

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/4/12 W167 2143379-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.04.2018

## Entscheidungsdatum

12.04.2018

## Norm

ASVG §113 Abs1 Z1

ASVG §113 Abs2

ASVG §4

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

W167 2143379-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch XXXX , gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vom XXXX , in der Fassung der Beschwerdeverentscheidung vom XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom XXXX , schrieb die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (im Folgenden: NÖGKK) dem Beschwerdeführer einen Beitragszuschlag in Höhe von EUR 1.300,- vor, da die Anmeldung für

XXXX (im Folgenden: DM), XXXX , zur Pflichtversicherung als Dienstnehmer nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden sei.

Begründend wurde ausgeführt, dass im Rahmen einer am XXXX erfolgten Betretung durch die Finanzpolizei festgestellt worden sei, dass die Anmeldung des DM nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden sei.

2. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde. Er bestritt im Wesentlichen das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Dienstverhältnisses und wendete sich gegen die Höhe des verhängen Beitragszuschlages.

3. Mit Beschwerdevorentscheidung vom XXXX, wies die NÖGKK die Beschwerde als unbegründet ab.

4. Der Beschwerdeführer stellte fristgerecht einen Vorlageantrag, aufgrund dessen die NÖGKK die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vorlegte.

5. Am XXXX fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt, an der der Beschwerdeführer persönlich teilnahm und durch die Richterin einvernommen wurde. Der als Zeuge geladene DM entschuldigte sich krankheitsbedingt. Den Parteien wurde außerdem Gelegenheit gegeben zum bisherigen Verfahren und den bisherigen Beweisergebnissen Stellung zu nehmen. Der Beschwerdeführer brachte ergänzend vor, dass die Abrechnung mit DM nach Quadratmetern erfolgt sei, was für das Vorliegen eines Werkvertrages spreche.

6. Mit Eingabe vom XXXX legte der Beschwerdeführer eine Rechnung vom XXXX an den Generalunternehmer über die Lieferung von Fliesen vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer ist als Einzelunternehmer im Gewerbe Platten- und Fliesenleger tätig.

1.2. Am XXXX wurde DM im Rahmen einer Kontrolle durch die Finanzpolizei auf einer Baustelle betreten. DM war zum Zeitpunkt der Betretung nicht zur Sozialversicherung gemeldet, verrichtete jedoch Fliesenlegerarbeiten für den Beschwerdeführer. DM verfügt über eine Gewerbeberechtigung für das Handwerk Platten- und Fliesenleger.

1.3. Der Beschwerdeführer und DM unterzeichneten am XXXX eine "Arbeitsvereinbarung" mit folgendem Inhalt:

"Aufgabe: Verfliesung Gang Obergeschoß + Treppe

Fertigstellung Bäder Obergeschoß

Ausführung lt. ÖNORM

Material wird beigestellt, Werkzeug vom Auftragnehmer

Entlohnung: € 14,-/Std Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand (Regiezetteln)

Zahlung: 14 Tage nach Rechnungslegung

Umfang ca. 80 Stunden, Beginn XXXX - Fertigstellung bis XXXX "

1.4. DM war an keine konkret vorgegeben Arbeitszeiten gebunden, arbeite jedoch üblicherweise Montag bis Donnerstag jeweils 10 Stunden und am Freitag bis Mittag. Der Beschwerdeführer gab lediglich ein Datum vor, bis zu dem DM die Arbeiten zu erledigen hatte.

1.5. Die von DM zu verlegenden Fliesen lieferte der Beschwerdeführer bereits vor Arbeitsbeginn an den Generalunternehmer. Der Beschwerdeführer lieferte außerdem sämtliche weitere Materialien, die zum Verlegen von Fliesen nötig sind (z.B. Kleber, Fugenmasse), auf die Baustelle und diese wurden von DM verwendet. Dass darüber hinaus nötige Werkzeug stellte DM selbst zur Verfügung. DM verfügte über keine eigenen Mitarbeiter.

