

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

12.01.2016

Geschäftszahl

L513 2004814-1

Spruch

L513 2004814-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. DDr. Friedrich KINZLBAUER, LL.M als Einzelrichter über die Beschwerde des XXXX, vertreten durch STB Mag. Kurt HOFMANN, 5020 Salzburg, Moosstraße 154a, gegen den Bescheid der Salzburger Landeshauptfrau vom 15.03.2011, GZ: 20305-V/14.811/7-2011, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG abgewiesen.

B)

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

Text

Endscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 29.04.2010, GZ: 046-Mag.Kurz/CF 22/10, hat die Salzburger Gebietskrankenkasse (im Folgenden kurz "SGKK") ausgesprochen, dass XXXX aufgrund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber XXXX im Zeitraum 2005 bis 2008 der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm. Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) unterliegen.

Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass im Zuge einer gemeinsamen Prüfung der lohnabhängigen Abgaben (GPLA) beim Dienstgeber über den Zeitraum 01/2005 bis 12/2008 anhand der Buchhaltungsunterlagen des Dienstgebers festgestellt wurde, dass Melde- und Beitragsdifferenzen gegeben waren, wonach eine Nachversicherung der oa. Personen zu erfolgen hatte. Die genannten Personen hätten für den BF im Zeitraum 2005 bis 2008 diverse Bautätigkeiten auf Werkvertragsbasis ausgeführt. Bei den Arbeitern handle es sich um slowakische Staatsbürger, wobei eingangs der Prüfung vom Rechtsvertreter erklärt wurde, dass keine Werkverträge vorgelegt werden können, da derartige nicht existieren würden. Im Laufe der Prüfung wären diese dann allerdings vorgelegt worden. Bereits im Jahr 2006 wäre im Rahmen einer KIAB Kontrolle festgestellt worden, dass die Arbeiter zum BF in einem abhängigen Dienstverhältnis stehen würden. So habe damals T.T. angegeben, dass er und B.M. auf der Baustelle arbeiten würden und ihnen das Material zur Verfügung gestellt werde. Die Arbeitszeit betrage täglich 10 Stunden und es werde hierfür ein Stunden iHv € 10,00 bezahlt. Die Arbeiten werden vom BF kontrolliert.

2. Gegen diesen Bescheid der SGKK vom 29.04.2010 hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Schriftsatz vom 04.05.2010 fristgerecht Einspruch an die Landeshauptfrau von Salzburg erhoben. Darin wurde

beantragt, dem Einspruch Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben. Als Einspruchsgründe wurden Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige Tatsachenfeststellung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht. Insbesondere wurde beanstandet, dass alle genannten Personen selbständige Gewerbetreibende in der Slowakischen Republik wären. Diesbezügliche Gewerbescheine, Finanzamtsunterlagen und Unterlagen der slowakischen Sozialversicherung wären bei der Prüfung vorgelegt worden. Der BF hätte mit diesen Subunternehmern Werkverträge über einzelne Bau- oder Baunebenleistungen zu Fixpreisen vereinbart. Außerdem wäre der Zeitrahmen für die Leistungen vorgegeben worden. Bezahlt wäre nach Fertigstellung und Abrechnung. Die Subunternehmer hätten selbständig zur Baustelle fahren und die Reisespesen selbst tragen müssen. Sie wären in keine Organisation eingebunden gewesen, hätten keine Arbeitszeitverpflichtung gehabt bzw. hätten ihre eigenen Werkzeuge verwenden müssen. Lediglich Spezialwerkzeuge wären vom BF zur Verfügung gestellt worden. Es wäre auch das im Bescheid angesprochene KIAB-Protokoll aus dem Jahr 2006 niemals vorgelegt worden. Der BF hätte auch gesagt, dass die Herren T.T. und B.M. nur äußerst schlecht die deutsche Sprache verstehen würden und daher nicht nachvollzogen werden könne, ob diese der Einvernahme folgen hätten können. Weiters hätte es die Behörde unterlassen, die weiteren Subunternehmer einzuvernehmen.

