

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

18.02.2009

Geschäftszahl

2007/08/0041

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Moritz und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde des Ing. H in Wien, vertreten durch Lambert Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 22. Dezember 2006, Zlen. UVS-06/09/8261/2005-6 und UVS- 06/09/8262/2005, betreffend Übertretung des § 111 ASVG, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Im Akt befinden sich zwei sogenannte "Auftragsschreiben" vom 20. August 2004, jeweils im Wesentlichen gleichlautend, unterfertigt von der T. GmbH (als Auftraggeber) sowie von J.L. bzw. von M.L. (als Auftragnehmer). Auszugsweise lauten diese Schreiben wie folgt:

"AUFTRAGSSCHREIBEN

für das Projekt

CF 04253 - PANORAMAHAUS D

Wir übertragen Ihnen den Auftrag zur

Montage von Sprinkleranlageteilen**1 Leistungsumfang**

Montage von Sprinkleranlageteilen im Bereich Panoramahaus D inkl. der erforderlichen Anpassarbeiten und Errichtung von Zwischenstücken. Der angeführte Preis versteht sich als Festpreis bis Bauende für das o.a. BV und beinhaltet sämtliche Aufwendungen für die Errichtung des beauftragten Anlagenteiles sowie alle Kosten und Nebenkosten, inklusive Kosten für Handwerkzeug.

h Teil- und Gesamtdruckproben nach Erfordernis, Abnahme durch Total Walther jeweils 15 bar für die Dauer von 24 Stunden)

h Bauunterbrechung im normalen Rahmen

h Bautagebuch täglich geführt - wöchentlich übergeben an Total Walther

h Einhaltung der Sicherheitsvorschriften und sämtlicher lokalen gesetzlichen und sonstigen Regelungen

h Meldepflicht (sofort) bei baulichen Änderungen

h Übernahme sowie Bestätigung von angeliefertem Material (wöchentliche Übergabe der Lieferscheine an Projektleitung Total Walther)

h Baustellenordnung ist zu beachten und einzuhalten

h Teilnahme bei Inbetriebnahme(n) der Anlage

h Mängelbehebung innerhalb von 5 Tagen

h Montage fachgerecht laut Plan und den einschlägigen

Vorschriften (TRVB 127)

- h Rechtzeitige Meldung bei drohender Montagehinderung
- h Ausbessern bzw. Ergänzung von Anstrich oder Beschichtung nach Erfordernis
- h Änderungen nach Notwendigkeit abweichend von der Planung nach Erfordernissen der baulichen Situationen
- h Anpassungsarbeiten am vorgefertigten Rohrnetz nach Erfordernis

2 Beistellungen von Total Walther

- h Gesamtes Material inkl. Befestigung, Mauerdurchführungen, Farbe und Nitroverdünnung
- h Bauwasser, Baustrom
- h Planunterlagen, Unterlagen und Skizzen
- h Container und sanitäre Einrichtungen
- h Werkzeugmaschinen, Hebezeuge
- h Rohranlieferung mit Autokran
- h Wöchentliche Vorgabe von Montageterminen

3 Preise

Anbot vom 16.8.2004 und Auftragsverhandlung am 20.8.2004 bei Total Walther

- 1) Montage von Sprinkleranlageteilen
- 2) Regiestundensatz EUR 15.--
- 3) Regiestunden werden ausschließlich nach vorheriger schriftlicher Beauftragung

durch Total Walther anerkannt

Alle Preise ohne Mehrwertsteuer.

Grundlage: ca. 240 Sprinkler

Pauschalpreis

6.700.-- Euro

4 Rechnungslegung/Zahlungsbedingungen

14-tägige Teilrechnungslegung nach Leistungsfortschritt.

Zahlung erfolgt ab Fälligkeit der ordnungsgemäß gelegten (Teil)Rechnung nach 14 Tagen Prüffrist sofort netto durch Banküberweisung auf das Konto

...

