

# TE Bwvg Erkenntnis 2021/10/27 W209 2237466-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.10.2021

## Entscheidungsdatum

27.10.2021

## Norm

ASVG §113 Abs1 Z1

ASVG §113 Abs2

ASVG §33

ASVG §35

ASVG §4

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W209 2237466-1/13E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GmbH, XXXX , XXXX , vertreten durch Lindenhofer Luegmayer Rechtsanwälte GesbR, Ardaggerstraße 17, 3300 Amstetten, gegen den Bescheid der der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Niederösterreich, vom 01.09.2020, GZ: VA/ED-FP-0272/2020, betreffend Vorschreibung eines Beitragszuschlages gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) in Höhe von € 2.200,00 wegen nicht vor Arbeitsantritt erstatteter Anmeldungen zur Pflichtversicherung der Dienstnehmer XXXX , VSNR XXXX , XXXX , VSNR XXXX , XXXX , VSNR XXXX , und XXXX , VSNR XXXX , nach Beschwerdeverentscheidung vom 15.10.2020 und am 18.10.2021 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht:

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 01.09.2020 schrieb die belangte Behörde (im Folgenden: ÖGK) der XXXX (im Folgenden: A.) GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG einen Beitragszuschlag in der Höhe von € 2.200,00 vor. Begründend wurde ausgeführt, dass anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 09.08.2020 gegen 09:55 Uhr in XXXX, XXXX, XXXX, die im Spruch des angefochtenen Bescheides genannten Personen arbeitend angetroffen worden seien, ohne als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG zur Pflichtversicherung angemeldet worden zu sein. Der vorgeschriebene Beitragszuschlag setze sich aus dem Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung in Höhe von € 1.600,00 und dem Teilbetrag für den Prüfeinsatz in Höhe von € 600,00 zusammen.

2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin durch ihren bevollmächtigten Rechtsvertreter binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde, die damit begründet wurde, dass richtig und mit den Verfahrensergebnissen in Einklang zu bringen sei, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, Herr XXXX, (im Folgenden: D.H.) am 09.08.2020 durch die einschreitenden Finanzbeamten im von der Beschwerdeführerin in XXXX, XXXX, betriebenem Gastronomielokal mit der Bezeichnung „XXXX“ angetroffen worden sei. D.H. sei nicht nur geschäftsführender Gesellschafter im Unternehmen der Beschwerdeführerin, sondern gleichzeitig auch grundbücherlicher Alleineigentümer der Liegenschaft EZ XXXX, KG XXXX XXXX, mit der zuvor genannten Geschäftsanschrift. Der Liegenschaftseigentümer habe sämtliche sich dort befindlichen Geschäftsräumlichkeiten an die Beschwerdeführerin vermietet. Sämtliche Investitionen in das Geschäftslokal würden und seien von D.H. stets in seiner Eigenschaft als Liegenschaftseigentümer bzw. als Vermieter des Geschäftslokals getätigt worden, um diese Ausgaben als Werbungskosten in der Einkommenssteuererklärung unter der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung zu veranlassen.

Im Laufe des heurigen Sommers habe er als Vermieter des Geschäftslokals in seinem Namen Investitionen vornehmen lassen. Um diese Investitionen vollständig als Werbungskosten veranlassen zu können, habe er ausschließlich gewerblich konzessionierte Unternehmen mit diesen Arbeiten beauftragt. So sei von ihm auch der als Einzelunternehmer in XXXX, XXXX, Slowakei, etablierte XXXX (im Folgenden: Z.V.), dessen Bekanntschaft er als Gast der A. GmbH gemacht habe, mit Fliesenlegerarbeiten beauftragt. Die Fliesen hätten ursprünglich von Mitarbeitern der Firma „XXXX“ verlegt werden sollen. Das Material habe D.H. zuvor im eigenen Namen bezogen; die Verlegearbeiten hätten jedoch von der Firma „XXXX“ nicht zeitgerecht durchgeführt werden können, weshalb Z.V. für „XXXX“ „kurzfristig“ eingesprungen sei. Das bereits zuvor bezogene Material sei zur Auftragserledigung von D.H. beigelegt worden. Der Auftrag sei mündlich erteilt worden, nachdem Z.V. D.H. versichert habe, über sämtliche Berechtigungen und Zulassungen für die Durchführung der Arbeiten in Österreich zu verfügen. Der Umstand, dass dieser ein Unternehmen in der Slowakei betreibe und es sich um ein innergemeinschaftliches Geschäft handle, sei für D.H. nebensächlich gewesen. Wichtig sei ihm nur gewesen, dass er entsprechend korrekte Rechnungen für die Buchhaltung erhalte. Auch sei es ausschließlich Z.V. gewesen, mit welchem er zuvor die Preisverhandlungen geführt habe. Die übrigen am 09.08.2020 angetroffenen „Mitarbeiter“ seien D.H. namentlich überhaupt nicht bekannt gewesen. Z.V. habe auch nachträglich durch Vorlage einer Gewerbemeldung in der Slowakei nachdrücklich versichert, dass er im Auftragszeitraum über eine aufrechte Gewerbeberechtigung verfüge. In welcher Rechtsbeziehung die „Mitarbeiter“ zu einander standen und stehen, ob in Form einer Subauftragnehmerschaft oder (un)selbstständig erwerbstätige Arbeiter des Z.V., habe D.H. nicht hinterfragt. Ihm sei aber mehrfach bestätigt worden, dass sämtliche „Mitarbeiter“ anscheinend über eigene Gewerbeberechtigungen verfügen, um „offiziell“ Arbeiten in Österreich durchführen zu können. Bestritten werde, wie in der Niederschrift des D.H. wiedergegeben, dass dieser den Arbeitern persönliche Arbeitsanweisungen erteilt hätte. Wiederholt ausgeführt werde, dass Ansprech- und Vertragspartner ausschließlich Z.V. für D.H. gewesen sei.