3. In einer Stellungnahme vom 30.09.2010 wies die SGKK zunächst darauf hin, dass die genannten Dienstnehmer für den BF im Zeitraum 2005 bis 2008 diverse Bautätigkeiten ausgeführt hätten. Der Rechtsvertreter hätte eingangs der Prüfung erklärt, dass keine Werkverträge für die Genannten vorgelegt werden können. Im Laufe der Prüfung wurden dann allerdings Verträge vorgelegt, diese würden jedoch keinerlei Angaben über Vertretungsmöglichkeiten, Gewährleistungsregeln, unternehmerisches Risiko etc. beinhalten. Bereits im Jahre 2006 wäre durch die KIAB festgestellt worden, dass die Arbeiter in einem abhängigen Dienstverhältnis zum BF stehen würden. Zur Anerkennung der Gewerbescheine durch das zuständige Bundesministerium wird festgestellt, dass dies nicht darüber abspreche, ob tatsächlich eine selbständige Tätigkeit vorliege sondern vielmehr aussagen, dass die slowakischen Arbeiter aufgrund ihrer slowakischen Gewerbescheine diese Tätigkeiten ausüben dürfen. Das Vorbringen, wonach die Arbeiter an keine Arbeitszeiten gebunden wären, widerspreche dem Ermittlungsergebnis.

4. Mit Schreiben vom 24.02.2011 teilte die steuerliche Vertretung des BF mit, dass hinsichtlich der Vorlage der Werkverträge ein Missverständnis zwischen ihm und dem BF vorgelegen gewesen wäre. Betreffend KIAB Kontrolle würde festgehalten, dass bis dato keine Abschrift der niederschriftlichen Einvernahme vorgelegt worden wäre. Es könne daher nicht geklärt werden, in welcher Sprache die Herren T.T. und B.M. einvernommen worden wären. Der BF wäre ein Einmannbetrieb und hätte wie bei anderen Bauunternehmen keine übliche betriebliche Organisation, in welche die Subunternehmer eingebunden hätten werden können. Dass sich diese nicht vertreten hätten lassen können, wäre nicht bestätigt worden. Das Baustellenmaterial würde zwar vom BF zentral eingekauft und zur Verfügung gestellt werden, wäre jedoch in dieser Branche nicht unüblich. Es wären auch nicht alle Subunternehmer einvernommen worden.

5. Die Landeshauptfrau von Salzburg hat aufgrund des Einspruchs des Beschwerdeführers gegen den Bescheid der SGKK betreffend die Vollversicherungspflicht der oben genannten Personen aufgrund ihrer Beschäftigung beim BF im Zeitraum 2005 bis 2008 mit Bescheid vom 15.03.2011, Zahl: 20305-V/14.811/7-2011, gemäß §§ 413 Abs 1 Z 1 ASVG festgestellt, dass diese aufgrund ihrer Beschäftigung beim BF im Zeitraum 2005 bis 2008 der Voll- (Kranken-, Unfall-, und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) unterlegen sind.

In diesem Bescheid wurde aufgeführt, dass für die Behörde unstrittig feststehe, dass die genannten 11 Personen für den BF im genannten Zeitraum entgeltlich tätig gewesen wären. Die Tätigkeiten hätten aus der Durchführung von Schallungs-, Isolierungs-, Verputz-, Estrich- und Malerarbeiten auf verschiedenen Baustellen des BF bestanden.

Die maßgeblichen Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit hätten bei allen Personen die Merkmale der selbständigen Beschäftigung überwogen.

Zum Einspruchsvorbringen, die pauschale Ausdehnung der Ermittlungsergebnisse auf alle genannten Personen, werde festgestellt, dass vom BF dies deshalb gerügt werde, da diese Personen ohnehin über einschlägige Gewerbeberechtigung verfügen würden. Dem ist jedoch zu entgegenen, dass das Vorhandensein der Gewerbeberechtigung als Grundlage einer selbständigen Beschäftigung nicht die Annahme einer unselbständigen Tätigkeit ausschließe.