1.6. DM ist seit XXXX immer wieder beim Beschwerdeführer beschäftigt und arbeitete in den letzten XXXX vor der Betretung ausschließlich für den Beschwerdeführer. Zwischen den einzelnen Projekten, für die ihn der Beschwerdeführer einsetzte, lagen unterschiedlich lange Zeiträume (eine Woche bis mehrere Monate).

Zwischen DM und der Beschwerdeführerin wurde kein Vertretungsrecht vereinbart und DM hat sich bei seiner Arbeit für die Beschwerdeführerin nicht durch Dritte vertreten lassen. DM konnte den von ihm übernommenen Arbeitsauftrag nicht sanktionslos ablehnen.

1.7. Zu Beginn der Tätigkeit besprach der Beschwerdeführer mit DM, welche Arbeiten dieser in welcher Weise (insbesondere die Art der Verfliesung) zu ausführen hat. Sonstige fachliche Weisungen oder Weisungen, die das arbeitsbezogene Verhalten betreffen hat DM nicht erhalten. DM bezeichnete den Beschwerdeführer in der niederschriftlichen Einvernahme bei der Finanzpolizei als "Chef". Jeweils an den Dienstagen ist der Beschwerdeführer

auf der Baustelle gewesen und hat bei dieser Gelegenheit auch die Arbeitsleistung und den Arbeitsfortschritt von DM überprüft. Im Falle von Mängeln hätte DM kein Entgelt bekommen bzw. die Mängel ausbessern müssen. Es sei jedoch zu keinen Beanstandungen gekommen.

1.8. Das Entgelt des DM richtete sich - aufgrund einer nachträglichen Abänderung der Arbeitsvereinbarung auf Wunsch des DM - zum Teil nach den verlegten Quadratmetern und bei den ergänzenden Arbeiten (Schließen der untersten Fliesenreihen in den Badezimmern) nach Stunden. Für den gegenständlichen Arbeitsauftrag erhielt DM insgesamt ein Entgelt in Höhe von XXXX,-. Dafür stellte er dem Beschwerdeführer eine Rechnung aus.

1.9. Es handelte sich um den ersten Meldeverstoß des Beschwerdeführers. Von XXXX bis XXXX wurde DM vom Beschwerdeführer als Arbeiter zur Sozialversicherung gemeldet. Seitdem war DM nicht mehr für den Beschwerdeführer tätig.

## 2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers ergibt sich aus dem dem Verwaltungsakt einliegenden Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem zum Stichtag XXXX.

2.2. Dass DM bei einer Kontrolle der Finanzpolizei bei Fliesenlegerarbeiten für den Beschwerdeführer betreten wurde, ergibt sich aus dem Verwaltungsakt - insbesondere aus der Niederschrift der Finanzpolizei vom XXXX ) - und wurde vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Das Vorliegen der Gewerbeberechtigung des DM ergibt sich aus dem Bescheid des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft vom XXXX, den der Beschwerdeführer im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgelegt hat.

2.3. Die zitierte "Arbeitsvereinbarung" vom XXXX wurde vom Beschwerdeführer im Zuge der mündlichen Verhandlung vorgelegt.

2.4. bis 2.8. Die in den Punkten 1.4. bis 1.8. getroffenen Feststellungen basieren auf den glaubwürdigen Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, die sich mit den Angaben, die DM in der niederschriftlichen Einvernahme vom XXXX getätigt hat, weitestgehend decken bzw. miteinander problemlos in Einklang zu bringen sind. Der Beschwerdeführer wirkte durch seine ausführlichen und nachvollziehbaren Schilderungen über die Art seiner Zusammenarbeit mit DM am Verfahren mit und ermöglichte eine umfassende Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts. Weiters legte er auch entsprechende Dokumente (insbesondere die Arbeitsvereinbarung und die Rechnung über die Fliesenlieferung an den Generalunternehmer) vor, die seine Angaben bestätigten. Da seine Angaben mit jenen des DM vom XXXX übereinstimmten, war eine Einvernahme des DM durch das Bundesverwaltungsgericht nicht erforderlich.

