

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

27.01.2017

Geschäftszahl

L501 2135858-1

Spruch

L501 2135858-1/17E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Irene ALTENDORFER als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 20.12.2013, GZ. 046-113(2)-106/13, zu DG-Kontonummer XXXX wegen Vorschreibung eines Beitragszuschlages nach § 113 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) in der Höhe von € 1.300,00 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes iVm § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse (in der Folge belangte Behörde) vom 20.12.2013 wurde der beschwerdeführenden Partei (in der Folge bP) gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG ein Beitragszuschlag in der Höhe von € 1.300,- vorgeschrieben, da anlässlich einer Kontrolle durch Prüforgane der Abgabenbehörden des Bundes am 30.10.2013 festgestellt worden ist, dass sie hinsichtlich der Beschäftigung von Herrn XXXX (in der Folge Herr MB T.), geboren am XXXX, gegen die Meldepflicht iSd § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen hat.

Dem Bescheid vorangegangen war eine Anzeige der Finanzpolizei vom 10.12.2013, wonach der rumänische Staatsangehörige MB T. sowie Herr XXXX (in der Folge Herr MB S.) im Rahmen einer Kontrolle am 30.10.2013 im Hotel XXXX (neue Bezeichnung XXXX; in der Folge Hotel R.) in 5020 Salzburg in der Hotelküche, und zwar im Bereich der Abwäsche, arbeitend angetroffen worden seien.

In seiner niederschriftlichen Einvernahme habe der rumänische Staatsangehörige unter Beiziehung einer Dolmetscherin angegeben, dass seine Firma XXXX (in der Folge Firma XXXX) mit Sitz in XXXX, seit sechs Monaten einen Vertrag mit der bP über die Reinigung der Küche und den Abwasch im Hotel R. habe. Seit drei Wochen arbeite er im Hotel R. selbst als Firma XXXX. Andere Auftraggeber als die bP habe er in Österreich nicht. Die Abrechnung erfolge monatlich, es werde ein Betrag in Höhe von € 1.000,- bar von der bP ausbezahlt. Es würden keine Rechnungen gestellt werden. Die Arbeitskleidung sei von ihm und es werde bei Krankheit Ersatz von der Firma XXXX geschickt. Er arbeite sechs Tage in der Woche, acht Stunden täglich. Die Zeiteinteilung treffe die bP, sie sage ihr, wann sie frei haben könne. Angesprochen auf den vorgelegten Vertrag

mit der bP, habe der rumänische Staatsangehörige erklärt, dass er diesen nicht unterschrieben habe. Die Unterschrift sei vom großen Chef, er sei hier nur der Kleine. Auch verstehe er nicht, was in diesem Vertrag steht, er könne kein Deutsch lesen, habe jedoch eine Übersetzung. Nach Wahrheitserinnerung habe er bekräftigt, dass er nicht wisse, was in diesem Vertrag steht. Der zwischen der bP und der Firma XXXX geschlossene Arbeitsvertrag weise das Datum " XXXX , 01.09.2011" auf. Herr MB T. sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht Geschäftsführer der Firma XXXX gewesen. Der Vertrag enthalte keine zusätzlichen Vereinbarungen bezüglich Abrechnung, weshalb davon ausgegangen werden müsse, dass es sich bei den € 1000,-- monatlich um Lohn handelt. Bei einer Arbeitsleistung von 192 Stunden im Monat wäre dies ein Nettostundenlohn von € 5,21 für einen Geschäftsführer.

Gegen diesen Bescheid erhob die bP innerhalb offener Frist Beschwerde. Sie brachte vor, dass der rumänische Staatsangehörige Arbeitnehmer der Firma XXXX sei, welche für sie als Subunternehmerin tätig sei. Der Beschwerde angeschlossen waren in Kopie ein Firmenbuchauszug, eine Arbeitsvereinbarung/ein Arbeitsvertrag über Reinigungsarbeiten sowie eine Rechnung. Mit Schreiben vom 17.03.2014 legte die belangte Behörde unter einem die gegenständliche Beschwerde als auch die Beschwerde gegen den Bescheid vom 20.12.2013, GZ. 046-113(2)-107/13, betreffend Verhängung eines Beitragszuschlages infolge Betretung des gleichfalls im Rahmen der Kontrolle am 30.10.2013 im Hotel R. angetroffenen MB S. (hg. unter GZ. L 501 2135859-1 geführt) dem Bundesverwaltungsgericht vor. Die gemeinsame Vorlage wurde mit den weitgehend identen Sachverhalten – beide Betretenen sind jeweils Geschäftsführer eines ‚Subunternehmens‘ der bP - begründet.