5. Vertragsgrundlagen:

- 5.1. Dieses Auftragsschreiben
- 5.2. Die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Subunternehmer (Fassung 2000)
- 5.3. Projektunterlagen von Total Walther und Anweisungen durch die Total Walther Projektleitung
- 5.4. Die Total Walther ISO- Vorgaben
- 5.5. Zeichnungen von Total Walther
- 5.6. Die einschlägigen technischen und rechtlichen ÖNORMEN, subsidiär die technischen DIN oder sonstige technische Vorschriften (z.B. ÖVE).
- 5.7. Es gelten sämtliche Vertragsbedingungen des AG von TW,

die den Leistungsteil und die Verpflichtungen des AN betreffen sowie die Baustellenordnung für Nachunternehmerleistungen vom AG von TW.

Ergänzende Leistungen oder Änderungen, die zu Preisveränderungen führen, bedürfen in jedem Fall der vorherigen schriftlichen Zustimmung des zuständigen Projektleiters. Sie sind rechtzeitig vorab schriftlich anzumelden. Eine nachträgliche Erhöhung des Auftragswertes für zwischenzeitlich zusätzlich erbrachte Leistungen oder Änderungen finden nicht statt.

Allfällige eigene Liefer- und Ausführungs- sowie Zahlungsbedingungen des AN gelten nicht. Durch die Annahme dieses Auftrages verzichten Sie auf die Geltendmachung allfälliger derartiger Bedingungen, selbst wenn diese auf uns zugegangenen Geschäftspapieren o.ä. abgedruckt sein sollten.

Im Fall von Widersprüchen gelten die oben angeführten Auftragsgrundlagen in der angeführten Reihenfolge.

Die allfällige Ungültigkeit einzelner Bedingungen berührt die Gültigkeit der übrigen Bedingungen des Vertrages nicht

6 Abwicklungsdetails

- 6.1. Die Übergabe der erbrachten Leistungen erfolgt in Form einer Abnahme durch die Projektleitung oder Montageleitung von

Total Walther

6.2. Bei Gefahr im Verzug hinsichtlich Termineinhaltung muss der Auftragnehmer den Projektleiter von Total Walther schriftlich unverzüglich und rechtzeitig zu informieren.

6.3. Bei Anzeichen von Terminüberschreitung kann ohne Setzung eines Nachtermines eine Ersatzvornahme durchgeführt werden

6.4. Führen des Bautagebuches ist Pflicht des Auftragnehmers.

6.5. Montageunterbrechungen sind vom Auftragnehmer einzukalkulieren.

6.6. Die ordnungsgemäße und unverzügliche Entsorgung aller im Zusammenhang mit dem Auftrag stehenden Abfälle, Verpackungsmaterialien und Rückstände (zB auch Schmiermittel) ist gemäß den Anweisungen der Montageleitung durchzuführen. Der Auftragnehmer hält den Auftraggeber diesbezüglich völlig schad- und klaglos. Solange diese Entsorgung nicht erfolgt ist, wird der Werklohn jedenfalls nicht fällig (gilt auch für Teilrechnungen)

6.7. Sofern Ausweistragepflicht auf der Baustelle besteht,

hat der AN dieser Folge zu leisten und allfällige Kosten für die Ausweiserstellung und/oder den Ausweisersatz bei Verlust oder Zerstörung zu übernehmen.

6.8. Die Druckproben sind jeweils über 24 Stunden mit einem Druck von 15 bar durchzuführen. Der AN erstellt Druckprobenprotokolle, die vom der örtlichen Bauaufsicht/Projektleitung und der Projektleitung von TW abgezeichnet werden.

6.9. Teil-Druckproben nach Bedarf und Gesamt-Druckproben nach Bedarf sind in der Pauschale enthalten.

6.10. Der Auftragnehmer haftet und garantiert für die Einhaltung aller Arbeitnehmer-Schutzvorschriften. Für alle Schäden, die durch Verletzung dieser Bestimmung entstehen, hält der Auftragnehmer den Auftraggeber vollinhaltlich schad- und klaglos.

6.11. Ev. Überstundenzuschläge werden von Total Walther nur dann bezahlt, wenn diese von Total Walther vor Anfall der Überstunden ausdrücklich schriftlich bestellt werden.

6.12. Bei Mängeln muss der Auftragnehmer diese umgehend korrigieren, Mängelrügen und Mängelerledigungen bedürfen der Schriftform.

6.13. Der Auftragnehmer verpflichtet sich eine ausreichende Haftpflichtversicherung abzuschließen (Kopie der Polizze zum Retourschreiben beilegen) und während der gesamten Ausführungsdauer aufrecht zu erhalten.

