

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

11.07.2012

**Geschäftszahl**

2010/08/0217

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der A KEG in K, vertreten durch Dr. Marlene Wintersberger, Rechtsanwältin in 2340 Mödling, Hauptstraße 48, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 10. September 2010, Zl. GS5-A-948/605-2010, betreffend Beitragszuschlag nach dem ASVG (mitbeteiligte Partei:

Niederösterreichische Gebietskrankenkasse in 3100 St. Pölten, Kremser Landstraße 3), zu Recht erkannt:

**Spruch****Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, angefochtenen Bescheid wurde der beschwerdeführenden Partei, die ein Unternehmen für die Errichtung von Teichen, Stegen, Brücken und Liegedecks betreibt, ein Beitragszuschlag in der Höhe von EUR 2.300,-- vorgeschrieben. Im Rahmen einer am 9. September 2009 erfolgten Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Salzburg - Land, Team KIAB, sei festgestellt worden, dass für die zumindest am 9. September 2009 pflichtversicherten FB., BW. und LW. die Anmeldungen nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden seien. Die beschwerdeführende Partei habe im April bzw. Mai 2009 mit den genannten Personen einen Rahmenwerkvertrag nach folgendem Muster abgeschlossen:

**"Rahmenwerkvertrag**

Dieser Rahmenwerkvertrag wird abgeschlossen zwischen dem Auftraggeber, (beschwerdeführende Partei), und dem Auftragnehmer

(...)

1. Der Auftragnehmer verpflichtet sich mit beigestelltem Material selbständig mit eigenem Werkzeug Schwimmteichbauarbeiten zu übernehmen, dazu zählen insbesondere Feinplanierungsarbeiten, Abdichtungsarbeiten, Einbringung von Lehm und Kies, usw. festgestellt wird, dass es sich hierbei nur um Arbeiten handelt, für deren Ausführung keine Gewerbeberechtigung erforderlich ist. Der Auftragnehmer kann sich eigenen Hilfspersonals bedienen und sich vertreten lassen. Die Arbeiten sind in einem vereinbarten Zeitrahmen durchzuführen, jedes Projekt sollte innerhalb einer Woche abgeschlossen werden können. Wann die Arbeiten ausgeführt werden obliegt dem Auftragnehmer, die Arbeitszeit ist frei wählbar und kann auch außerhalb üblicher Arbeitszeiten oder an Sonn- und Feiertagen erbracht werden.

2. Der Auftragnehmer haftet für den Erfolg der ausgeführten Arbeiten und leistet Gewähr für die vereinbarte Qualität.

3. Aus diesem Vertrag ist für den Auftragnehmer kein Anspruch auf Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Abfertigung, kollektivvertragliche Entlohnung, usw. ableitbar.

4. Der Werklohn inklusive Fahrtkosten ist nach Fertigstellung der Baustellen mittels Kostennote pauschal geltend zu machen. Die Höhe des Werklohns ist bei jeder Baustelle vor Beginn der Arbeiten vor Ort mündlich zu vereinbaren. Auf zusätzlich erforderliche Aufwendungen ist vor Durchführung der Arbeiten hinzuweisen, um die Werklohnvereinbarung anzupassen. Zusatzarbeiten werden nicht honoriert.

5. Der Auftragnehmer hat sich bei Überschreitung der entsprechenden Freibeträge bei der Sozialversicherung anzumelden und seine Beiträge, Steuer und Abgaben zu entrichten. Den Auftraggeber treffen keinerlei Meldepflichten. Dem Auftragnehmer wird empfohlen eine private Unfallversicherung abzuschließen.

6. Der Auftragnehmer erhält diesen Vertrag per e-mail und hat ihn vor Aufnahme der Arbeiten zu unterfertigen, per e-mail zu bestätigen oder er erklärt sein Einverständnis mit diesem Vertrag konkludent durch Ausführung der Arbeiten.

7. Über diesen Vertrag hinausgehende Vereinbarungen wurden nicht getroffen, Vertragsänderungen bedürfen der Schriftform, nur die Honorarvereinbarung erfolgt mündlich, jedwede Irrtumsanfechtung wird ausgeschlossen.