I.2. Mit Erkenntnis vom 16.04.2015, GZ. LVwG-300266/15/Py/SH, gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einer Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft XXXX vom 31.01.2014 wegen Übertretung nach § 33 Abs. 1 und 1a iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG aufgrund der Beschäftigung des rumänischen Staatsangehörigen MB T. teilweise Folge und setzte die verhängte Geldstrafe bzw. die Ersatzfreiheitsstrafe herab. Im Übrigen bestätigte das Landesverwaltungsgericht aber das angefochtene Erkenntnis und kam im Rahmen einer ausführlichen Begründung zum Ergebnis, dass der rumänische Staatsangehörige MB T. zur bP in einem Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG gestanden hat. Zur Herabsetzung der Strafhöhe führte es an, dass die nunmehr verhängte Strafe sowohl als spezialals auch als generalpräventiven Gründen gerechtfertigt und geeignet sei, der bP den Unrechtsgehalt ihrer Tat vor Augen zu führen und sie künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts lag derselbe Sachverhalt zu Grunde und erging sie nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13.03.2015, in welcher die bP sowie die Kontrollorgane Organe einvernommen wurden.

I.3. Auf Anfrage des Bundesverwaltungsgerichts übermittelte das Landesverwaltungsgericht das Tonbandprotokoll zu LVwG-300266 und teilte mit, dass gegen das oben angeführte Straferkenntnis keine Revision erhoben worden sei. Das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts vom 16.04.2015 und das Tonbandprotokoll wurden der bP mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.11.2016 zur Kenntnis gebracht und ihr die Möglichkeit eingeräumt, sich hierzu zu äußern. In ihrer fristgerecht eingelangten Stellungnahme vom 28.11.2016 wiederholte die bP ihr Beschwerdevorbringen, wonach sie einen Arbeitsvertrag mit der Firma XXXX habe, bei der der rumänische Staatsangehörige MB T. beschäftigt sei. Ihrem Auftrag, die Reinigung im Hotel R. durchzuführen, sei sie unter Zuhilfenahme von Subfirmen – wie der Firma XXXX - nachgekommen. Da die bP mit ihrer Firmenaufschrift versehene T-Shirts, Kappen, Feuerzeuge und Kugelschreiber als Werbung verteile, sei nicht auszuschließen, dass auch Mitarbeiter von Subfirmen über diese Artikel verfügten. Die Subfirmen hätten ihre Leistungen ordnungsgemäß in Rechnung gestellt und sei es in ihrer Branche üblich, Aufträge an Subfirmen zu vergeben. In ihrer Äußerung nahm die bP zu beiden Verfahren (L501 2135859-1 und L501 2135858-1) unter einem Stellung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Herr XXXX ist seit 18.12.2013 vertretungsbefugter Prokurist der im Firmenbuch unter der FN XXXX mit dem Geschäftszweig Gebäudereinigung und Hausbetreuung eingetragenen bP mit Sitz in XXXX ; zuvor hatte er die Position des Geschäftsführers inne. Frau XXXX (in der Folge Frau B.) ist seit 25.07.2012 bis laufend bei der bP als geringfügig beschäftigte Arbeiterin zur Sozialversicherung gemeldet, sie war zu keiner Zeit bei der Firma XXXX (in der Folge Firma RB) gemeldet.

Für einen vom Hotel R. in 5020 Salzburg übernommenen Auftrag zur Küchenreinigung, Abwäsche sowie Zimmerreinigung benötigte die bP - je nach Saison - zwischen 8 und 14 Personen. Davon waren 5 bis 6 bei der bP zur Sozialversicherung angemeldete Personen, das zusätzlich benötigte Personal ‚holte‘ sich die bP von anderen Firmen, unter anderem von der Firma XXXX (in der Folge Firma RB), die ebenfalls ihren Sitz in der

Gemeinde XXXX hatte. Geschäftsführer dieser Firma war der gleichfalls am 30.10.2013 im Hotel R. betretene Herr MB S.