Zusammengefasst könne daher in rechtlicher Hinsicht festgestellt werden, dass D.H. gegenständlich nicht als Geschäftsführer für die A. GmbH eingeschritten sei, sondern die Investitionen und Arbeiten im eigenen Namen auf eigene Rechnung beauftragt habe. Die angetroffenen Handwerker seien weder organisatorisch noch hinsichtlich des Arbeitsorts noch der Arbeitszeit den Weisungen der Beschwerdeführerin unterlegen. Mangels Vorliegen der Dienstgeborenschaft bei der Beschwerdeführerin sei das Verfahren jedenfalls einzustellen und von der Verpflichtung zur Beitragszahlung abzusehen. Ein Verstoß gegen Meldevorschriften können der Beschwerdeführerin folglich nicht angelastet werden.

Zudem sei das Ermittlungsverfahren mangelhaft. Die angetroffenen, nicht der deutschen Sprache hinreichend kundigen slowakischen Handwerker seien ohne Beiziehen eines Dolmetschers befragt worden. Die Erhebungen seien einseitig und in vorgreifender Beweiswürdigung ausschließlich zum Nachteil der Beschwerdeführerin geführt worden. Den so „erstellten“ Personenblättern komme eingeschränkte Beweiskraft zu. Wesentliche Grundprinzipien eines fairen Verfahrens iSd Art. 6 EMRK seien verletzt worden. Die Zeugen XXXX , XXXX , XXXX und Z.V. seien folglich in der gleichzeitig beantragten mündlichen Beschwerdeverhandlung unter Beiziehen eines Dolmetschers nochmals ausführlich zum entscheidungsrelevanten Sachverhalt, insbesondere zum Thema in welcher Funktion und Eigenschaft sie am 09.08.2020 handwerkliche Arbeiten im Gastronomielokal „ XXXX “ verrichtet haben, unter Wahrheitspflicht zu befragen.

3. Mit Beschwerdeentscheidung vom 15.10.2020 wies die ÖGK die Beschwerde ab und begründete dies damit, dass die Behörde berechtigt sei, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (VwGH 27.04.2011, 2010/08/0091).

Die Betretenen seien im Zuge einer Kontrolle durch die Finanzpolizei bei Fliesenlegearbeiten in Räumlichkeiten angetroffen worden, die von der Beschwerdeführerin zum Zwecke des Betriebes eines Gastronomielokals angemietet worden seien. Dabei handle es sich zweifellos um eine Tätigkeit unter solchen Umständen, die im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung die Annahme eines entgeltlichen Dienstverhältnisses rechtfertigt, sofern nicht atypische Umstände gegen eine solche Deutung sprechen. Anhaltspunkte für das Vorliegen derartiger, gegen das Vorliegen von entgeltlichen Dienstverhältnissen sprechende Gründe liegen im gegenständlichen Fall nach Ansicht der Kasse nicht vor.

Den Angaben der Beschwerdeführerin, wonach Z.V. über eine Gewerbemeldung in der Slowakei verfüge, sei entgegenzuhalten, dass auch für Z.V. die vorhergehenden Ausführungen über die Dienstnehmermerkmale nach dem ASVG gelten würden. Nach Erhebungen der Kasse sei zudem festgestellt worden, dass die vorgelegte Gewerbemeldung des Z.V. nicht mehr gültig sei. Die behauptete selbständige Tätigkeit werde seitens der Kasse daher als unglaubwürdig erachtet und stelle ihrer Ansicht nach eine reine Schutzbehauptung dar. Ein Werkvertrag bestehe nämlich, wenn jemand die Herstellung eines Werks gegen Entgelt übernehme. Im Gegensatz zum Dienstvertrag liege bei einem Werkvertrag ein erfolgsorientiertes Zielschuldverhältnis vor. Im Unterschied zum echten oder freien Dienstnehmer schulde der Auftragnehmer eines Werkes somit nicht bloß ein Bemühen, sondern einen konkret ausbedungenen Erfolg. Werkvertrag und (freier) Dienstvertrag seien betreffend die Ausgestaltung der Leistung daher letztlich Gegensatzpaare. Der Werkvertrags-Auftragnehmer schulde ein Werk und kein Wirken. Der Werkvertrag werde daher mit Erreichen des Ziels bzw. mit Herstellung des Werks und der Erbringung der Gegenleistung automatisch beendet. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spreche dies gegen einen Werkvertrag (vgl. dazu VwGH 24.06.2009, 2007/08/0003). Um einen Werkvertrag zu vereinbaren, sei es erforderlich, das Werk so präzise zu umschreiben, dass eine spätere Konkretisierung durch weitere Weisungen nicht mehr erforderlich bzw. lediglich in einem untergeordneten Ausmaß notwendig ist. In dieser Konkretisierung bzw. Festlegung der geschuldeten Leistung liege auch der wesentliche Unterschied zwischen (freiem) Dienstvertrag und Werkvertrag. Der Werkvertrag sei demnach ein Vertragstyp, der die Erbringung eines in sich geschlossenen Werkes, nicht aber eine Mehrheit bloß gattungsmäßig umschriebener Leistungen, zum Inhalt hat. Für einen Werkvertrag essenziell sei ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichterstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Steht der konkrete Umfang des Werks nicht fest, fehle es auch am gewährleistungstauglichen Erfolg der Werkleistung. Der Auftragnehmer eines Werkvertrages arbeite im Gegensatz zum Dienstnehmer mit wesentlichen eigenen, für die Ausführung der Tätigkeit notwendigen Betriebsmitteln. Dabei sei an das Kriterium der Wesentlichkeit ein strenger Maßstab zu legen. Der Begriff „wesentlich“ sei nicht gleichbedeutend mit notwendig oder unerlässlich. Die Wesentlichkeit eines Betriebsmittels sei insbesondere dann gegeben, wenn sie über die Mittel des allgemeinen Gebrauchs hinausgehen. Zudem liegt kein wesentliches Betriebsmittel vor, wenn es sich um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt. Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes

Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, sei nicht primär der Vertrag maßgeblich, auf Grund dessen die Beschäftigung ausgeübt wird, sondern es seien die „wahren Verhältnisse“ und nicht die „zivilrechtliche Hülle“ entscheidend (vgl. VwGH SlgNF 1852 A, 4495 A).

Bloße Bauhilfsarbeiten wie Fliesenverlegearbeiten, wie sie im gegenständlichen Fall von Z.V. erbracht wurden, könnten bereits aufgrund der Natur der Tätigkeit keinesfalls im Rahmen eines Werkvertrages erbracht werden, denn es fehle bereits an einem gewährleistungstauglichen Erfolg, bei dessen Erreichen ein solches Zielschuldverhältnis ohne Zutun beendet wäre. Auch sonst handle es sich bei derartigen Tätigkeiten nicht um eine in sich geschlossene Einheit, welche für das Vorliegen eines Werkvertrages charakteristisch wäre. Die Herstellung eines Werkes als eine in sich geschlossene Einheit habe der Verwaltungsgerichtshof bei der Erbringung einzelner manueller Beiträge zu einem Werk nicht angenommen, dazu zählten auch Arbeiten auf einer Baustelle, wie es in gegenständlicher Angelegenheit der Fall ist (vgl. VwGH 19.01.1999, 96/08/0350).

Soweit die Beschwerdeführerin bestreite, Dienstgeberin der Betretenen gewesen zu sein, und darauf verweise, dass D.H. nicht in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer die Arbeiten beauftragt habe, sondern in seiner Eigenschaft als Eigentümer der Räumlichkeiten, sei ihr entgegenzuhalten, dass als Dienstgeber im Sinne des ASVG gemäß § 35 Abs. 1 ASVG derjenige gelte, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweist. Der Umstand allein, dass D.H. Eigentümer der Räumlichkeiten ist, in denen die Fliesenverlegearbeiten durchgeführt wurden, begründe noch keinen Betrieb. Im vorliegenden Fall deute der Umstand, dass die Betretenen von den Organen der Finanzpolizei bei Fliesenverlegearbeiten direkt im Gastraum des Gastronomielokals, welches von der Beschwerdeführerin betrieben wird, angetroffen wurden, aber unzweifelhaft darauf hin, dass diese Tätigkeiten ausschließlich im Rahmen des Gastgewerbes der Beschwerdeführerin, nämlich im Zuge der von D.H. selbst ins Treffen geführten Renovierungsarbeiten des Lokals erbracht wurden. Der neue Fliesenboden im Gastraum könne durchaus als Verbesserung des Erscheinungsbildes des Lokals der Beschwerdeführerin und somit als Wertsteigerung gewertet werden, das Handeln der Betretenen sei daher der Beschwerdeführerin als Mieterin der Räumlichkeiten und nicht dem Eigentümer wirtschaftlich zurechenbar, da diese Nutznießerin der durchgeführten Arbeiten sei. Im vorliegenden Fall seien die Renovierungen des von der Beschwerdeführerin angemieteten Gastraumes zum Zwecke der späteren Wiederöffnung des Lokals durchgeführt worden, welche die Schaffung einer einem Betrieb entsprechenden organisatorischen Einheit erfordert, weswegen die Baustelle im Gastraum als Betrieb im oben genannten Sinne anzusehen sei (VwGH 09.06.2015, Ra 2014/08/0069).

Da gegenständlich keine Anhaltspunkte vorlägen, dass die Tätigkeit nicht auf Gefahr und Rechnung der Beschwerdeführerin betrieben worden wäre und das substanzlose Vorbringen, wonach D.H. nicht in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, sondern als Liegenschaftseigentümer die Arbeiten beauftragt habe, erst im Zuge des Verfahrens vorgebracht worden sei und nach Ansicht der Kasse als Schutzbehauptung gewertet werde, sei im Lichte der oben angeführten Judikatur die Beschwerdeführerin als Dienstgeberin der betretenen Arbeiter zu qualifizieren.

In Anbetracht der obigen Erläuterungen liege eindeutig ein Agieren der Betretenen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vor, sodass Letztere als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG der Beschwerdeführerin zu deklarieren seien. Die Beschwerdeführerin sei dem Grunde nach zu Recht mit einem Beitragszuschlag gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG belastet worden.