Zur Abstellung auf die eigenen Wahrnehmungen und Ermittlungstätigkeiten der Kontrollorgane, welche in den Inhalt der Entscheidungsfindung letztendlich aber nur die Feststellungen bekräftigend eingeflossen wären, wäre zur mängelfreien Beweisführung anzumerken, dass die bloße Eigenschaft als öffentliches Organ zwar nicht dazu

geeignet ist, deren Angaben von vorne herein größerer Beweiskraft beizumessen, jedoch wäre die Behörde verpflichtet, im Rahmen der Beweisführung zu veranschlagen, dass in sich schlüssige Angaben solcher Anzeiger besonders glaubwürdig seien, da diese einen Diensteid abgelegt haben und für falsche Anzeigen disziplinar und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Die genannten Personen wären trotz vorhandener Subunternehmer- bzw. Werkverträge und der vorhandenen Gewerbeberechtigungen nicht als Werkvertragsnehmer anzusehen. Vielmehr wären diese iSd § 35 Abs 1 ASVG unselbständig tätig gewesen.

Die persönliche Abhängigkeit wäre primär in der persönlichen Arbeitspflicht, keine freie Übertragung der Leistung an Dritte, die fehlende Möglichkeit der sanktionslosen Leistungsablehnung, die organisatorische Einbindung, die alleinige Verantwortung gegenüber dem Dienstgeber, die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit, die fehlende generelle Vertretungsbefugnis, die fehlende freie Disposition über die Arbeitszeit, die zumindest überwiegende Nutzung von Betriebsmitteln des Dienstgebers etc anzunehmen. Es wäre den genannten Personen während ihrer Beschäftigung auch nicht möglich gewesen, durch die übernommene Arbeitsverpflichtung über ihre Arbeitszeit frei zu verfügen. Auch wenn diesen tatsächlich zugestanden worden sein sollte, ihre tägliche Arbeitszeit selbst zu bestimmen, wäre nichts desto trotz dann von persönlicher Abhängigkeit auszugehen, wie hier, wenn vor allem Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit ausgeprägt wären. Wobei das Fehlen mehr oder weniger laufender konkreter Weisungen über das Arbeitsverfahren ohnehin bedeutungslos seien, wenn die arbeitende Person über eigene fachliche Entscheidungsspielräume bzw. eigene fachliche Fähigkeiten - wie etwa gerade bei der Verrichtung von Tätigkeiten auf der Baustelle - verfügt. Auch würde eine bloß stille Autorität, letztendlich also die bloße Möglichkeit der Ausübung eines vorhandenen Weisungs- und Kontrollrechts durch den BF ausreichen. Ob dieser tatsächlich Gebrauch davon macht sei irrelevant. Es schade daher im ggstl. Fall nicht, wenn der BF aufgrund mehrerer paralleler Baustellen seine Weisungs- und Kontrolltätigkeit nicht gleichzeitig ausüben könne. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wird in der Folge durch die persönliche Abhängigkeit indiziert.

6. Gegen diesen Bescheid hat der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 01.04.2011 fristgerecht Beschwerde (vormals: Berufung) erhoben. Darin wurde beantragt, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben. Im Vorbringen wurde ausgeführt, dass betreffend die Ermittlungsergebnisse des Finanzamtes im angefochtenen Bescheid nicht ausreichend ausgeräumt worden wären. So würde nicht feststehen, ob die einvernommenen Herren T.T. und B.M. aufgrund der sprachlichen Schwierigkeiten die Fragen überhaupt verstanden hätten.

Außerdem wäre es unverständlich, dass der Ausgang des UFS (nunmehr: BFG) Verfahren nicht abgewartet werde.