Des Weiteren ‚holte‘ sich die bP das für diesen Auftrag benötigte Personal von der Firma XXXX mit Sitz in XXXX . Sie schloss – wie auch mit der Firma RB - mit der Firma XXXX nachstehende Arbeitsvereinbarung/Arbeitsvertrag über Reinigungsarbeiten, wobei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Herr MB T. noch nicht als Geschäftsführer fungierte:

"Die Firma RB-System GmbH Gebäudereinigung erklärt sich bereit, ab 01.06.2013 für die bP diverse Reinigungsarbeiten per Abruf zu erbringen und dafür qualifiziertes Reinigungspersonal zur Verfügung zu stellen. Sie haftet für eventuelle Schäden, die im Rahmen der Arbeiten durch Ihre Mitarbeiter verursacht werden. Seitens der Firma RB wird für den Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung Sorge getragen. Ebenfalls hat die Firma RB Sorge zu tragen sämtliche Mitarbeiter regulär bei der Sozialversicherungsstelle anzumelden und bei Verlangen durch die Firma XXXX nachzuweisen. [] Die Abrechnung erfolgt in der Regel monatlich im Nachhinein zu einem vorher vereinbarten Pauschalpreis, sei es auf Regiebasis laut tatsächlich geleisteten Stunden oder in Form von einer monatlichen Pauschale. Diese Vereinbarungen werden zusätzlich in schriftlicher Form festgehalten. Bei der Abrechnung ist für jede durchgeführte Arbeitsleistung ein unterschriebener Leistungsschein über die ordnungsgemäße Durchführung der Reinigungsarbeiten beizubringen."

Die tatsächliche Abwicklung zwischen der bP und der Firma XXXX , deren einzige Vertragspartnerin in Österreich die bP war, erfolgte derart, dass die bP die Anzahl der benötigten Personen (z.B. zwei Abwäscher und zwei Zimmermädchen) sowie den Tag des Arbeitsbeginnes bekanntgab. Die jeweiligen Personen wurden von Frau B., einer Mitarbeiterin der bP, zu den Reinigungsobjekten, in denen sie benötigt wurden, gebracht. Dort wurden sie von einem Vorarbeiter der bP übernommen und wurde ihnen vor Ort gezeigt, in welchem Gebäudeteil sie welche Tätigkeiten zu verrichten haben. Eigenes Reinigungsmaterial und Werkzeug mussten sie nicht mitbringen, es wurde von der bP zur Verfügung gestellt. Die Entlohnung erfolgt in der Regel nach geleisteten Arbeitsstunden, nach Arbeitsanfall werden auch Pauschalentgelte vereinbart.

Anlässlich einer Kontrolle durch Beamte der Finanzpolizei am 30.10.2013 im Hotel R. wurde der rumänische Staatsangehörige MB T., geboren XXXX , bei Reinigungsarbeiten in der Küche des Hotels R. angetroffen. Am 13.03.2013 wurde Herr MB T. als Geschäftsführer der Firma XXXX im Handelsregister beim Amtsgericht XXXX eingetragen. Eine Verständigung mit ihm auf Deutsch war bei der Kontrolle nicht ausreichend möglich, sodass die Kontrollbeamten zu seiner Befragung eine Dolmetscherin beizogen.

Zum Kontrollzeitpunkt führte Herr MB T. seit drei Wochen persönlich für die bP im Hotel R. Reinigungsarbeiten in der Küche durch, und zwar arbeitete er sechs Tage die Woche, 8 Stunden täglich. Er erhielt hierfür von der bP monatlich 1.000,- Euro bar, eine Rechnung stellte er dafür keine aus. Grundsätzlich unterschied sich die von Herrn MB T. durchgeführte Tätigkeit nicht von den Reinigungsarbeiten, die die bP mit von ihr zur Sozialversicherung gemeldetem Personal im Hotel durchführte. In Österreich hatte er außer der bP keine Auftraggeber. Die Arbeitskleidung stammte von ihm. Die bP sagte ihm, wann er freihaben kann. Herr MB T. wusste zum Kontrollzeitpunkt nicht, was in dem mit der bP abgeschlossenen Arbeitsvertrag steht.