Weiters werde in diesem Zusammenhang festgehalten, dass es nach der Rechtsprechung unerheblich sei, ob auf Seiten des Verpflichteten Verschulden vorliegt – es kommt bei der Vorschreibung eines Beitragszuschlages lediglich auf die objektive Tatsache der nicht oder zu spät erfolgten Meldung sozialversicherungsrechtlich relevanter Umstände an (VwGH 26.01.2015, 2004/08/0141). Die Frage des subjektiven Verschuldens des Dienstgebers sei somit für das „ob“ der Vorschreibung eines Beitragszuschlages nicht zu untersuchen. Die detaillierten Umstände, die zu der objektiv vorliegenden Meldefristverletzung führten, seien daher rechtlich irrelevant. Zweck des Beitragszuschlages sei es, den durch die Säumigkeit des Meldepflichtigen verursachten Mehraufwand in der Verwaltung auszugleichen (vgl. RV 77 BlgNR 22. GP S, 5), sohin eines Kostenbeitrags demjenigen vorzuschreiben, der diese Kosten auch verursacht hat („Verursacherprinzip“). Der Beitragszuschlag sei demnach „ein Sicherungsmittel für das ordnungsgemäße Funktionieren der Sozialversicherung“ (VwGH 19.01.2011, 2010/08/0255), stelle keine Verwaltungsstrafe dar und sei

somit unabhängig von der Frage eines Verschuldens des Dienstgebers bzw. des vertretungsbefugten Organs vorzuschreiben. Es komme nur darauf an, ob objektiv ein Meldeverstoß verwirklicht wurde, gleichgültig aus welchen Gründen dieser erfolgt sei (VwGH 24.01.2014, 2013/08/0271).

Meldet der Dienstgeber bei ihm beschäftigte Dienstnehmer nicht gemäß § 33 Abs. 1 ASVG bzw. Abs. 33 Abs. 1a ASVG vor Arbeitsantritt zur Sozialversicherung an und wird der nicht gemeldete Dienstnehmer im Zuge einer unmittelbaren Betretung gemäß § 111a ASVG bei der Ausführung von Tätigkeiten für den Dienstgeber betreten, so könne der Sozialversicherungsträger gemäß § 113 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG einen Beitragszuschlag vorschreiben. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) handelt es sich bei den in § 113 Abs. 2 ASVG vorgesehenen Teilbeträgen von € 600,00 für den Prüfeinsatz und € 400,00 je Arbeitnehmer aus denen sich der Beitragszuschlag zusammensetzt, um Pauschalen, die nur im (vom Gesetz vorgesehen) bestimmten Fällen reduziert werden könnten (VwGH 13.05.2009, 2008/08/0249). So könnten der Teilbetrag für den Prüfeinsatz auf € 300,00 reduziert werden und der Teilbetrag je Arbeitnehmer entfallen, sofern es sich um eine erstmalige verspätete Anmeldung handelt und unbedeutende Folgen vorliegen. Solche unbedeutenden Folgen könnten nach der Judikatur insbesondere vorliegen, sofern nicht mehr als zwei Dienstnehmer nicht angemeldet worden sind und der Dienstgeber die entsprechenden Anmeldungen unverzüglich nachholt (VwGH 07.09.2011, 2008/08/0218) – sich also ergibt, dass Schwarzarbeit nicht intendiert war (VwGH 18.11.2009, 8008/08/0246). Gegenständlich handle es sich zwar um das erste derartige Meldevergehen, es seien jedoch mehr als zwei Dienstnehmer betroffen, die bis dato noch nicht zur Pflichtversicherung nachgemeldet worden seien, sodass im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes keinesfalls unbedeutende Folgen vorliegen.

Die Vorschreibung des gegenständlichen Beitragszuschlages sei somit dem Grunde und der Höhe nach jedenfalls zu Recht erfolgt.

4. Auf Grund des vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin rechtzeitig erstatteten Vorlageantrages legte die ÖGK die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens am 04.12.2020 einlangend dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

5. Am 18.10.2021 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht im Beisein des Geschäftsführers sowie des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin und eines Vertreters der belangten Behörde eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Der als Zeuge geladene Z.V. erschien trotz ordnungsgemäßer Ladung unentschuldigt nicht zur Verhandlung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Im Zuge einer am 09.08.2020 von Organen der Finanzpolizei in einem von der Beschwerdeführerin betriebenen Gastronomielokal mit der Bezeichnung „ XXXX “ in XXXX , XXXX , durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides genannten Personen bei Fliesenverlegerarbeiten angetroffen, ohne vorher zur Pflichtversicherung gemeldet worden zu sein.

Die Liegenschaft, auf der sich der Betrieb befindet, steht im Eigentum des alleinvertretungsbefugten Geschäftsführers der beschwerdeführenden A. GmbH (FN XXXX ), D.H., der die dort befindlichen Geschäftsräumlichkeiten an die XXXX (im Folgenden: T.) GmbH (FN XXXX ) und diese wiederum an die Beschwerdeführerin weitervermietet hat.

D.H. ist mit einer in seinem 100 %-igen Eigentum stehenden weiteren Gesellschaft ( XXXX GmbH, FN XXXX ) zu 25 % an der T. GmbH beteiligt und fungiert in dieser als einer von drei selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführern.

Im Zuge von umfangreichen Renovierungsarbeiten, die insgesamt mehrere Wochen dauerten und im Zuge derer u.a. die Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerin (Terrasse des Gastgartens) saniert, eine Photovoltaikanlage eingebaut und eine LED-Werbetafel (LED-Wall) am Gebäude angebracht wurden, beauftragte D.H. Z.V. mit der Durchführung von Fliesenlegearbeiten in den Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerin, wobei das Arbeitsmaterial (Fliesen, Fliesenkleber, Fugenmasse, etc.) von D.H. zur Verfügung gestellt wurde und sich Z.V. dabei der übrigen drei Betretenen, die dem Z.V. nicht bekannt waren, als Hilfskräfte bediente.

Vereinbart wurde ein Stundenlohn von € 15,00 Euro. Das Werkzeug wurde von den Betretenen zur Verfügung gestellt.