7. Mit Wirksamkeit 01.01.2014 wurde das nunmehr zur Behandlung der Beschwerde zuständige Bundesverwaltungsgericht eingerichtet und die Rechtssache am 20.03.2014 der nunmehr zuständigen Gerichtsabteilung zugewiesen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Im Zuge einer GPLA-Prüfung beim Beschwerdeführer über den Zeitraum 01/2005 bis 12/2008 wurde anhand der Buchhaltungsunterlagen festgestellt, dass dieser die oben genannten Personen beschäftigt habe. Bei einer am 10.05.2006 von der KIAB durchgeführten Kontrolle auf der Baustelle des BF wurden u.a. die Herren T.T. und B.M. überprüft und einvernommen. Dabei wurden von T.T. erklärt, dass sie seit 10 Tagen auf der Baustelle des BF arbeiten würden. Ihre Arbeiten wären Maurerarbeiten und Verspachteln von Rigipsplatten. Das Material würde vom Bauherrn zur Verfügung gestellt. Die tägliche Arbeitszeit betrage 10 Stunden mit einem Stundensatz von € 10,00. Die Unterbringung wäre vom BF organisiert worden, die Bezahlung erfolge jedoch durch sie selbst. Er und sein Kollege würden die Arbeiten gemeinsam durchführen. Der BF kontrolliere ihre Arbeit.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen betreffend die GPLA-Prüfung, die Niederschrift der KIAB und die schriftliche Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers ergeben sich aus den Verwaltungsakten. Der Zeitraum der Beschäftigung ergibt sich aus den Werkverträgen sowie aus den ebenfalls im Akt befindlichen Berechnungen des FA Salzburg Stadt.

Die Feststellungen zur Arbeitszeit, zum Arbeitsort und zum arbeitsbezogenen Verhalten - sohin zur persönlichen Arbeitspflicht -, zum tatsächlich gelebten Ausschluss der generellen Vertretungsbefugnis und zur Entlohnung stützen sich auf die Niederschriften und die Sachverhaltsdarstellungen des Beschwerdeführers. Hinsichtlich der Arbeitszeiten kann der Behörde gefolgt werden, dass der Beschwerdeführer hier zwar Dispositionsmöglichkeiten gehabt haben dürfte, hinsichtlich der konkreten Arbeiten waren die genannten Personen jedenfalls an die

Bedürfnisse des Beschwerdeführers gebunden. Vor diesem Hintergrund kann - entgegen den Ausführungen in der Beschwerde - davon ausgegangen werden, dass die Arbeitszeit vom Beschwerdeführer vorgegeben wurde und sich diese letztlich ausschließlich an seinen betrieblichen Bedürfnissen orientiert hat. "Personenbezogene" Weisungen können aufgrund des Aktenmaterials grundsätzlich nicht festgestellt werden. Dass die genannten Personen zur ordnungsgemäßen und zeitgerechten Fertigstellung verpflichtet waren, ergibt sich aus den mit "Werkverträgen" titulierten Vereinbarungen; so wurde ein Leistungszeitraum sowie ein Arbeitsumfang unter Beistellung von sämtlichem Material bauseits sowie eine Pauschale festgesetzt. Wenngleich der Beschwerdeführer in der Beschwerde angegeben hat, dass keine Kontrolle bzw. Weisungen hinsichtlich der Art der Tätigkeit erfolgt sind, so ist einerseits auf die Aussage des T.T. hinzuweisen sowie der Begründung der Behörde zur folgen, dass diese nach der Art der Tätigkeit auch nicht erwartet werden können und ohnehin bedeutungslos wären, da die arbeitenden Personen über eigene fachliche Entscheidungsspielräume bzw. eigene fachliche Fähigkeiten bei den Bauarbeiten verfügen. Auch ist ein Bedarf an einer regelmäßigen Überprüfung der Arbeiten durch den Beschwerdeführer nicht ersichtlich, da ohnehin zu erwarten ist, dass sich der jeweilige Auftraggeber der Immobilie im Fall der Nichtausführung von Arbeiten beim Beschwerdeführer melden würde. Dass sich die genannten Personen nicht vertreten haben lassen, ergibt sich aus der Niederschrift mit T.T. sowie den vorliegenden "Werkverträgen". Die Feststellung, dass Betriebsmittel des Beschwerdeführers sowie solche des Bauherrn verwendet wurden, ergibt sich aus den Niederschriften im Verfahren, den Sachverhaltsdarstellungen des Beschwerdeführers sowie den "Werkverträgen".