Herr MB S. trug ein T-Shirt mit der Aufschrift der bP. Er schien im Firmenbuch seit 14.05.2013 als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma RB auf, eine Verständigung mit ihm auf Deutsch war bei der Kontrolle nicht ausreichend möglich. Die Kontrollbeamten zogen zu seiner Befragung daher eine Dolmetscherin bei. Der rumänische Staatsangehörige führte für die bP seit Juni 2013 zwei bis drei Tage die Woche, bei starkem Arbeitsanfall aber auch sechs Tage die Woche, täglich acht Stunden, Reinigungsarbeiten in der Hotelküche durch. Den vereinbarten Stundenlohn von € 20 – 25 stellte Herr MB S. der bP jeweils am Monatsende in Rechnung, wobei er von Frau B. unterstützt wurde. Verhinderungen teilte er der bei der bP zur Sozialversicherung angemeldeten Frau B. mit, die sodann jemand anderen aus der Firma RB schickte. Die erforderlichen Reinigungsgeräte wurden von der bP zur Verfügung gestellt, die Firma RB verfügte über keine eigenen. Grundsätzlich unterschied sich die von Herrn MB S. durchgeführte Tätigkeit nicht von den Reinigungsarbeiten, die die bP mit von ihr zur Sozialversicherung gemeldetem Personal im Hotel durchführte. Die bP war die einzige Vertragspartnerin der Firma RB.

Zum Kontrollzeitpunkt waren sowohl der rumänische Staatsangehörige MB T. als auch Herr MB S. nicht als Dienstnehmer der bP zur Sozialversicherung gemeldet.

Mit Erkenntnis vom 16.04.2015, GZ. LVwG-300266/15/Py/SH, wies das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft XXXX vom 31.01.2014 wegen Übertretung nach § 33 Abs. 1 und 1a iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG dem Grunde nach ab. Es kam in seiner

Entscheidung zum Ergebnis, dass der rumänische Staatsangehörige MB T. in einem Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG zur bP gestanden hat.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Verfahrensakt der belangten Behörde und des Bundesverwaltungsgerichts samt Bezugsakt (L 501 2135859-1), beinhaltend insbesondere das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts vom 16.04.2015, GZ. LVwG-300266/15/Py/SH, sowie das Tonbandprotokoll zu LVwG-300266. Der dem Straferkenntnis sowie dem Tonbandprotokoll zu Grunde liegende Sachverhalt ist derselbe wie der verfahrensgegenständliche, nämlich die Beschäftigung und Betretung des rumänischen Staatsangehörigen MB T. im Hotel R., dessen diesbezügliche niederschriftliche Einvernahme durch die Kontrollorgane sowie die Rechtfertigung der bP.

Unbestritten ist die Betretung des rumänischen Staatsangehörigen Herrn MB T. sowie des Herrn MB S. im Küchenbereich des Hotels R. im Zuge einer Kontrolle durch Organe der Finanzbehörde sowie deren fehlende sozialversicherungsrechtliche Anmeldung als Dienstnehmer der bP. Das Tonbandprotokoll von der am 13.03.2015 stattgefundenen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sowie das Straferkenntnis wurden der bP im Hinblick auf die darin enthaltenen Aussagen zur Stellungnahme übermittelt. In der Äußerung vom 28.11.2016 wiederholte der Vertreter (XXXX) der bP jedoch im Wesentlichen nur sein Beschwerdevorbringen, wonach sowohl Herr MB T. als auch Herr MB S. Beschäftigte eines Subunternehmens seien, ohne jedoch ein weitergehendes substantiiertes Vorbringen zu erstatten bzw. die grundlegenden Feststellungen zu bestreiten. Die überdies gebotene Erklärung, es handle sich bei dem von Herrn MB S. getragenen T-Shirt mit dem Logo der bP um einen von ihr verteilten Werbeartikel, überzeugt nicht, zumal dies im eklatanten Widerspruch zur Aussage ihres Vertreters (XXXX) vor dem Landesverwaltungsgericht steht. In der mündlichen Verhandlung wurde noch erklärt, das T-Shirt stamme nicht von der bP, da sie so teure Arbeitskleidung nicht ausgabe. Herr MB S. habe sich diese selbst angefertigt, vielleicht um sich "einzuschleimen". Zum Vorbringen, seitens der Subunternehmen würden Rechnungen gestellt, ist anzumerken, dass der rumänische Staatsangehörige MB T. zum Zeitpunkt der Kontrolle kaum der deutschen Sprache mächtig war und sich seine (unter Beiziehung einer Dolmetscherin) im Rahmen der niederschriftlichen Vernehmung getätigte Aussage, er erhalte für die Reinigungstätigkeit pro Monat € 1.000,- bar auf die Hand schlüssig mit der gleichfalls von ihm erklärten fehlenden Rechnungserstellung in Verbindung setzen lässt. Betreffend Herrn MB S. ist zu betonen, dass er gleichfalls kaum der deutschen Sprache mächtig war und die von ihm im Rahmen der niederschriftlichen Vernehmung angegebene Rechnungserstellung nur in Zusammenarbeit mit der bei der bP angestellten Frau B. erfolgte. Laut SV-Abfrage war Frau B. im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nur bei der bP zur Sozialversicherung gemeldet.