Sämtliche o.a. Investitionen in das Geschäftslokal wurden von D.H. als Werbungskosten in der Einkommenssteuererklärung unter der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung veranlagt.

Z.V., der bis Juli 2019 in der Slowakei einen Betrieb führte, war zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht Inhaber eines einschlägigen Fliesenlegerbetriebes. Auch hat er mit den übrigen Betretenen keinen nicht legalen "Pfuschereibetrieb" in der Slowakei oder in Österreich betrieben.

Bisher wurde der Beschwerdeführerin noch kein Meldeverstoß zur Last gelegt.

Die Meldungen wurden bis dato nicht nachgeholt.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Zeitpunkt und Ort der Kontrolle sowie die näheren Umstände der Betretung stehen ebenso wie der Umstand, dass die Betretenen nicht zur Pflichtversicherung gemeldet waren, als unstrittig fest.

Unstrittig feststeht auch, dass die Liegenschaft, auf der sich die Geschäftsräumlichkeiten befinden, im Eigentum des Geschäftsführers steht, dieser die Geschäftsräumlichkeiten an die T. GmbH und diese wiederum an die Beschwerdeführerin vermietet hat, der Beschwerdeführerin bisher noch kein Meldeverstoß zur Last gelegt wurde und die Meldungen bis dato nicht nachgeholt wurden.

Die Beteiligung des D.H. an den oben genannten Gesellschaften sowie seine Funktion in den Gesellschaften ergeben sich aus dem Firmenbuch.

Der Umfang der Arbeiten ergibt sich aus den von D.H. vorgelegten Unterlagen sowie seinen Angaben in der Niederschrift der Finanzpolizei vom 09.08.2020 und in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (s. VH-Schrift vom 18.10.2021 S, 6).

Gleiches gilt für die Feststellung, dass sämtliche Investitionen in das Geschäftslokal von D.H. als Werbungskosten in der Einkommensteuererklärung unter der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung veranlagt wurden.

Die Beauftragung des Z.V. mit den Fliesenlegerarbeiten durch D.H. und der Umstand, dass sämtliches Arbeitsmaterial von D.H. zur Verfügung gestellt wurde, steht unstrittig fest.

Die Feststellung, dass für die Arbeiten ein Stundenlohn von € 15,00 vereinbart wurde, gründet auf den übereinstimmenden Angaben der Betretenen sowie des D.H. vor den Organen der Finanzpolizei, die von D.H. in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht nur dahingehend relativiert wurden, dass er sich bei der Festlegung des Stundensatzes an der erwarteten Dauer der Arbeiten orientiert habe (s. VH-Schrift vom 18.10.2021 S, 8).

Dass die übrigen Betretenen D.H. zu diesem Zeitpunkt unbekannt waren, wird ohne weitere Überprüfung zum festgestellten Sachverhalt erhoben.

Dass Z.V. zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht Inhaber eines einschlägigen Fliesenlegerbetriebes war, ergeht aus der Stellungnahme der Finanzpolizei vom 17.09.2020. Dass er mit den übrigen Betretenen keinen nicht legalen "Pfuschereibetrieb" in der Slowakei oder in Österreich betrieben hat, entspricht den glaubhaften Angaben des D.H. in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (s. VH-Schrift vom 18.10.2021 S, 10).

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 414 Abs. 1 ASVG kann gegen Bescheide der Versicherungsträger in Verwaltungssachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

§ 414 Abs. 2 ASVG sieht in den in § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG aufgezählten Angelegenheiten die Entscheidung durch einen Senat unter Laienrichterbeteiligung vor, wenn dies von einer Partei beantragt wird; dies gilt auch für Verfahren, in denen die zitierten Angelegenheiten als Vorfragen zu beurteilen sind.

Im vorliegenden Fall stellt die Frage der Versicherungspflicht eine Vorfrage dar und liegt somit eine Angelegenheit vor, die auf Antrag eine Senatszuständigkeit unter Beteiligung fachkundiger Laienrichter begründen würde. Mangels eines solchen Antrages liegt jedoch Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

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

Nach § 4 Abs. 2 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Unter Entgelt sind die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält (§ 49 ASVG).

Für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (§ 539a ASVG).

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Nach § 35 Abs. 1 1. Satz ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne des ASVG unter anderem derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Gemäß § 113 Abs. 1 ASVG können unter anderem Dienstgebern Beitragszuschläge vorgeschrieben werden, wenn

1. die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde oder
2. die vollständige Anmeldung zur Pflichtversicherung nach § 33 Abs. 1a Z 2 nicht oder verspätet erstattet wurde oder
3. das Entgelt nicht oder verspätet gemeldet wurde oder
4. ein zu niedriges Entgelt gemeldet wurde.

Der Beitragszuschlag setzt sich gemäß § 113 Abs. 2 ASVG im Fall des Abs. 1 Z 1 nach einer unmittelbaren Betretung im Sinne des § 111a [Abgabenbehörden des Bundes, deren Prüforgane Personen betreten haben] 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 € 400 je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person; der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf € 600.

Gemäß § 113 Abs. 3 ASVG kann bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz bis auf € 300 herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Im vorliegenden Fall ist zunächst als Vorfrage zu klären, ob eine gemäß § 33 Abs. 1 ASVG meldepflichtige Beschäftigung der Betretenen vorlag und die Beschwerdeführerin als Dienstgeberin verpflichtet gewesen wäre, diese vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

Den Feststellungen zufolge beauftragte der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, D.H., Z.V. mit der Durchführung von Fliesenlegerarbeiten, wobei das Material von D.H. zur Verfügung gestellt wurde und sich Z.V. dabei der übrigen drei Betretenen, die dem Z.V. nicht bekannt waren, als Hilfskräfte bediente.