Dass zwischen DM und dem Beschwerdeführer kein ausdrücklich vereinbartes Vertretungsrecht vereinbart wurde, geht einerseits aus der "Arbeitsvereinbarung" hervor, in der ein solches nicht geregelt wurde. Andererseits ist aufgrund der Angaben des Beschwerdeführers, wonach DM immer alleine auf den Baustellen gearbeitet habe, davon auszugehen, dass er auch in diesem Fall damit gerechnet hat, dass DM die Arbeiten selbst ausführen wird. Während des gegenständlichen Arbeitsauftrages ist es demnach auch zu keiner Vertretung gekommen. DM verfügte auch über keine eigenen Mitarbeiter, die ihn vertreten hätten können. Dass DM den von ihm übernommenen Arbeitsauftrag nicht sanktionslos ablehnen konnte, ergibt sich bereits daraus, dass er sich vertraglich dazu verpflichtet hat und ihn der Beschwerdeführer gerade deswegen herangezogen hat, da ihm sonst eine termingerechte Fertigstellung seines Werkes nicht möglich gewesen wäre.

2.9. Dass es sich um den ersten Meldeverstoß des Beschwerdeführers handelt, wurde von ihm in der Beschwerde vorgebracht und von der NÖGKK im Zuge der mündlichen Verhandlung bestätigt. Dass DM von XXXX bis XXXX vom Beschwerdeführer zur Sozialversicherung gemeldet wurde, ergibt sich aus dem Versicherungsdatenauszug vom XXXX. Daraus geht auch hervor, dass seitdem keine Meldung des DM durch den Beschwerdeführer erfolgte. Dies bestätigt die Aussage des Beschwerdeführers, dass er DM damals zur Sicherheit angemeldet habe, woraufhin dieser kein Interesse mehr an einer weiteren Zusammenarbeit als unselbstständiger Dienstnehmer gehabt habe.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### Zu A) Abweisung der Beschwerde

#### 3.1. Maßgebliche Rechtsgrundlagen in den jeweils anzuwendenden Fassungen:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG (idFBGBl. I Nr. 187/2013) 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 Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG (idFBGBl. I Nr. 187/2013) ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, 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 (idFBGBl. I Nr. 113/2015) 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.

Gemäß § 33 Abs. 1a ASVG (idFBGBl. I Nr. 113/2015) kann der Dienstgeber die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben-Anmeldung) (Z1) und die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung) (Z2).

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG (idFBGBl. I Nr. 144/2015) gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Gemäß § 113. Abs. 1 ASVG (idFBGBl. I Nr. 31/2007) können dem Dienstgeber Beitragszuschläge vorgeschrieben werden, wenn die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde (Z 1).

Gemäß § 113 Abs. 2 leg.cit. setzt sich der Beitragszuschlag im Fall des Abs. 1 Z 1 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.

### 3.2. Daraus folgt für die Beschwerde:

Im Beschwerdeverfahren betreffend die Vorschreibung eines Beitragszuschlags gemäß § 113 Absatz 1 Ziffer 1 ASVG ist als Vorfrage ist zu klären, ob eine gemäß § 33 ASVG meldepflichtige Beschäftigung der Betretenen vorlag und der Beschwerdeführer als Dienstgeber daher verpflichtet gewesen wäre, diese vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

#### 3.2.1. Zum Vorliegen eines Dienstvertrages

Zwischen dem Beschwerdeführer und DM wurde eine schriftliche "Arbeitsvereinbarung" abgeschlossen. Diesbezüglich ist zu prüfen, ob diese einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag darstellt.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei der Abgrenzung zwischen einem Werkvertrag und einem Dienstvertrag entscheidend darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge 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 seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt (VwGH 14.02.2013, 2011/08/0391).

Für die Frage nach dem Bestehen eines Dienstverhältnisses kommt es im Einzelfall nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung wie Dienstvertrag oder Werkvertrag an. Vielmehr sind die tatsächlich verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. (VwGH 29.02.2012, 2008/13/0087)

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, sind auch die "wahren Verhältnisse" maßgeblich, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Dabei kann zunächst davon ausgegangen werden, dass der Vertrag seinem Wortlaut entsprechend durchgeführt wird. Soweit der Inhalt eines Vertrages von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist der Vertrag als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (anhand der in der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt (VwGH 18.08.2015, 2013/08/0121).