Dass die Abrechnungen durch einen Fixbetrag erfolgt sind, ergibt sich aus den jeweiligen Rahmenwerkverträgen, wogegen die Aussagen des T.T. davon sprechen, dass ein Stundenlohn von € 10,00 durch den BF bezahlt wurde.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, wurde mit 01.01.2014 (Art. 151 Abs. 51 Z 6 B-VG) das Bundesverwaltungsgericht (Art. 129 B-VG) eingerichtet. Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG geht die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei sonstigen Behörden anhängigen Verfahren, in denen diese Behörden sachlich in Betracht kommende Oberbehörde oder im Instanzenzug übergeordnete Behörde sind, mit Ausnahme von Organen der Gemeinde, auf die Verwaltungsgerichte über. Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit. § 414 Abs. 1 ASVG normiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide eines Versicherungsträgers.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nur in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. In der vorliegenden Angelegenheit wurde kein derartiger Antrag gestellt. Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache der nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichterin.

Nach § 9 Abs. 2 Z 1 VwGVG ist belangte Behörde in den Fällen des Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG jene Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat.

3.2. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG 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 Dienststreitverfahrensgesetzes 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.

3.3. Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 27 VwGVG legt den Prüfungsumfang fest und beschränkt diesen insoweit, als das Verwaltungsgericht (bei Bescheidbeschwerden) prinzipiell (Ausnahme: Unzuständigkeit der Behörde) an das Beschwerdevorbringen gebunden ist (vgl. Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anm. 1 zu § 27 VwGVG). Konkret normiert die zitierte Bestimmung: "Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen."

Die zentrale Regelung zur Frage der Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bildet § 28 VwGVG. Die vorliegend relevanten Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung lauten wie folgt:

"§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist."

Gegenständlich steht der maßgebliche Sachverhalt im Sinne von § 28 Abs. 2 Z 1 VwGVG fest. Das Bundesverwaltungsgericht hat folglich in der Sache selbst zu entscheiden.

3.4. Die im vorliegenden Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) in den zeitraumbezogen maßgebenden Fassungen lauten:

Vollversicherung

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind 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:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

2. ...14

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.

(3) (...)

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

§ 4 Abs. 4 ASVG in der ab 01.08.2009 geltenden Fassung:

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. -einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. -eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

a) -dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder

b) -dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder

c) -dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder

d) -dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

Beginn der Pflichtversicherung

§ 10. (1) Die Pflichtversicherung der Dienstnehmer, der Personen hinsichtlich einer geringfügigen Beschäftigung nach § 5 Abs. 2, der in § 4 Abs. 4 bezeichneten Personen, ferner der gemäß § 4 Abs. 1 Z 9, 10 und 13 Pflichtversicherten, der gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen, der in einem Lehr- oder Ausbildungsverhältnis stehenden Personen, der Personen, denen eine Leistung der beruflichen Ausbildung gewährt wird, sowie der Heimarbeiter und der diesen gleichgestellten Personen beginnt unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung bzw. des Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Für das Ausscheiden aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, ohne daß dem Ausgeschiedenen ein Ruhegenuß und seinen Hinterbliebenen ein Versorgungsgenuß aus dem Dienstverhältnis zusteht, gilt hinsichtlich des Beginnes der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz die Bestimmung des § 11 Abs. 5 entsprechend.

Dienstgeber

§ 35. (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt 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. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

(2) (...)

Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

(5) Die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, BGBl. Nr. 609/1977 idgF

§ 1. (1) Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind

- a) Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind,
- b)

soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.

3.5. Zu A) Abweisung der Beschwerde:

3.5.1. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seiner Judikatur zur Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits aus, dass es darauf ankommt, 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. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt (VwGH vom 14.02.2013, Zl. 2011/08/0391).