Die Beschwerdeführerin brachte dazu vor, dass der von D.H. beauftragte Z.V. Dienstgeber der Betretenen gewesen sei. Im Übrigen stehe die Liegenschaft, auf der sich die Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerin befinden, in denen die in Rede stehenden Arbeiten durchgeführt wurden, im Eigentum des D.H., der die Geschäftsräumlichkeiten an die Beschwerdeführerin vermietet hat. Sämtliche Investitionen in das Geschäftslokal seien vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin in seiner Eigenschaft als Liegenschaftseigentümer bzw. als Vermieter des Geschäftslokals getätigt und diese Ausgaben als Werbungskosten in der Einkommensteuererklärung unter der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung veranlagt worden.

Die belangte Behörde vertrat die Ansicht, dass im vorliegenden Fall der Umstand, dass die Betretenen von den Organen der Finanzpolizei direkt im Gastraum des Gastronomielokals, welches von der Beschwerdeführerin betrieben wird, angetroffen wurden, unzweifelhaft darauf hindeute, dass diese Fliesenlegerarbeiten ausschließlich im Rahmen des Gastgewerbebetriebs der Beschwerdeführerin, nämlich im Zuge der von D.H. selbst ins Treffen geführten Sanierungsarbeiten des Lokals erbracht wurden. Der neue Fliesenboden im Gastraum könne durchaus als Verbesserung des Erscheinungsbildes des Lokals der Beschwerdeführerin und somit als Wertsteigerung gewertet werden, das Handeln der Betretenen sei daher der Beschwerdeführerin als Mieterin der Räumlichkeiten und nicht dem Eigentümer wirtschaftlich zurechenbar, da diese Nutznießerin der durchgeführten Arbeiten sei.

Dementsprechend ist vorerst zu klären, ob die Beschwerdeführerin überhaupt als Dienstgeberin der Betretenen in Frage kommt.

Als Dienstgeber im Sinne des ASVG gilt gemäß § 35 Abs. 1 ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgeltes verweist.

Zur Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass dies jene Person ist, die nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten) aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen muss ihm zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehen. Maßgeblich sind die wirklichen rechtlichen Verhältnisse, nicht der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt. Demgemäß kann auch ein indirekt Vertretener Dienstgeber sein (vgl. u.a. VwGH 07.09.2011, 2008/08/0165).

Vorliegend steht fest, dass Z.V. nicht Inhaber eines einschlägigen Fliesenlegerbetriebes war. Auch kam im Verfahren nicht hervor, dass Z.V. allenfalls einen nicht legalen "Pfuscherbetrieb" in der Slowakei oder in Österreich mit den übrigen Betretenen betrieben hat. Im vorliegenden Fall ist daher entscheidend, ob Z.V. die im Zusammenhang mit dem Auftrag durchgeführten Rechtsgeschäfte (Ankauf und Besorgung von Baumaterialien, Arbeitsvereinbarungen mit den übrigen Betretenen) auf eigene Rechnung oder auf Rechnung des Beschwerdeführers abgeschlossen hat, wobei es – im Falle einer indirekten Stellvertretung – nicht darauf ankommt, ob Z.V. Dritten gegenüber im eigenen Namen aufgetreten ist. In diesem Zusammenhang ist vielmehr entscheidend, ob Z.V. mit D.H. vereinbart hat, dass Letzterer die Arbeitnehmer mit einem bestimmten (allenfalls von Z.V. vorgeschlagenen und von den Beschäftigten akzeptierten) Entgelt entlohnen sollte, wovon den Feststellungen zufolge auszugehen ist (mag es auch Z.V. übernommen haben, den dafür erforderlichen Betrag entgegenzunehmen und an die übrigen Beschäftigten auszuhändigen), oder ob zwischen



D.H. und Z.V. eine das Material, die Leistungen des Z.V. und auch die Erbringung von Arbeitsleistungen Dritter umfassendes Pauschalhonorar vereinbart worden ist, aus welchem Z.V. die erforderlichen Ausgaben zu bestreiten und die übrigen Betretenen zu entlohnen hatte, sodass Z.V. und nicht die Beschwerdeführerin das Risiko unvorhersehbarer Verzögerungen und damit erhöhter Kosten bei den Bautätigkeiten getroffen hätte, die Baustelle daher auf seine Rechnung und Gefahr geführt hat.

Da alle Betretenen auf Basis eines zuvor vereinbarten Stundenlohns tätig wurden und auch das Material zur Gänze von D.H. zur Verfügung gestellt wurde, traf D.H. bzw. die Beschwerdeführerin und nicht Z.V. das Risiko einer potenziell längeren Dauer der Arbeiten, weswegen Z.V. jedenfalls als Dienstgeber der übrigen Betretenen ausscheidet. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Werkzeug von den Betretenen zur Verfügung gestellt wurde.

Das Beschwerdevorbringen, dass D.H. Z.V. in seiner Eigenschaft als Liegenschaftseigentümer bzw. als Vermieter des Geschäftslokals beauftragt hat, lässt sich aber auch so verstehen, dass die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, dass sie schon deshalb als Dienstgeberin ausscheidet, weil ihr Geschäftsführer D.H. als Dienstgeber zu betrachten wäre.