Wenngleich für das Bundesverwaltungsgericht im gegenständlichen Beschwerdeverfahren keine Bindungswirkung an die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts im Verwaltungsstrafverfahren zur Feststellung des Bestehens eines Dienstverhältnisses besteht, so ist anzumerken, dass § 46 AVG hinsichtlich der Beweismittel bestimmt, dass als Beweismittel alles in Betracht kommt, was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist (Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel). Die Behörde [das Gericht] kann gemäß dem Grundsatz der arbiträren Ordnung daher alles als Beweismittel heranziehen, was nach logischen Grundsätzen Beweis zu liefern, dh einen Beitrag zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes zu leisten vermag (VwGH v. 28.01.1992, Zl. 91/04/0224).

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte gegenständlich beweiswürdigend wie folgt aus:

"Die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Rekrutierung von zusätzlichem Personal gehen aus den Ausführungen des Beschwerdeführers (Bf) (XXXX) in der mündlichen Verhandlung hervor (vgl. Bf, Tonbandprotokoll, S. 1 und 2: "Zum Beispiel läuft das so, dass wir sagen, wir haben einen Auftrag für das Hotel R., für einen Monat brauchen wir jeden Tag zwei Abwäscher und zwei Zimmermädchen. Wir geben bekannt, wann sie kommen müssen. Einer unserer Vorarbeiter nimmt die Leute, die dann geschickt werden, in Empfang und zeigt ihnen im Objekt, was sie zu tun haben."). Der Bf bestätigte auch, dass es sich um einfache manuelle Tätigkeiten handelt und sich ihre Tätigkeit nicht von der des Personals der bP unterscheidet (vgl. Bf, TBP S. 2 "Gefragt, wie sich die Tätigkeit dieser Leute von der Tätigkeit der bei mir angestellten Leute im Hotel unterscheidet gebe ich an, eigentlich: Reiniger ist Reiniger."). Weiters bestätigte er, dass sich deren Tätigkeit nicht von der des nunmehr verstärkt verwendeten Leasingpersonales unterscheidet (vgl. Bf, TBP S. 3 "Gefragt ob ich auch mit Leasingpersonal arbeite gebe ich an, dass ich das erst seit zirka einem Jahr mache, erforderlichenfalls. Der Ablauf mit diesem ist genau derselbe wie er es damals war, ich werde angeschrieben und kontaktiert und es wird mir angeboten, dass sie diverses Personal zur Verfügung stellen, z.B. Zimmermädchen, Abwäscher."). Des Weiteren bestätigte der Bf, dass es sich bei der Sekretärin Frau B. um eine Mitarbeiterin der bP handelt, die das Personal zu den jeweiligen Objekten bringt. Weniger glaubwürdig hingegen waren die Erklärungsversuche des Bf, weshalb Herr MB S. anlässlich der Kontrolle in einem T-Shirt mit der

Werbeaufschrift der bP angetroffen wurde (vgl. Bf, TBP S, 3 vielleicht wollte er sich dadurch bei mir einschleimen.").

Die übrigen Feststellungen, insbesondere auch hinsichtlich der Bereitstellung von Material und Werkzeug, gehen aus den schlüssigen und glaubwürdigen Angaben, die Herr MB S. gegenüber den Kontrollbeamten anlässlich seiner Befragung machte, sowie aus den Aussagen der Kontrollbeamten in der mündlichen Verhandlung hervor."

Dieser nachvollziehbaren, auf der Durchführung einer Beschwerdeverhandlung basierenden Beweiswürdigung schließt sich das Bundesverwaltungsgericht an.

3. Rechtliche Beurteilung:

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 und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. Gegenständlich liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, 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, [], 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)

II.3.1. Rechtsgrundlagen im ASVG

Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist, wer in einem Verhältnis 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. [...]