Im Lichte dieser Judikatur ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der im gegenständlichen Fall gewählten Bezeichnung als "Arbeitsvereinbarung" keine Rückschlüsse darauf ziehen lassen, ob ein Werkvertrag oder Dienstvertrag gemeint war. Festzuhalten ist weiters, dass sich aus den Angaben des Beschwerdeführers und des DM ergibt, dass die getroffene Vereinbarung größtenteils auch tatsächlich so verwirklicht wurde. Für die Einordnung dieser "Arbeitsvereinbarung" als Werkvertrag spricht der Umstand, dass die von DM zu verrichtenden Fliesenlegeraufgaben grundsätzlich als ein Werk angesehen werden könnten. Trotzdem ist von einem Dienstvertrag auszugehen, da die dafür sprechenden Anhaltspunkte überwiegen bzw. mehr Gewicht haben. Zunächst ist der Umstand, dass das Material vom Beschwerdeführer bereitgestellt wurde, ein Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrages. Vor allem spricht jedoch die Art des Entgelts, das zumindest zum Teil nach den geleisteten Stunden bemessen wurde, in Zusammenhalt mit der eher allgemein gehaltenen Beschreibung der Aufgaben für einen Dienstvertrag. Wie das Ergebnis seiner Arbeit genau auszusehen hat - also welche Fliesen in welcher Anordnung zu verlegen sind - wurde DM erst vor Ort vom Beschwerdeführer mitgeteilt. Dass das Entgelt in Stunden bemessen wurde schließt zwar das Vorliegen eines Werkvertrages nicht aus (OGH 22.11.1995, 7 Ob 9/95, RS0020613 (T1); VwGH 19.02.2016, 2013/08/0287), jedoch ist es für einen Werkvertrag zwischen zwei Unternehmern untypisch, dass in diesem Fall nicht einmal die konkrete Leistung und damit der dafür zu veranschlagende Aufwand nicht im Vorhinein bestimmt wurden. Das Entgelt ist daher nicht im Vorhinein genau bestimmbar, da auch nur eine ungefähre Anzahl der wahrscheinlich für die Verrichtung der Arbeiten nötigen Stunden sowie ein Zeitraum, in dem diese zu leisten sind, festgelegt wurden. Lediglich der Teil des Entgelts, der - entgegen der ursprünglichen Vereinbarung - auf Wunsch des DM nach Quadratmetern abgerechnet wurde, war daher im Vorhinein bestimmbar. Diese sowie die im Folgenden noch genauer auszuführenden Umstände (keine weiteren Auftraggeber neben dem Beschwerdeführer, keine eigenen Mitarbeiter) sprechen also für die Annahme eines Dienstvertrages.

Dass DM ein Gewerbe angemeldet hatte, ist für die Beurteilung, ob ein Dienstverhältnis vorliegt, nicht maßgeblich, da es keineswegs ausgeschlossen ist, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. VwGH 02.04.2008, 2007/08/0038; VwGH 21.12.2011, 2010/08/0129).

Die abgeschlossene "Arbeitsvereinbarung" ist damit als Dienstvertrag zu qualifizieren.

### 3.2.2. Zur Frage, ob ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis vorlag

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 schon deshalb nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (unter anderem) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist oder wenn ein Beschäftigter die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann (VwGH 24.11.2016, Ra 2016/08/0011).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt also 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. Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient (vgl. VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233).

Selbst die Vereinbarung eines Vertretungsrechts kann - 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 werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (VwGH 12.10.2016, 2016/08/0095 mwN).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung (d.h. im Rahmen einer Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen und bei Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, wodurch er trotz übernommener Gesamtverpflichtung in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren kann, wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger aus (VwGH 14.02.2013, 2012/08/0268 mwN). Auch die Befugnis eines Erwerbstätigen, angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, berührt die persönliche Arbeitspflicht in keiner Weise, mag diese Befugnis auch als "sanktionsloses Ablehnungsrecht" (in einem weiteren Sinn) bezeichnet werden. Zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen sanktionslosen Ablehnungsrecht, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, ist ein deutlicher Unterschied zu machen (VwGH 24.01.2017 Ra 2016/08/0181 mwN).