Dazu ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb (die Tätigkeit) geführt wird, in erster Linie die Eigentumsverhältnisse maßgebend sind. Der (Mit)Eigentümer arbeitet auf seine Rechnung und trägt typischerweise die Gefahr. In zweiter Linie ist aber zu prüfen, ob im konkreten Fall die sich aus den Eigentumsverhältnissen ergebende Zurechnung durch andere, dingliche (z.B. Einräumung eines Fruchtgenussrechts) oder obligatorische (z.B. Abschluss eines Pachtvertrags oder einer besonderen, einem Pachtvertrag nahe kommenden Vereinbarung zwischen Miteigentümern) Rechtsakte eine Änderung erfahren hat, sodass statt des Eigentümers (der Miteigentümer) ein Nichteigentümer bzw. bei Vereinbarungen zwischen Miteigentümern einer der Miteigentümer allein aus der Führung des Betriebs berechtigt und verpflichtet wird (vgl. VwGH 99/08/0157, ARD 5425/20/2003 = SVSlg. 47.960 = ZfVB 2005/638).

Den Feststellungen folgend wurden die Geschäftsräumlichkeiten vom Liegenschaftseigentümer D.H. an die T. GmbH vermietet und von dieser an die beschwerdeführende A. GmbH weitervermietet, wobei D.H. sowohl als Geschäftsführer der A. GmbH als auch als Geschäftsführer der T. GmbH fungierte. Schließlich wurde D.H. als Miteigentümer der T. GmbH, die Alleingesellschafterin der A. GmbH ist, auch aus den von der A. GmbH getätigten Umsatzgeschäften berechtigt und verpflichtet. Ungeachtet der festgestellten rechnungsmäßigen Trennung zeigt der Sachverhalt somit auf Grund der engen wirtschaftlichen und personellen Verflechtung beider Unternehmen einen einheitlichen Betrieb, bei dem trotz formaler rechtlicher und verrechnungstechnischer Trennung zwischen den Unternehmen auch ein einheitlicher Marktauftritt erfolgte, bei dem sowohl die A. GmbH als auch D.H. als deren alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer in Erscheinung traten. Umstände, die gegen das Vorliegen eines einheitlichen Betriebes sprechen, wurden – mit Ausnahme der dargelegten formalen rechtlichen und verrechnungstechnischen Trennung – von der beschwerdeführenden Partei nicht dargetan.

Da somit in wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne des § 539a Abs. 1 ASVG ein einheitlicher Betrieb vorlag, der jedenfalls auch auf Rechnung der Beschwerdeführerin geführt wurde, kann im Ergebnis der Beurteilung der belangten Behörde, dass die Beschwerdeführerin als Dienstgeberin der Betretenen im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG anzusehen war, nicht entgegengetreten werden (vgl. die in wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Hinblick auf einen einheitlichen Betrieb anzunehmende Dienstgebereigenschaft als Gesellschafter nach bürgerlichem Recht VwGH 19.12.2012, 2009/08/0254, und 15.07.2013, 2011/08/0151).

Der Umstand, dass D.H. die übrigen Betretenen bei der Auftragsvergabe an Z.V. nicht kannte, spielt keine Rolle. Schon nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 35 Abs. 1 ASVG kommt es nicht darauf an, ob der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweist (vgl. VwGH 05.12.2019, Ra 2016/08/0109).

Bleibt also zu klären, ob die Betretenen im Rahmen eines meldepflichtigen Dienstverhältnisses für die Beschwerdeführerin als Dienstgeberin tätig wurden.

Bei den verrichteten Fliesenlegerarbeiten handelte es sich um manuelle Tätigkeiten, die ihrer Art nach keine höhere Qualifikation erforderten. Die Betretenen brachten im Wesentlichen nur ihre eigene Arbeitskraft ein, wurden dafür stundenweise entlohnt und verfügten über keine eigene Betriebsorganisation. Aus solchen Erwerbstätigen werden auch dann keine selbständigen Erbringer von Werkleistungen, wenn die genannten Dienstleistungen gedanklich in einzelne zeitlich bzw. mengenmäßig bestimmte Abschnitte zerlegt und diese Abschnitte sodann zu "Werken" mit einer

"gewährleistungstauglichen Leistungsverpflichtung" erklärt werden (vgl. VwGH 24.04.2014, 2013/08/0258, mwN). Eine selbständige Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages lag daher nicht vor.

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und 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. betreffend Fliesenlegerarbeiten VwGH 09.12.2020, Ra 2020/08/0158). Spricht die Vermutung in diesem Sinn für ein Dienstverhältnis, dann muss die bestreitende Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (vgl. VwGH 24.07.2018, Ra 2017/08/0045, mwN).

Eine Integration des Beschäftigten in einen Betrieb setzt jedoch das Vorhandensein eines Betriebs des Beschäftigers voraus. Beim Begriff des Betriebes im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG kann – wie auch zur Umschreibung dieses Begriffes in allen arbeitsrechtlichen Zusammenhängen – auf die Rechtsprechung zu § 34 Abs. 1 ArbVG zurückgegriffen werden (vgl. VwGH 31.07.2014, 2012/08/0253, mwN). Demnach ist unter einem Betrieb jede organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht. Nach der sozialversicherungsrechtlich ebenfalls relevanten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Einkommensteuergesetz ist als Betrieb die Zusammenfassung menschlicher Arbeitskraft und sachlicher Produktionsmittel zu einer organisatorischen Einheit zu verstehen. Der Betrieb wird mit der Herstellung der entsprechenden Strukturen begründet und besteht solange bis die wesentlichen Grundlagen dieser Struktur entweder entgeltlich oder unentgeltlich übertragen werden oder diese Strukturen zerschlagen werden (vgl. VwGH 09.06.2015, Ra 2014/08/0069, mwN).