Ein Werkvertrag liegt somit lediglich vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln müsse. Die gegenständliche Tätigkeit - nämlich die Verrichtung "bloßer" Bauarbeiten - ist von vornherein nicht dazu geeignet, dieses zentrale Kriterium zu erfüllen. Die Vorgabe der vermeintlich selbständigen Tätigkeiten wird als bloßes Scheinkonstrukt beurteilt und erfüllt somit nicht die Voraussetzungen für eine "Werkvertragskette". Worin ein von den genannten Personen zu erbringendes Werk bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist die Verrichtung von Bauarbeiten nicht als Werk im Sinne einer geschlossenen Einheit, sondern als Bemühen im Sinn einer Dienstleistung zu verstehen. Selbst wenn, wie im vorliegenden Fall eine Gewerbeberechtigung der Genannten gegeben ist, so ist darauf hinzuweisen, dass dies

nicht entscheidungserheblich ist, da daraus nicht ableitbar ist, ob dieser im konkreten Fall in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig wurde oder nicht (vgl. VwGH vom 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129, mwN).

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

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weit gehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist.

Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, 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 (vgl. hierzu VwGH vom 16. Mai 2001, Zl. 96/08/0200).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem oben zitierten Erkenntnis vom 16.05.2001, Zl. 96/08/0200, ausgesprochen, dass dann, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überwinden kann, es ebenso an der persönlichen Arbeitspflicht fehlt wie in dem Fall, in dem von vornherein die Leistungserbringung zur Gänze durch Dritte erfolgen darf. In beiden Fällen ist aber Voraussetzung für die rechtliche Ausschlusswirkung einer solchen Befugnis in Bezug auf die Annahme des Vorliegens der persönlichen Abhängigkeit, dass eine generelle, dh. nicht auf bestimmte Arbeiten, wie z.B. Schwerarbeiten oder Ereignisse, wie Krankheit oder Urlaub beschränkte, Befugnis vorliegt.

Wenn in der Beschwerde ausgeführt wird, dass die Genannten nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet waren und sich jederzeit beliebig vertreten habe lassen können, so kann diesem Vorbringen nicht gefolgt werden. In der Praxis als auch in den "Werkverträgen" ist davon nichts ersichtlich.

Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dass die genannten Personen weder hinsichtlich der Arbeitszeit noch des Arbeitsortes in das Unternehmen eingegliedert waren, noch Weisungen unterlegen seien und auch nicht kontrolliert wurden, kann ebenso wenig gefolgt werden. So wurde von T.T. in der Niederschrift vom 12.05.2009 erklärt, dass sie eine tägliche Arbeitszeit von 10 Stunden mit einem Stundensatz von €

10,00 Euro hätten. Der Arbeitsort wäre durch die jeweilige Baustelle vorgegeben. Auch wäre vorgegeben, was ihre konkreten Arbeiten umfasse. Der BF würde ihre Arbeiten kontrollieren.

Insoweit waren die Genannten hinsichtlich der Arbeitszeit an die Weisungen des Beschwerdeführers gebunden. Die Genannten konnten ihre Arbeitszeit - insbesondere die Zeitpunkte konkreter Lieferungen - somit nicht selbst festlegen, sondern waren diese von den betrieblichen Erfordernissen des Beschwerdeführers abhängig. Auch hinsichtlich des Standortes waren sie an die Baustellen des Beschwerdeführers gebunden. Die genannten Personen konnten nicht selbstbestimmt agieren und waren der Kontrolle und den Weisungen des Beschwerdeführers ausgesetzt. Wobei das Fehlen mehr oder weniger laufender konkreter Weisungen über das Arbeitsverfahren ohnehin bedeutungslos seien, wenn die arbeitende Person über eigene fachliche Entscheidungsspielräume bzw. eigene fachliche Fähigkeiten - wie etwa gerade bei der Verrichtung von Tätigkeiten auf der Baustelle - verfügt. Auch würde eine bloß stille Autorität, letztendlich also die bloße Möglichkeit der Ausübung eines vorhandenen Weisungs- und Kontrollrechts durch den BF ausreichen. Ob dieser tatsächlich Gebrauch davon macht sei irrelevant. Es schade daher im ggstl. Fall nicht, wenn der BF aufgrund mehrerer paralleler Baustellen seine Weisungs- und Kontrolltätigkeit nicht gleichzeitig ausüben könne. Hinzu kommt, dass bei einfachen (neben fachlichen) manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, 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 kann (vgl. VwGH vom 26.01.2010, Zl. 2009/08/0269 und 10.09.2014, Zl. Ro 2014/08/0069). Die von den Personen zu verrichteten Tätigkeiten, nämlich auch einfache Bauarbeiten, sind als solche einfachen manuellen Tätigkeiten zu qualifizieren, zumal diese Tätigkeiten in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlaubt haben. Aus den festgestellten Beschäftigungsmerkmalen - insbesondere dem Ausschluss der generellen Vertretungsbefugnis, der Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung, der Integration in den Betrieb des Beschwerdeführers und der grundsätzlichen Weisungs- und Kontrollunterworfenheit, - ist das Vorliegen einer durchgehenden Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit abzuleiten.