Im vorliegenden Fall bestand, wie oben festgestellt, weder ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht, noch verfügte DM über eigene Mitarbeiter, durch die er sich hätte vertreten lassen können, und es fand in der Praxis auch keine Vertretung statt. Der Beschwerdeführer konnte also jedenfalls nicht ernsthaft damit rechnen, dass sich DM vertreten lassen würde. DM war es auch nicht möglich diesen bereits übernommenen Arbeitsauftrag sanktionslos abzulehnen.

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. 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 (VwGH 24.11.2016, Ra 2016/08/0011).

Die Bindung an den Arbeitsort ist in diesem Fall kein unterscheidungskräftiges Kriterium, da sich dieser aus der Natur der Sache ergibt und ein selbständig Erwerbstätiger genauso an diesem Ort die Fliesenlegerarbeiten durchführen müsste wie ein unselbständig Beschäftigter (VwGH 18.01.2017, Ra 2014/08/0059). Eine Bindung an konkrete Arbeitszeiten hat nicht bestanden, sondern es wurde lediglich ein Zeitraum vereinbart, in dem die Aufgaben zu erfüllen sind. Auch wurden keine explizite Weisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten bzw. hinsichtlich des Arbeitsverfahrens erteilt, sondern lediglich vorgegeben, in welcher Anordnung die Fliesen zu legen sind. Dazu ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Verlegen von Fliesen als einfache manuelle Tätigkeit oder Hilfstätigkeit zu

qualifizieren ist (vgl. VwGH 14.02.2013, 2010/08/0010), die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. VwGH 03.11.2015, 2013/08/0153). Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde demnach berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (VwGH 14.10.2015, 2013/08/0269 mwN).

Solche gegenläufigen Anhaltspunkte sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, da die beteiligte Partei weder über eine eigene betriebliche Organisation noch über andere Auftraggeber neben dem Beschwerdeführer verfügte. Auch die Betriebsmittel wurden im Wesentlichen vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt. DM benutzte lediglich sein eigenes Werkzeug, die Materialien (wie z.B. die Fliesen, Kleber, Fugenmasse, etc.) wurden vom Beschwerdeführer bereitgestellt. Dass dieser die Fliesen bereits im Vorhinein auf die Baustelle bzw. an den Generalunternehmer geliefert hat und sie unter Umständen in dessen Eigentum übergegangen sind, steht dieser Annahme nicht im Wege, da es gemäß § 539 ASVG auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommt. Darüber hinaus spricht auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer den Arbeitsfortschritt und die Qualität der Arbeit regelmäßig kontrolliert hat, für die Eingliederung des DM in den Betrieb und für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit. Auch die Bezeichnung des Beschwerdeführers als "Chef" stellt ein diesbezügliches Indiz dar.

Die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation hat in der Regel zur Folge, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert (VwGH 21.08.2017, Ra 2016/08/0119 mwN).

Entgeltlichkeit liegt unstrittig vor und die Gewährung eines nach Zeiträumen bemessenen Entgelts (Zeitlohn) - im vorliegenden Fall wurde zumindest ein Teil des Entgelts nach Stunden bemessen - spricht außerdem für das Bestehen einer Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG (vgl. VwGH 25.06.2013, 2013/08/0093).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich bereits aus der persönlichen Abhängigkeit, ist mit jener doch ein Fehlen der (eigenen) Verfügungsmacht über die wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel verbunden (VwGH 12.10.2016, Ra 2015/08/0173).

In einer Gesamtschau ergibt sich also, dass unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhalts sowohl persönliche als auch wirtschaftliche Abhängigkeit bestand, DM also Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG war. Ausnahmen von der Versicherungspflicht nach §§ 5 oder 6 ASVG bzw. eine Teilversicherung nach § 7 ASVG bestehen nicht. Die monatliche Geringfügigkeitsgrenze von EUR 415,72 für das Jahr 2016 wurde überschritten.