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

Die Vorschreibung von Beitragszuschlägen nach § 113 Abs. 1 Z 1 ASVG in der damals geltenden Fassung setzt voraus, dass eine Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde. Wenn bestritten wird, dass die zu beurteilende Tätigkeit eine im Sinne des § 33 Abs. 1 ASVG anzumeldende Pflichtversicherung begründet hat, so hat die Behörde - soweit über diese Frage nicht bereits eine bindende Entscheidung vorliegt - diesen Umstand als Vorfrage zu klären (vgl. VwGH 14.2.2013, 2010/08/0010).

Gemäß § 113 Abs. 2 ASVG in der damals geltenden Fassung setzt sich im Fall des Abs. 1 Z 1 der Beitragszuschlag nach einer unmittelbaren Betretung im Sinne des § 111a 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 500 € je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person; der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf 800 €. Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz bis auf 400 € herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.

II.3.2. Im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen ist im vorliegenden Verfahren vor der Entscheidung über die Vorschreibung des Beitragszuschlages die Vorfrage des Vorliegens einer gemäß § 33 ASVG meldepflichtigen Beschäftigung zu beurteilen.

Mit dieser Frage hat sich bereits das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in seinem Erkenntnis vom 16.04.2015, GZ. LVwG-300266/15/Py/SH, ausführlich wie folgt auseinandergesetzt:

"Der Bf bringt vor, Herr MB T. sei im Rahmen eines an die Firma BRS übergebenen Werkauftrages tätig geworden.

Herr MB T. wurde anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei bei Reinigungsarbeiten für das vom Bf vertretene Unternehmen angetroffen. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, das heißt arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (VwGH vom 23.04.2013, ZI. 98/08/0270). Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man Anderes ableiten könnte.

Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist (vgl. VwGH vom 10.12.1986, Slg Nr 12325/A).

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung 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 muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein ‚gewährleistungstauglicher‘ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. VwGH vom 23.05.2007, ZI. 2005/08/0003).

Schon deshalb, weil sich dem ‚Werkvertrag‘ nicht einmal entnehmen lässt, ob es sich überhaupt bei der behaupteten Vergabe um ein abgrenzbares, unterscheidbares, gewährleistungstaugliches Werk zu dem vom Bf vertretenen Unternehmen herzustellenden Werk handelt, und einfache Hilfsarbeiten durchzuführen waren, ist nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht vom Bestehen eines Werkvertrages auszugehen.

Ein Abhängigkeitsverhältnis ist anzunehmen, wo keine unternehmerische Eigeninitiative und kein unternehmerisches Erfolgsrisiko getragen werden. Dabei ist es unerheblich, ob die Tätigkeit im Rahmen eines "Betriebes" im gewerberechtlichen Sinn erbracht wird (VwGH vom 16.09.2010, ZI. 2007/09/0272). Auf das ‚Wollen‘ kommt es bei der Beurteilung einer Tätigkeit im Hinblick auf Selbst- oder Unselbstständigkeit nach dem ASVG nicht an, sondern auf den tatsächlich gelebten wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit. 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, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH vom 04.09.2013, ZI. 2012/08/0310). Bei einfachen manuellen Tätigkeiten, 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 Beschäftigten das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - vorausgesetzt werden (vgl. VwGH vom 15.05.2013, ZI. 2011/08/0130). Ergänzend wird zudem darauf hingewiesen, dass selbst die Innehabung eines Gewerbescheines bei einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nichts am Eintritt der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG ändert (vgl. VwGH vom 18.01.2012, ZI. 2009/08/0145). Im Erkenntnis vom 11. Juli 2012, ZI. 2012/08/0121, hat der Verwaltungsgerichtshof dazu ausgesprochen, dass die Innehabung von Gewerbescheinen für Tätigkeiten, die keine besondere Qualifikation erfordern und üblicherweise auch von abhängigen Beschäftigten erbracht werden, durch Personen, die ohne eigene wesentliche Betriebsmittel am Wirtschaftsleben teilnehmen und im Grunde nur über ihre eigene Arbeitskraft verfügen, einen verbreiteten Missbrauch der Gewerbeordnung darstellt, der einerseits der Verschleierung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse dient und andererseits oft Tätigkeiten betrifft, bei denen nicht auszuschließen ist, dass es sich um ‚gegen Stunden- oder Taglohn oder gegen Werkentgelt zu leistende Verrichtungen einfachster Art‘ handelt."