6.14. Geheimhaltung: Sie sind - auch nach Beendigung der Geschäftsbeziehung - verpflichtet, unsere Anfragen und Bestellungen und alle damit zusammenhängenden Unterlagen, Arbeiten, Tatsachen und Umstände streng vertraulich zu behandeln und werden Ihre Zulieferanten entsprechend verpflichten.

6.15. Ihre Partner für dieses Bauvorhaben sind Herr Lieb (Projektleiter) und Herr Moschtegl.

7 Termine

Montagebeginn: 23.8.2004

Zwischentermine: lt. Montageterminplan (Alle

Termine auch Zwischentermine sind pönalisiert). Die

Zwischentermine werden von der TW Projektleitung bekannt gegeben.

Endtermin 23.11.2004

8 Pönale

1% pro Arbeitstag, max. 10% der Auftragssumme

9 Bauschäden

Direkt dem AN zuordbare Bauschäden werden an den AN in Rechnung gestellt und von der Schluß- oder Teilrechnung in Abzug gebracht.

10 Gewährleistung

Die Gewährleistungszeit wird mit 3 Jahren und drei Monaten nach Bauherren-Abnahme festgelegt.

11 Schlussbestimmungen

...

11.2. Dem Auftragnehmer ist es nicht gestattet, während

der Laufzeit des Projektes und der daran anschließenden Gewährleistungszeit hinsichtlich des vertragsgegenständlichen Bauwerkes/Projektes in direkte Geschäftsbeziehungen mit dem Bauherrn, Gernalunternehmer oder anderen involvierten Firmen zu treten oder derartige Geschäftsbeziehungen zu anderen Unternehmen (insbesondere solchen, an denen er selbst direkt oder indirekt beteiligt ist) anzubahnen oder zu fördern. Für jeden Fall der Verletzung dieser Bestimmung gilt eine verschuldensunabhängige, nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende, Vertragsstrafe in Höhe von 50% des Gesamtauftragswertes als vereinbart.

11.3. Von dieser Auftragsbestätigung abweichende Zusagen,

Bestellungen etc. unserer Mitarbeiter sind nur dann verbindlich, wenn sie von uns unverzüglich schriftlich firmenmäßig gefertigt, bestätigt werden.

11.6. Der AN legt dem Auftragsschreiben eine Kopie seiner Urkunden und Versicherungsunterlagen bei zum Nachweis, dass er als Unternehmer tätig ist.

11.7. Der AN verantwortet damit voll seine Verpflichtung

sämtliche Steuern, Abgaben und Versicherungsbeiträge gemäß den geltenden gesetzlichen Regelungen zu leisten und garantiert dieses zu tun. Er hält den AG diesbezüglich jedenfalls schad- und klaglos."

Mit dem in Beschwerde gezogenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer als zur Vertretung nach außen Berufener der T. GmbH zweier Übertretungen des § 111 in Verbindung mit § 33 Abs. 1 ASVG sowie § 15 Abs. 1 der Satzung der Wiener Gebietskrankenkasse 2003 schuldig erkannt, weil er es zu verantworten habe, dass die T. GmbH als Dienstgeberin mit Sitz in Wien in der Zeit vom 23. August 2004 bis 28. Februar 2005 die auf der Baustelle beim Panoramahaus in D beschäftigten J.L. und M.L. nicht beim zuständigen Träger der Sozialversicherung angemeldet hat. Über den Beschwerdeführer wurden zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 1.190,--, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils einer Woche, einem Tag und zwölf Stunden, sowie Beiträge zu den Kosten des Strafverfahrens von jeweils EUR 119,-- verhängt.