Auftraggeber, (...) Auftragnehmer  
K, 16.4.2009"

Die genannten Personen seien bei der Kontrolle am 9. September 2009 bei Arbeiten an einem Naturteich in verschmutzter Arbeitskleidung angetroffen worden. Sie hätten angegeben, sie seien seit unterschiedlichen Zeitpunkten für die beschwerdeführende Partei "auf selbständiger Basis" als "Aushilfe, Teichbauer" tätig und von Mag. MW. (dem Kommanditisten der beschwerdeführenden Partei und Ehemann der Komplementärin Dr. UW.) angestellt worden. Die Bezahlung sei nach Stunden durch Verrechnung mittels Honorarnote erfolgt. Sie hätten pro Tag ca. 11 Stunden gearbeitet. Pro Stunde sei ein Honorar zwischen EUR 13,-- und EUR 15,-- vereinbart worden. Ein oder zwei Monate zuvor seien Honorare jeweils zwischen EUR 1.000,-- bis EUR 2.700,-- überwiesen worden. Das Werkzeug, die Schutzausrüstung, das Material, das Fahrzeug und der Hänger seien von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden. Diese habe auch die Unterkunft der genannten Personen bezahlt.

Die Rahmenvereinbarung sei - so die belangte Behörde weiter - bei der Beurteilung des Vorliegens eventueller Dienstverhältnisse von geringer Relevanz, weil nicht auf Vertragsinhalte, sondern auf das jeweils tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis abzustellen sei. Am Beispiel des LW. sei zu sehen, dass dieser seinen glaubhaften Angaben zufolge für die Frühjahrssaison (für die Monate April bis Juni) ca. EUR 2.700,-- erhalten habe. Bei seinem Stundenlohn von EUR 13,-- sei er somit in den drei Monaten etwa 208 Stunden beschäftigt gewesen. Für das Projekt F. habe LW. weitere EUR 708,-- erhalten. Ginge man von einem durchschnittlich zehnstündigen Arbeitstag aus, wäre LW. allein in den Monaten April bis Juni 2009 an 26 Tagen für die beschwerdeführende Partei tätig gewesen. Berücksichtige man die witterungsbedingt ausfallenden Arbeitstage und die freien Wochenenden sowie die glaubwürdige Aussage des LW., dass er erst seit ca. Ende April 2009 tätig gewesen sei, so habe er in der gesamten Frühjahrssaison 2009 durchgehend gearbeitet. Demnach sei nicht mehr von mehreren aufeinanderfolgenden, in sich geschlossenen Werken, sondern von regelmäßigen Dienstleistungen auszugehen. Schon anhand dieser Grundsatzüberlegungen erscheine das Einspruchsvorbringen bezüglich des Vorliegens von Werkvertragsverhältnissen problematisch. Auch bei FW. (Monatsentgelt von EUR 1.200,-- bei einem Stundenlohn von EUR 15,--, demnach etwa 80 Stunden im Monat) und bei BW. (Monatsentgelt von EUR 1.000,-- bei einem Stundenlohn von EUR 14,--, demnach etwa 70 Stunden im Monat) lägen repräsentative Arbeitsleistungen vor. Von einer freien Zeiteinteilung und einer lediglich wenige Tage in Anspruch nehmenden Leistungserbringung könne keine Rede sein. Zumindest BW. und FB. hätten jahrelang in einem zeitlich nicht unerheblichen Ausmaß gearbeitet. Der Einwand der beschwerdeführenden Partei, die Arbeitnehmer würden lediglich kurzfristig an wenigen einzelnen Projekten mitarbeiten, sei nicht glaubwürdig, ihr Hinweis, dass die jahrzehntelang geübte Praxis der Auftragserteilung von der "Finanz", der "Wirtschaftskammer" und der "Sozialversicherung" nicht beanstandet worden sei, nicht relevant. Die bei der Kontrolle bei der Errichtung der Teichanlage angetroffenen Personen hätten laut eigenen Angaben je nach Bedarf etwa 11 Stunden pro Tag gearbeitet und selbst Aufzeichnungen über die Arbeitszeit geführt. Den Rahmenwerkverträgen zufolge sei die Arbeitszeit unter der Bedingung, dass jedes Projekt binnen einer Woche abgeschlossen werden könne, frei einzuteilen. Damit werde den jeweils beauftragten Personen ein bestimmter Arbeitsumfang zugeteilt. Ihre Bestimmungsfreiheit werde weitgehend ausgeschaltet. Sie könnten letztlich nicht mehr frei über ihre Arbeitszeit entscheiden. Der Arbeitsort habe naturgemäß mit jedem Projekt gewechselt. Auf Grund der fachlichen Kenntnisse und Erfahrungen der Mitarbeiter hätten sich konkrete Weisungen über die Reihenfolge und den näheren Inhalt der Arbeiten erübrigt. Hinsichtlich der Arbeitsfolge und des Arbeitsverfahrens liege eine stille Autorität der als Dienstgeberin zu betrachtenden beschwerdeführenden Partei vor. Die in den Werkverträgen vereinbarte Möglichkeit, sich bei der Durchführung von Arbeiten jederzeit vertreten zu lassen, sei niemals in Anspruch genommen worden. Es sei von einer persönlichen Arbeitspflicht auszugehen. Teichanlagen könnten von jedem, der die Mühen von und die damit verbundenen Einwirkungen von Nässe und Schmutz bei Erdaushubarbeiten im Zusammenhang mit der Anpflanzung von Wasserpflanzen auf sich nehmen wolle, nach wenigen, in jedem Fachgeschäft zu erhaltenden Erklärungen errichtet werden. Für diese Arbeiten seien hauptsächlich Studenten herangezogen worden. Das Material, die Werkzeuge und die Schutzausrüstung seien von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden. Das Fahrzeug samt dem Anhänger, mit welchem die Arbeitnehmer zu ihrem Arbeitsort gefahren seien, stammte von der beschwerdeführenden Partei.