Der rechtlichen Beurteilung des Landesverwaltungsgerichts ist im Ergebnis zu folgen. Hervorzuheben ist insbesondere, dass die Rechtfertigung der bP, der rumänische Staatsangehörige MB T. sei Geschäftsführer eines Subunternehmens gewesen, unter dem Blickwinkel des § 539a ASVG zu sehen ist. So kommt es für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG im Sinne des § 539a ASVG nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit an. Auf diese Weise soll beispielsweise auch eine Umgehung der Versicherungspflicht durch Vortäuschen von Gesellschaftsverhältnissen verhindert werden (vgl. VwGH vom 24.11.2016, Ra 2016/08/0011 bis 0024-6 mwN).

Der rumänische Staatsangehörige wurde im Küchenbereich bei Reinigungstätigkeiten angetroffen, welche sich nicht von jenen unterscheiden, die die bP mit eigenem – zur Sozialversicherung angemeldeten - Personal im Hotel durchführte. Da es sich bei Reinigungsarbeiten um gattungsmäßig umschriebene Tätigkeiten handelt, bei denen ein dauerndes Bemühen um ein Reinigungsergebnis geschuldet wird, handelt es sich hierbei auch nicht um die Herstellung eines gewährleistungstauglichen Werkes. Im Hotel R. wurde Herr MB T. von einem Vorarbeiter der bP in Empfang genommen und wurde ihm gezeigt, was zu tun ist. Die Kontrolle erfolgte gemäß den Angaben von Herrn MB S. durch die bP bzw. durch die Küchenchefs. Herr MB T. stellte keine Rechnungen und erhielt seine Entlohnung bar auf die Hand. Die bP gab bekannt, wann Herr MB T. im Hotel zu erscheinen hatte. Im Hinblick auf das von Herrn MB T. absolvierte wöchentliche Arbeitspensum von 48 Stunden, genügt es zudem für die Bejahung einer persönlichen Abhängigkeit, wenn die übernommene Verpflichtung zu einer ihrer Art nach bestimmten Arbeitsleistung den Arbeitenden während dieser Zeit so in Anspruch nimmt, dass er über diese Zeit auf längere Zeit nicht frei verfügen kann und ihre Nichteinhaltung daher einen Vertragsbruch mit entsprechenden rechtlichen Konsequenzen darstellt (vgl. VwGH vom 20.02.1992, Zl. 89/08/0238). Gemäß dem sich präsentierten Gesamtbild der Verhältnisse ergibt sich sohin sogar eine Einbindung von Herrn MB T. in den Betrieb der bP bei Vorliegen einfacher manueller Tätigkeiten bzw. Hilfstätigkeiten.

Grundsätzlich ist aber auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach dann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen unter solchen Umständen arbeitend angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei Reinigungstätigkeiten der Fall ist), die Behörde berechtigt ist, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. VwGH vom 27.04.2011, 2010/08/0091, mwN). Solche atypische Umstände sind im Beschwerdefall nicht ersichtlich, zumal nicht hervorgekommen ist, dass der rumänische Staatsangehörige bzw. das Unternehmen, dessen Geschäftsführer er war, tatsächlich über eine eigene betriebliche Organisation oder über nennenswerte Betriebsmittel verfügt hätte, eigene unternehmerische Entscheidungen hätte treffen können oder in der Art selbständig am Markt auftretender Unternehmer seine Tätigkeiten erfolgreich hätte anbieten können. Die bP hat stets nur auf den Firmenbuchauszug verwiesen, es aber trotz Gelegenheit verabsäumt, diesbezüglich ein substantiiertes Vorbringen zu erstatten. Nach den im vorigen Absatz festgestellten Umständen der Arbeitserbringung, aber auch vor dem Hintergrund des vom Geschäftsführer MB T. absolvierten Arbeitspensums als Reinigungskraft von wöchentlich 48 h hätte es hierfür allerdings fundierte Darlegungen bedurft.