In der Bescheidsbegründung wurde dargelegt, dass die Verwaltungsstrafverfahren auf einen Strafantrag der Finanzverwaltung vom 14. April 2005 zurückgingen. Demnach sei am 15. Februar 2005 eine Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz durchgeführt worden. Die belangte Behörde stellte fest, dass J.L. und M.L. im Zeitpunkt der Überprüfung durch das Zollamt bei Arbeiten an einer im Eigentum der T. GmbH befindlichen Gewindeschneidemaschine und im gesamten Tatzeitraum bei diesem Unternehmen mit der Verlegung des Rohrnetzes samt Montage von Sprinklern für eine Brandschutzanlage beschäftigt gewesen seien. M.L. sei von Beruf Schlosser, J.L. Bäcker. Die gegenständliche Tätigkeit hätten sie in Kursen erlernt. M.L. und J.L. hätten kleines Werkzeug wie Rohrzangen, Schraubschlüssel, Hammer usw. selbst mitgebracht, großes Werkzeug wie eine Gewindeschneidemaschine, Leitern und das gesamte zu verarbeitende Material seien von der T. GmbH beigestellt worden. M.L. und J.L. hätten über in der Slowakei ausgestellte Gewerbescheine verfügt und seien dort auch sozialversichert gewesen. Bezahlt worden seien sie bei zweiwöchiger Abrechnung über Rechnungslegung nach Maßgabe der jeweils montierten Sprinkler. In den Rechnungen sei keine Umsatzsteuer ausgewiesen gewesen. J.L. und M.L. seien weder von anderen Personen bei ihrer Tätigkeit vertreten worden noch hätten sie ihrerseits Mitarbeiter beschäftigt. Ihre Arbeitszeit sei von Montag bis Samstag von 7.00 bis 18.00 Uhr gewesen. Die rechtliche Basis habe ein zwischen der T. GmbH und J.L. bzw. M.L. vereinbartes und unterfertigtes "Auftragsschreiben" gebildet. Die Rohrverlegung und Montage der Sprinkler sei zumindest teilweise von J.L. und M.L. gemeinsam durchgeführt worden. J.L. und M.L. seien bei der mündlichen Verhandlung vor der belangte Behörde bei ihren Aussagen sehr vorsichtig und zögerlich gewesen. Trotz intensiver Befragung sei nicht herauszubekommen gewesen, wie die Entlohnung im Verhältnis zum "Auftragsschreiben" nach Auffassung der beiden Zeugen abgewickelt worden sei. Schließlich sei es bezeichnend gewesen, dass M.L. gesagt habe "alles ist möglich, wenn man den Vertrag ändert", womit er unmissverständlich zu erkennen gegeben habe, dass er dem schriftlichen Vertragswerk nur sehr geringe Bedeutung zumesse. In der Frage der Vertretungsbefugnis werde weder den Zeugen J.L. und M.L. noch dem Beschwerdeführer gefolgt, und zwar deswegen nicht, weil J.L. und M.L. aufgrund ihrer erwiesenen Kompetenz und Erfahrung (Rechtfertigung vom 26. April 2005) zu den genannten Tätigkeiten herangezogen worden seien. Der seitens des Beschwerdeführers immer wieder hervorgehobene Sicherheitsaspekt lasse es als äußerst unglaublich erscheinen, dass J.L. und M.L. nach ihrem eigenen Ermessen andere Personen mit der Durchführung der ihnen anvertrauten Arbeiten ohne weiteres hätten einsetzen dürfen. Auch das vorgelegte Vertragswerk, das für sich genommen mehr den Charakter einer Dienstanweisung als eines Werkvertrages habe, gebe keinen Hinweis für eine generelle Vertretungsbefugnis, zumal in Punkt 6.15. ausdrücklich eine Geheimhaltungspflicht und in Punkt 11.2. ein weitreichendes Kontrahierungsverbot normiert seien. In der mündlichen Verhandlung hätten sich J.L. und M.L. sehr schwerfällig gegeben, auffallend rasch sei aber die Frage der Vertretungsbefugnis bejaht worden, sodass davon auszugehen sei, dass dieser Fragenkomplex erwartet worden sei. M.L. sei jedoch gleich danach unsicher geworden, als er angegeben habe: "Ich hätte Kollegen, die dasselbe gearbeitet haben, ich meine damit Firmen". Er habe demnach den Eindruck hinterlassen, als wäre ihm während seiner Antwort in den Sinn gekommen, dass das Wort "Kollegen" im Verfahrenszusammenhang unerwünscht und besser durch das Wort