Die Tatsache, dass die Arbeitnehmer nach ihren tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden entlohnt worden seien, stelle ein weiteres gewichtiges Indiz für eine unselbständige Tätigkeit dar. Ein vor Arbeitsbeginn vor Ort mündlich vereinbarter Werkvertrag sei gemäß dem tatsächlichen gelebten Vertragsleben nicht vorgelegen. Hinzu komme, dass das Entgelt in regelmäßigen Zeitabständen - zumeist quartalsweise oder auch monatlich - ausbezahlt worden sei. Dass von allen drei Arbeitern über das Projekt F. eine gesonderte Rechnung gelegt worden sei, sei durch die Sonderstellung dieses Projekts zu erklären. Es handle sich um die von der KIAB überprüfte Arbeitsstätte. Die Unterkunft für die Dauer des Projekts sei von der beschwerdeführenden Partei organisiert und bezahlt worden. Dies spreche ebenfalls gegen das Vorliegen von Werkvertragsvereinbarungen. Das Aufkommen für die Unterbringung stelle einen Sachbezug dar. Die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit überwiegen gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit, weshalb die genannten Arbeitnehmer als Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG für die beschwerdeführende Partei tätig gewesen seien, ohne zur Versicherung gemeldet worden zu sein. Gegen die Höhe des Beitragszuschlages habe der Einspruch nichts vorgebracht.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der beantragt wird, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

§ 113 Abs. 1 und 2 ASVG lauten samt Überschrift:

"Beitragszuschläge

§ 113. (1) Den in § 111 Abs. 1 genannten Personen (Stellen) können Beitragszuschläge vorgeschrieben werden, wenn

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

(2) Im Fall des Abs. 1 Z 1 setzt sich 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 EUR je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person; der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf 800 EUR. Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz bis auf 400 EUR herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.

(...)"