Zudem ist, da dies in der Beschwerde übersehen wird, darauf hinzuweisen, dass für ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG schon das Überwiegen der Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit genügt und daher das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmal des persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit noch keinen zwingenden Schluss darauf zulässt, dass die zu beurteilende Tätigkeit der Pflichtversicherung nicht unterliegt. Es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall angegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit der Beschäftigten durch ihre Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist. (vgl. VwGH vom 20.02.1992, Zl. 89/08/0238 und vom 24.03.1992, Zl. 91/08/0117). Da im gegenständlichen Fall die Arbeitserbringung an den Bedürfnissen des Beschwerdeführers orientiert war, spricht dies unter dem Gesichtspunkt des Überwiegens der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit. Die Merkmale für das Bestehen persönlicher Abhängigkeit sind im gegenständlichen Fall somit als gegeben anzusehen. Soweit in der Beschwerde ein unternehmerisches Risiko vorgebracht wird, ist abschließend jedoch darauf hinzuweisen, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung 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, bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit ist. Eine Überprüfung der Dienstnehmereigenschaft gemäß § 4 Abs. 4 ASVG erübrigt sich, da ein "echtes" Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG bejaht worden ist.

In einer Gesamtschau des vorliegenden Falles ist somit von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber Merkmalen selbständiger Ausübung der Tätigkeit auszugehen.

Soweit der BF bemängelt, dass nicht ausreichend geklärt worden wäre, ob die einvernommenen T.T. und B.M. ausreichend der deutschen Sprache mächtig gewesen wären und die an sie gerichteten Fragen verstanden hätten, ist darauf zu verweisen, dass diese in der Niederschrift vom 10.05.2006 mit ihrer Unterschrift bestätigten, dass ihnen die Niederschrift vorgelesen und von ihnen verstanden wurde. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes ist daher an dieser Bekundung nicht zu zweifeln. Wenn weiters die Vorlage des Einvernahmeprotokolls bemängelt wird, ist darauf hinzuweisen, dass dem BF der Inhalt der Aussagen seit längerem bekannt sein muss, hätte er doch ohne dessen Kenntnis nicht die Beschwerdevorbringen zur genannten Niederschrift wiederholt vorgetragen. In diesem Zusammenhang darf auch auf die Schlussbesprechung zur GPLA-Prüfung vom 29.07.2009 hingewiesen werden.

Die Beschwerde vermag somit eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun und es war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Die gegenständliche Entscheidung orientiert sich an in Pkt. 3.5. wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Vgl insbesondere VwGH, 26.01.2010, Zl. 2009/08/0269, und die jüngste Entscheidung vom 10.09.2014, Zl. Ro 2014/08/0069, des Verwaltungsgerichtshofes betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG) und weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung; sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen nicht vor. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Absehen von einer Beschwerdeverhandlung:

Gemäß § 24 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht hat auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß Abs 3 hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden. Gemäß Abs 4 kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen. Gemäß Abs 5 kann das Verwaltungsgericht von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

Der für diesen Fall maßgebliche Sachverhalt konnte als durch die Aktenlage hinreichend geklärt erachtet werden. In der Beschwerde wurden keine noch zu klärenden Tatsachenfragen in konkreter und substantiiertes Weise aufgeworfen und war gegenständlich auch keine komplexe Rechtsfrage zu lösen (VwGH 31.07.2007, GZ 2005/05/0080). Dem Absehen von der Verhandlung stehen hier auch Art 6 Abs 1 EMRK und Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht entgegen.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2016:L513.2004814.1.00