"Firmen" zu korrigieren sei. Schließlich seien die Angaben zur Arbeitszeit, was den Samstag betreffe, unterschiedlich. Im Hinblick darauf, dass vom Berufungswerber vorgebracht worden sei, dass sogar an den Wochenenden gearbeitet worden sei, andererseits aber von einem Sonntagsarbeitsverbot die Rede gewesen sei, werde von einer Arbeitszeit von Montag bis Samstag ausgegangen. Wenn jemand unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies im gegenständlichen Fall gegeben sei), sei, falls das Abwiegen allfällig hervorkommender atypischer Umstände (dennoch) der Feststellung eines solchen Dienstverhältnisses nicht entgegenstehe, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen. Für das Vorbringen des Beschwerdeführers spreche die Vereinbarung des Entgeltes in Form einer Pauschalsumme, die Auftragsvergabe nach Stockwerken und die Abrechnung nach fertig montierten Sprinklern. Weiters spreche die Form der Mängelgestion für den Beschwerdeführer, ebenso, dass J.L. und M.L. die Arbeitseinteilung weitgehend selbst überlassen gewesen sei. Gegen das Vorbringen des Beschwerdeführers sprächen die Art der Tätigkeit, dass J.L. und M.L. nicht als Unternehmer aufgetreten seien, die Ausschließlichkeit, die fehlende Vertretungsbefugnis, die vertragliche Gestaltung, der Vergleich mit anderen Sub-Vergaben und die fehlende Umschreibung des Werkes. Die ausgeübte Tätigkeit komme einer Bauhilfsarbeit so nahe, dass in einer typisierenden Betrachtungsweise die Qualifikation als Arbeitsverhältnis und nicht als Werkvertragsverhältnis angebracht erscheine. In der mündlichen Verhandlung sei herausgekommen, dass J.L. und M.L. weder über eigene Lager, eigene Betriebsmittel oder einen Fuhrpark verfügten. Die von J.L. und M.L. mitgebrachten Werkzeuge entsprächen dem Besitzstand eines Heimwerkers. Der Beschwerdeführer habe angegeben, dass auch die Leitern von der T. GmbH bereit gestellt worden seien. Aus den Zeugen sei nicht herauszubekommen gewesen, wie ihrer Erinnerung nach die Verrechnung in bezug auf die "Auftragsschreiben", die montierten Sprinkler, die Stockwerke und ihr Zusammenarbeiten erfolgt sei. Von einem Unternehmer erwarte man aber, dass die Verkaufsgrundlage seiner Ware (hier: montierte Sprinkler) in seinem zentralen Interesse stehe und er darüber spontan und widerspruchsfrei Auskunft erteilen könne. Da dies nicht der Fall gewesen sei, werde davon ausgegangen, dass die "Auftragsschreiben" primär dazu gedient hätten, im Bedarfsfall eine Unternehmereigenschaft von J.L. und M.L. vorzutauschen. Es spreche auch nicht für die Unternehmerstellung, dass in den "Auftragsschreiben" übliche Unternehmerrechte, wie AGB etc., dezidiert ausgeschlossen worden seien. Wie es schließlich dazu komme, dass in Punkt 6.10. der "Auftragsschreiben" die Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften vorgeschrieben werde, sei bei einem Unternehmer, der kein Personal habe (was bei der T. GmbH als bekannt vorausgesetzt wird), nicht einleuchtend. In diesem Punkt sei offenbar der wahre wirtschaftliche Gehalt "an die Oberfläche" gekommen. M. (ein Beschäftigter der T. GmbH, der auf der Baustelle in D tätig gewesen ist) habe schon anlässlich seiner Einvernahme vom 8. März 2005 ausgesagt, dass J.L. und M.L. nicht für andere Unternehmen, sondern nur für die T. GmbH arbeiteten. Diese Erstaussage des Zeugen werde