzw. Vorbereitungsarbeiten für Schwarzdecker (T S) verrichteten. Hinsichtlich Letzterem erfolgte

die fachliche Kontrolle seiner Vorbereitungsarbeiten durch die Schwarzdecker. Hinsichtlich P J und T L konnte dies auf Grund der bereits länger währenden Tätigkeit für den Beschwerdeführer entfallen. Den Feststellungen folgend wurde das zu verarbeitende Material vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt und es mussten sich zumindest zwei der Beschäftigten bei Beginn und bei Ende ihrer Tätigkeit beim Beschwerdeführer an- und abmelden. Sie führten Stundenaufzeichnungen und legten entsprechend Rechnung. Ungeachtet der außerhalb des Betriebsstandortes erbrachten Tätigkeiten liegt damit eine für eine Einbindung in die betriebliche Organisation des Dienstgebers und die Substitution von persönlichen Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" charakteristische Eingliederung der Arbeitskraft in eine vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation vor. Daran ändern auch die vom Beschwerdeführer aufgezeigten, den drei Beschäftigten eingeräumten Entscheidungsspielräume in Bezug auf die Arbeitszeit nichts, weil diese zeitlichen Freiräume nur innerhalb des genannten, vom Dienstgeber vorgegebenen Zeitrahmens und seinen betrieblichen Erfordernissen bestanden haben, sodass sich die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers, nämlich den von ihm übernommenen Aufträgen zur Schadensbehebung seiner Auftraggeber, zu orientieren hatte. Darüber hinaus haben T L, P J und T S keine hochqualifizierten Tätigkeiten ausgeübt, die insgesamt außergewöhnliche (unternehmerähnliche) Dispositionsmöglichkeiten erkennen hätten lassen, die es rechtfertigen könnten, den in die betriebliche Organisation seines Arbeitgebers Eingebundenen dennoch als persönlich unabhängigen freien Dienstnehmer im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG anzusehen.

Weiters sprechen sowohl die längere Dauer der Beschäftigungsverhältnisse (im Fall des T L über drei Jahre) und die ausschließliche Erbringung von Arbeitsleistungen für den Beschwerdeführer für das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG.

Wenn die Beschwerde festhält, dass die Beschäftigten bei ihren Arbeiten bis auf den Fertigstellungstermin keinerlei Vorgaben für die Ausführung ihrer Arbeiten erhalten haben, ist sie darauf zu verweisen, dass es auf eine ausdrückliche Erteilung persönlicher Weisungen an sie unter diesen Umständen ("stille Autorität" des Arbeitgebers) bei Einbindung in die betriebliche Organisation nicht ankommt.

Der Umstand, dass T L und P J über eigene Gewerbeberechtigungen verfügten, ist ebenfalls nicht entscheidend, da daraus nicht ableitbar ist, ob diese im konkreten Fall in persönlicher Abhängigkeit tätig wurden oder nicht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2013, Zl. 2011/08/0322). Auch die beantragte Beiziehung eines Amtssachverständigen zur Frage der Selbständigkeit eines Schwarzdeckers ist schon aufgrund der im Vordergrund stehenden Rechtsfrage verfehlt.

Zusammenfassend kann der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, wenn sie im Hinblick auf diese Umstände und angesichts des vom Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der Beweiswürdigung wahrzunehmenden Prüfungsmaßstabes (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das Erkenntnis vom 25. Mai 2005, Zl. 2003/08/0233) zum Ergebnis gelangte, dass die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwogen.

6. Die Beschwerde erweist sich daher als insgesamt unbegründet und war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der (auf "Altfälle" gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014, weiter anzuwendenden) VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008.

Wien, am 11. Juni 2014

### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:VWGH:2014:2012080240.X00

### **Im RIS seit**

04.07.2014

### **Zuletzt aktualisiert am**

02.01.2017

---

**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)