Zwar bilden Tätigkeiten eines Gewerbetreibenden, die dieser zur Errichtung oder zur Änderung seiner Betriebsanlage setzt, keine gewerbliche Tätigkeit (vgl. VwGH 09.06.2015, Ra 2014/08/0069), weswegen eine Integration der Betretenen in den Gewerbebetrieb ausscheidet. Im vorliegenden Fall wurde von D.H. jedoch über einen mehrwöchigen Zeitraum unter Heranziehung mehrerer von ihm beauftragter Unternehmen eine Sanierung des Gebäudes durchgeführt, wobei u.a. die Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerin saniert, eine Photovoltaikanlage eingebaut und eine LED-Werbetafel am Gebäude angebracht wurden. Im Hinblick auf die für ein Bauvorhaben solcher Größe notorische Erforderlichkeit der Schaffung einer einem Betrieb entsprechenden organisatorischen Einheit ist die Baustelle in den Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerin als Betrieb im oben genannten Sinn anzusehen (vgl. in diesem Sinn nochmals VwGH Ra 2014/08/0069).

Ausgehend von der Integration in diesen Betrieb und der Verrichtung manueller Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die keine besondere Qualifikation erforderten und keinen wesentlichen Gestaltungsspielraum ermöglichten, ist daher im gegenständlichen Fall das Vorliegen von Beschäftigungen der Betretenen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zu bejahen. Atypische Umstände, die einer solchen Beurteilung entgegenstünden, sind nicht ersichtlich, zumal nicht hervorgekommen ist, dass die Betretenen über eine markttaugliche und tatsächlich entsprechend eingesetzte betriebliche Organisation verfügt hätten, eigene unternehmerische Entscheidungen hätten treffen können, bzw. – außer für die Beschwerdeführerin – in maßgeblicher Weise auch noch für andere Auftraggeber tätig geworden oder ihre Tätigkeiten in der Art selbständig am Markt auftretender Unternehmer – und nicht lediglich in der Art der Suche einer Arbeitskraft – mit Aussicht auf Erfolg angeboten hätten (vgl. VwGH 03.10.2013, 2013/08/0162).

Soweit D.H. entgegen seinen früheren Angaben (und den übereinstimmenden Angaben der Betretenen) später bestritt, dass er den Betretenen Arbeitsanweisungen erteilt habe, ist dem entgegenzuhalten, dass sich Weisungen an die Beschäftigten angesichts der gegenständlichen Bauhilfstätigkeiten erübrigten, weil diese von sich aus wussten, wie sie sich im Betrieb des Dienstgebers zu verhalten haben bzw. das Weisungsrecht in gleicher Weise im Bestehen von Kontrollrechten (auch mitunter genannt: "stille Autorität" des Arbeitgebers; vgl. dazu u.a. VwGH 04.06.2008, 2007/08/0252) zum Ausdruck kommt.

Dementsprechend ging die belangte Behörde im Ergebnis zu Recht davon aus, dass die Beschwerdeführerin die Betretenen entgegen § 33 Abs. 1 ASVG nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet hat und daher ein Beitragszuschlag vorzuschreiben war.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass D.H. im Zeitpunkt der Auftragsvergabe davon ausging, dass Z.V. in der Slowakei über einen Fliesenlegerbetrieb verfügte. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei einem Beitragszuschlag nämlich um keine Bestrafung, sondern bloß um eine – wegen des durch die Säumigkeit des Meldepflichtigen verursachten Mehraufwands in der Verwaltung – sachlich gerechtfertigte weitere Sanktion für die Nichteinhaltung der Meldepflicht und damit um ein Sicherungsmittel für das ordnungsgemäße Funktionieren der Sozialversicherung. Für die Vorschreibung ist daher nicht das subjektive Verschulden des Dienstgebers maßgeblich, sondern nur der Umstand, dass objektiv ein Meldeverstoß verwirklicht wurde, gleichgültig aus welchen Gründen (vgl. VwGH 04.04.2019, Ra 2016/08/0032, mwN).

Trotz Vorliegens eines erstmaligen Meldeverstoßes, kann der belangten Behörde auch nicht entgegengetreten werden, wenn sie die Folgen des Meldeverstoßes nicht als unbedeutend erkannt hat. Solche unbedeutenden Folgen könnten nach der Judikatur insbesondere vorliegen, sofern nicht mehr als zwei Dienstnehmer nicht angemeldet worden sind und der Dienstgeber die entsprechenden Anmeldungen unverzüglich nachholt (vgl. VwGH 07.09.2011, 2008/08/0218) – sich also ergibt, dass Schwarzarbeit nicht intendiert war (vgl. VwGH 18.11.2009, 8008/08/0246). Beides war hier unstrittig nicht der Fall.

Der Beschwerdeführer hat auch keine die rechtzeitige Meldung hindernden Umstände aufgezeigt, die den Fall als besonders berücksichtigungswürdig im Sinn des zweiten Satzes des § 113 Abs. 3 ASVG erscheinen lassen könnten.

Damit erfolgte die Vorschreibung auch der Höhe nach zu Recht und war die Beschwerde daher gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet abzuweisen.

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; 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.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Schlagworte**

Beitragszuschlag Dienstgebereigenschaft Dienstnehmereigenschaft Geschäftsführer Meldeverstoß persönliche Abhängigkeit Rechnung und Gefahr wirtschaftliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:BVWG:2021:W209.2237466.1.00

### **Im RIS seit**

16.11.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

16.11.2021

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

© 2024 JUSLINE

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

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