ein erhöhter Wahrheitsgehalt zugemessen, zumal der Zeuge M. nach dem Eindruck der erkennenden Behörde ein wahrheitsliebender Mensch sei. Da "allgemeine Vertragsbestimmungen für Subunternehmen" laut Punkt 5.2. der "Auftragsschreiben" nicht vorgelegt worden seien, werde davon ausgegangen, dass die jeweiligen "Auftragsschreiben" die einzigen dokumentierten Vertragsgrundlagen darstellen. Dem geschriebenen Vertragswerk sei sowohl vom Beschwerdeführer als auch seitens J.L. und M.L. nur sehr geringe Bedeutung zugemessen worden. Dies ergebe sich schon daraus, dass die "Auftragsschreiben" vom Beschwerdeführer als "interne Formulare" bezeichnet worden seien. Insgesamt habe die belangte Behörde den Eindruck gewonnen, dass die "Auftragsschreiben" nicht den Charakter von Werkverträgen, sondern von Dienstanweisungen hätten. Diesen Eindruck gewinne man auch bei der Gegenüberstellung der Rechte und Pflichten der Kontrahenten. J.L. und M.L. hätten ein Arbeitsteam gebildet. Dies ergebe sich daraus, dass M.L. angegeben habe, wenn sie nicht zusammen gearbeitet hätten, habe der Bruder allein gearbeitet in seinem Bereich, wenn er früher fertig geworden sei, habe er ihm geholfen und umgekehrt. Über abermaliges Befragen über eine Aufteilung von Stockwerken habe er gesagt, das könne man so nicht auseinander teilen. In dieselbe Richtung gehe die Aussage des Zeugen M. "es ist sicher nicht möglich, dass ein Mann allein das Rohrleitungsnetz verlegt, zu zweit schon". Es sei daher nicht so, dass der jeweils eine der Subunternehmer des anderen gewesen wäre, wenn sie gemeinsam Arbeitsleistungen erbracht hätten. Zur Umschreibung des Werkes lege die belangte Behörde dar, es sei von J.L. und M.L. trotz intensiver Befragung unter Zuhilfenahme einer Dolmetscherin bei der mündlichen Verhandlung nicht herauszubekommen gewesen, wie eine halbwegs exakte Umschreibung des Leistungsumfanges ausgesehen habe. Im Übrigen habe es eine fixe Tagesarbeitszeit gegeben, nämlich laut Berufung eine "Kernarbeitszeit", die wohl auch tatsächlich mit Arbeiten verbracht worden sei. Darüber hinaus habe es fixe Fertigstellungstermine gegeben, was eher für eine Unternehmerstellung von J.L. und M.L. spreche. Dem Kriterium der Arbeitszeit komme daher nicht die im erstinstanzlichen Strafbescheid als Unterscheidungsmerkmal eingeräumte Stellung zu. Erinnert werden müsse aber auch an das J.L. und M.L. aufbedungene Sonntagsarbeitsverbot. Des Weiteren bejahte die belangte Behörde in der Bescheidsbegründung das Verschulden des Beschwerdeführers im Sinne des § 5 VStG und führte aus, dass bei der Strafbemessung kein mildernder oder erschwerender Umstand zu werten gewesen sei. Durch die Verwaltungsübertretung sei das Interesse an der fristgerechten Anmeldung von Arbeitnehmern bei der Sozialversicherung in nicht bloß unerheblichem Maß geschädigt worden, weshalb der objektive Unrechtsgehalt der Tat, selbst beim Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, aber unter Berücksichtigung des langen Tatzeitraumes, nicht als bloß geringfügig beurteilt werden könne. Nicht zu vernachlässigen sei dabei, dass sich Unternehmen durch das Unterlassen der Anmeldung bei der Sozialversicherung auch einen Vorteil im wirtschaftlichen Wettbewerb gegenüber rechtstreuen Unternehmen sichern könnten. Dass die Einhaltung der verletzten Verwaltungsvorschrift eine

besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer vermeidbar gewesen wäre, sei nicht hervorgekommen. Die Verpflichtung von Dienstgebern zur Anmeldung zähle im Übrigen auch zu den zentralen Rechtspflichten von Arbeitgebern. Das Verschulden des Beschwerdeführers könne daher nicht als lediglich geringfügig gewertet werden. Im Hinblick darauf und auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers erscheine die Geldstrafe als nicht überhöht. Einer Strafminderung seien schließlich auch spezial- und generalpräventive Überlegungen entgegengestanden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vorgelegt, Kostenersatz für den Vorlageaufwand begehrt, von der Erstattung einer Gegenschrift jedoch ausdrücklich Abstand genommen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung pflichtversichert, wenn nicht bestimmte Ausnahmen von dieser Vollversicherungspflicht bestehen.

Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Die Unterlassung der Meldung ist gemäß § 111 ASVG strafbar.

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass keine Dienstverträge, sondern Werkverträge vorgelegen seien. Dazu ist festzuhalten, dass bereits nach den "Auftragsschreiben" die Tätigkeit von J.L. und M.L. in der Montage von Sprinkleranlageteilen einschließlich der erforderlichen Anpassarbeiten und Errichtung von Zwischenstücken bestand. Diese Tätigkeit wurde auch von der belangten Behörde festgestellt und vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Auch wenn die Gesamtheit der Montagearbeiten bei Errichtung einer Sprinkleranlage auf einzelne Arbeitspartien aufgeteilt wird, die jeweils einen bestimmten Ausschnitt der erforderlichen Arbeit besorgen, so liegt doch in der Montage der gesamten Sprinkleranlage das Werk, dessen Herstellung der Auftragnehmer seinem Auftraggeber schuldet, während die einzelnen manuellen Beiträge der Monteure zu diesem Werk nicht in sich geschlossene Einheiten darstellen, sondern den Charakter von Dienstleistungen aufweisen. Ob diese Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht werden, hängt davon ab, ob die betreffenden Monteure in den Belangen der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens den Weisungen des Herstellers unterliegen oder nicht (vgl. das eine Lüftungsanlage betreffende Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, Zl. 93/08/0092, sowie das Erkenntnis vom 19. Jänner 1999, Zl. 96/08/0350).

Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. es ist davon auszugehen, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern dann sind die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 13. August 2003, Zl. 2000/08/0166, mwN).

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder (wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung) nur beschränkt ist. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene grundsätzlich persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2008, Zl. 2007/08/0053, mwN).

Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0038). Ebenso steht

die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes einem Dienstverhältnis nicht entgegen (vgl. das soeben zitierte hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0038, mwN).

Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Tätigkeit kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Hat aber die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2006, Zl. 2004/08/0221, mwN).

Im vorliegenden Fall haben sich sowohl die Arbeitszeit als auch der Arbeitsort von J.L. und M.L. nach den Bedürfnissen der T. GmbH gerichtet. Zwar hat sich die belangte Behörde nicht tragend auf die Arbeitszeiteinteilung gestützt, sie hat aber auf das Sonntagsarbeitsverbot hingewiesen. Im Hinblick auf die oben zitierte hg. Rechtsprechung kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie trotz der Annahme weitgehend freier Arbeitszeiteinteilung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass ein Dienstvertrag vorliegt.

Hinsichtlich der Vertretungsbefugnis ist der belangten Behörde beizupflichten, dass die Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und eine Konkurrenzklausel gegen eine umfassende Vertretungsbefugnis sprechen (vgl. das zitierte hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2006, Zl. 2004/08/0221). Im Übrigen ist es auch unbestritten, dass es im konkreten Fall nie zu einer Vertretung gekommen ist.

Ein für die persönliche Abhängigkeit sprechendes Kontrollsystem war bereits durch die Festlegungen in den "Auftragsschreiben" gegeben, insoweit ein täglich zu führendes Bautagebuch vorgeschrieben wurde, das wöchentlich an die T. GmbH zu übergeben gewesen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2005/08/0197).

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist festzuhalten, dass diese 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 ist sie die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2004/08/0110).

Im vorliegenden Fall ist es unbestritten, dass nicht nur die für die Tätigkeit von J.L. und M.L. essentielle Gewindeschneidemaschine, sondern sogar die Leitern von der T. GmbH zur Verfügung gestellt wurden. Es kann daher kein Zweifel bestehen, dass J.L. und M.L. wirtschaftlich abhängig waren.

Es kann der belangten Behörde daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie, entgegen dem Beschwerdevorbringen nach umfangreicher, abwägender und ausreichender Begründung, vom Vorliegen meldepflichtiger Dienstverhältnisse ausgegangen ist.

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, dass die belangte Behörde bestimmte Milderungsgründe bei der Strafbemessung nicht beachtet habe, ist ihm entgegenzuhalten, dass bereits in den erstinstanzlichen Straferkenntnissen festgehalten war, dass keine Milderungsgründe vorliegen. Der Beschwerdeführer bringt nicht vor, dass er derartige Milderungsgründe im weiteren Verfahren geltend gemacht hätte (vgl. die bei Walther/Thienel, *Verwaltungsverfahren II*, 2. Auflage, S 345 f unter E 297 f wiedergegebene hg. Rechtsprechung).

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

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 18. Februar 2009