Es ist sohin unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehalts vom Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses des rumänischen Staatsangehörigen MB T. zur bP gemäß § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen. Die Auftragsvergabe an die Firma XXXX, als deren Geschäftsführer der rumänische Staatsangehörige fungierte, ist in diesem Sinne als Scheingeschäft zu qualifizieren. Es sollte die Versicherungspflicht des MB T. zur bP durch Vortäuschen von Gesellschaftsverhältnissen (Firma BRS) verhindert werden.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass das Eintreten der gesetzlichen Sozialversicherung auch nicht der vertraglichen Disposition unterliegt. Die gesetzliche Sozialversicherung tritt bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ein, auch unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung und vom Willen der Vertragsparteien bezüglich der Versicherungspflicht, den Parteien kommt keine isolierte Zugriffsmöglichkeit auf die Rechtsfolge Pflichtversicherung zu.

Auf Grund der getroffenen Feststellungen und einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Beurteilung ist jedenfalls davon auszugehen, dass der rumänische Staatsangehörige MB T. am Tag der Kontrolle von der bP in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ASVG beschäftigt wurde.

Die sich im Verfahren zur Vorschreibung eines Beitragszuschlages gemäß § 113 ASVG stellende Vorfrage des Vorliegens einer gemäß § 33 ASVG meldepflichtigen Beschäftigung ist daher zu bejahen.

II.3.3. Die bP hat es unterlassen, den rumänischen Staatsangehörigen gemäß § 33 ASVG vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und wurde dieser von der Finanzpolizei unmittelbar bei der Arbeit betreten. Sie hat daher gegen die ihr obliegenden sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten verstoßen und den Tatbestand des § 113 Abs. 1 Z 1 ASVG erfüllt.

Hinsichtlich der Höhe ist auszuführen, dass die Anmeldung zum Zeitpunkt der Kontrolle noch nicht nachgeholt worden war, weshalb die Folgen des Meldeverstoßes gemäß der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als unbedeutend anzusehen sind (vgl. VwGH vom 25.06.2013, ZI. 2011/08/0161).

Die Vorschreibung des gegenständlichen Beitragszuschlages erfolgte daher dem Grunde und der Höhe nach zu Recht.

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.

Wie sich aus der angeführten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ergibt, besteht sowohl zur Qualifizierung der Beschäftigung als meldepflichtig als auch zum Beitragszuschlag eine einheitliche Rechtsprechung und wird hiervon in der vorliegenden Entscheidung auch nicht abgewichen.

Absehen von einer Beschwerdeverhandlung:

Gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG kann eine Verhandlung entfallen, wenn der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist, oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteienantrags 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, [EMRK] noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 [GRC] entgegenstehen.

Die Zulässigkeit des Unterbleibens einer mündlichen Verhandlung ist am Maßstab des Art 6 EMRK zu beurteilen. Dessen Garantien werden zum Teil absolut gewährleistet, zum Teil stehen sie unter einem ausdrücklichen (so etwa zur Öffentlichkeit einer Verhandlung) oder einem ungeschriebenen Vorbehalt verhältnismäßiger Beschränkungen (wie etwa das Recht auf Zugang zu Gericht). Dem entspricht es, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung für gerechtfertigt ansieht, etwa wenn der Fall auf der Grundlage der Akten und der schriftlichen Stellungnahmen der Parteien angemessen entschieden werden kann (vgl. EGMR 12.11.2002, Döry / S, RN 37). Der Verfassungsgerichtshof hat im Hinblick auf Art 6 EMRK für Art 47 GRC festgestellt, dass eine mündliche Verhandlung vor dem Asylgerichtshof im Hinblick auf die Mitwirkungsmöglichkeiten der Parteien im vorangegangenen Verwaltungsverfahren regelmäßig dann unterbleiben könne, wenn durch das Vorbringen vor der Gerichtsinstanz erkennbar werde, dass die Durchführung einer Verhandlung eine weitere Klärung der Entscheidungsgrundlagen nicht erwarten lasse (vgl. VfGH 21.02.2014, B1446/2012; 27.06.2013, B823/2012; 14.03.2012, U466/11; VwGH 24.01.2013, 2012/21/0224; 23.01.2013, 2010/15/0196).

Im gegenständlichen Fall ergibt sich aus der Aktenlage, dass von einer mündlichen Erörterung keine weitere Klärung des Sachverhalts zu erwarten ist. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt steht aufgrund der

Aktenlage in Verbindung mit einer ergänzenden Beweisaufnahme durch das BVwG in Form der Gewährung von Parteiengehör fest.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2017:L501.2135858.1.00