Das Dienstverhältnis unterliegt damit der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG.

### 3.2.3. Zur Rechtmäßigkeit der Verhängung eines Beitragszuschlages und dessen Höhe

Da DM also Dienstnehmer des Beschwerdeführers war, traf diesen gemäß § 33 ASVG die Verpflichtung zur Meldung zur Sozialversicherung. Nachdem er diese Meldung jedoch nicht vor Arbeitsantritt erstattet hat und eine unmittelbare Betretung des Dienstnehmers vorliegt, war ein Beitragszuschlag gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG zu verhängen.

Die Frage des subjektiven Verschuldens des Meldepflichtigen ist dafür irrelevant. Entscheidend ist, dass objektiv ein Meldeverstoß verwirklicht wurde, gleichgültig aus welchen Gründen (vgl. Feik in Mosler/Müller/Pfeil, der SV-KOM, § 113 ASVG, Rz 6 mwN).

Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Beschwerde die Herabsetzung des verhängten Beitragszuschlages.

In seinem Erkenntnis vom 02.05.2012, 2010/08/0192, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass es sich bei der Vorschreibung eines Beitragszuschlags nicht um eine Ermessensentscheidung handelt. Sowohl hinsichtlich des Entfalls des Teilbetrags für die gesonderte Bearbeitung als auch hinsichtlich der Herabsetzung des Teilbetrags für den

Prüfeinsatz "bis auf 400 Euro" gemäß § 113 Abs. 2 ASVG in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 31/2007 verwendet der Gesetzgeber das Wort "kann". Dieses Wort ist im vorliegenden Zusammenhang nicht als Einräumung von freiem Ermessen, sondern als Ermächtigung zu einer gebundenen Entscheidung zu verstehen (vgl. auch VwGH 07.09.2011, 2008/08/0218).

Eine Herabsetzung bzw. ein gänzliches Absehen von der Vorschreibung eines Beitragszuschlages kommt also nur unter den Voraussetzungen des § 113 Abs. 2 ASVG in Betracht. Voraussetzung für die zuschlagsmindernde Berücksichtigung des Umstandes, dass die Folgen des Meldeverstößes unbedeutend geblieben sind, ist, dass es sich um ein von der Behörde festgestelltes und sanktioniertes erstmaliges Meldevergehen handelt (VwGH 18.11.2009, 2008/08/0246). Unbedeutende Folgen liegen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes etwa dann vor, wenn sie hinter dem typischen Bild eines Meldeverstößes zurückbleiben, beispielsweise wenn die Anmeldung zwar verspätet erfolgte, im Zeitpunkt der Durchführung der Kontrolle aber bereits vollzogen gewesen ist (also entgegen dem typischen Regelfall feststeht, dass Schwarzarbeit nicht intendiert war) (vgl. VwGH 26.05.2014, 2012/08/0228; 11.07.2012, 2010/08/0218).

Da die Anmeldung im Zeitpunkt der Kontrolle nicht bereits durchgeführt worden war, kommt eine Herabsetzung des Beitragszuschlages also trotz des Umstandes, dass es sich um einen erstmaligen Meldeverstoß handelt, nicht in Betracht. Auch ein gänzliches Absehen vom Teilbetrag für den Prüfeinsatz kommt daher nicht in Betracht. Der Beschwerdeführer hat nicht dargelegt, weshalb es sich vorliegend um einen besonders berücksichtigungswürdigen Fall handelt. Weiters sind auch im Verfahren keine entsprechenden Anhaltspunkte hervorgekommen.

Die NÖGKK hat den Beitragszuschlag in Höhe von EUR 1.300,- (EUR 500,- Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung und EUR 800,-

Teilbetrag für den Prüfeinsatz) damit zu Recht verhängt.

Daher war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

### 3.3. Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe die unter Punkt 3.2. angeführte Judikatur); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **Schlagworte**

Beitragszuschlag, Dienstverhältnis, Meldeverstoß

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W167.2143379.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

25.04.2018

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