Die beschwerdeführende Partei bringt vor, Sinn eines Werkvertrages sei es, ein bestimmtes "Gewerk" innerhalb einer bestimmten Frist herzustellen. Es sei keineswegs vereinbart worden, dass jedes Projekt binnen einer Woche abzuschließen sei. Von einer Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Zeiteinteilung könne keine Rede sein. Das Gleiche gelte hinsichtlich des Arbeitsortes, weil dieser mit jedem Projekt wechsele. Ihr könne nicht vorgeworfen werden, dass sie kompetente Personen als Subunternehmer herangezogen habe. Jeder Werkunternehmer unterliege - was die Ausführung betreffe - auch Weisungen des Werkbestellers. Das bewirke keine "stille Autorität" ähnlich einem Dienstvertrag. Die genannten Personen hätten die beauftragten Projekte eigenständig durchgeführt. Dies bestätige das Vorhandensein von Werkverträgen. Den Rahmenwerkverträgen zufolge hätten sich die genannten Personen jederzeit vertreten lassen oder sich eines Hilfspersonals bedienen können. Dies nicht als eine die Versicherungspflicht ausschließende generelle Vertretungsbefugnis zu betrachten, sei völlig unhaltbar. Nur deswegen, weil von der Vertretungsmöglichkeit noch kein Gebrauch gemacht worden sei, auf eine persönliche Abhängigkeit zu schließen, sei verfehlt. Die Bezahlung der Unterkunft sei als Teil des Werkentgelts bzw. als vom Werkbesteller zu zahlende Auslage zu betrachten. Von besonderer Relevanz sei der Umstand, dass die genannten Personen für ihre Werkleistungen zu haften und Gewähr dafür zu leisten hätten. Die belangte Behörde habe nicht geprüft, ob nicht vielleicht freie Dienstverträge abgeschlossen worden seien. Überdies liege ein berücksichtigungswürdiger Fall iSd § 113 Abs. 2 ASVG vor, weil die beschwerdeführende Partei in Anbetracht der "Rücksprache und Vorgabe durch die Wirtschaftskammer" nicht habe erkennen können, dass es sich um Dienstverhältnisse gehandelt habe. Es sei von einer "erstmaligen verspäteten Anmeldung mit unbedeutenden Folgen" auszugehen.

Mit diesem Vorbringen vermag die beschwerdeführende Partei keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit

iSd § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt 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. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind (im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes) 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, 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 Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2005/08/0176, mwN).

Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit ist zwischen sachlichen Weisungen, die das Arbeitsverfahren betreffen und die auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vorkommen, und persönlichen Weisungen, die das arbeitsbezogene Verhalten bzw. die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben, zu unterscheiden. Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten (insbesondere wegen des Fehlens persönlicher Weisungen) keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch die genannten, an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien (insbesondere das Vorliegen sachlicher Weisungen) von maßgeblicher Bedeutung sein.

Die Eingliederung eines Dienstnehmers in die vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation am Ort der Arbeitserbringung indiziert das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit, weil sie in der Regel bedeutet, dass der Dienstnehmer nicht die Möglichkeit hat, den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, wie es für den freien Dienstvertrag typisch ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl. 2009/08/0123, mwN).

Bei den von FB., BW. und LW. insbesondere am 9. September 2009 erbrachten Arbeiten für das Teichbauunternehmen der beschwerdeführenden Partei handelte es sich um manuelle Hilfstätigkeiten, die in organisatorischer Einbindung in den Betrieb bzw. die Baustellen der beschwerdeführenden Partei erbracht worden sind und die überdies schon in Anbetracht des von den Mitarbeitern herzustellenden konkreten Arbeitsergebnisses einer - zumindest indirekten - Kontrolle unterlagen. Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Juni 2008, Zl. 2007/08/0252, mwN). Atypische Umstände, die einer solchen Beurteilung entgegen stehen würden, sind nicht ersichtlich, zumal nicht festgestellt wurde, dass FB., BW. und LW. über eine eigene betriebliche Organisation oder über nennenswerte Betriebsmittel verfügt hätten, eigene unternehmerische Entscheidungen hätten treffen können oder - außer für die die beschwerdeführende Partei - auch noch für andere Auftraggeber Teichbauarbeiten verrichtet bzw. in der Art selbständig am Markt auftretender Unternehmer ihre Teichbautätigkeiten erfolgreich angeboten hätten. Es handelt sich nach den festgestellten Umständen der Arbeitserbringung nicht um Tätigkeiten auf Grund von Werkverträgen in dem Sinn, dass die persönliche Abhängigkeit der genannten Personen in Frage gestellt werden könnte, abgesehen davon, dass es nicht hinreicht, in einem "Werkvertrag" nur den Rahmen für im Einzelfall abgeschlossene Vertragsverhältnisse abzustecken, wenn es an der für eine Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp erforderlichen Bestimmtheit der Leistungen fehlt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl. 2011/08/0038, mwN).

Im Übrigen bestreitet die beschwerdeführende Gesellschaft nicht, dass die Anmeldung der genannten Personen zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt am 9. September 2009 erstattet wurde. Ob und in welchen Zeiträumen davor und danach pflichtversicherte Beschäftigungsverhältnisse zu den genannten Personen bestanden haben, spielt für die hier zu beurteilenden Beitragszuschläge keine Rolle. Der Meldeverstöß hat sich auf drei Arbeitnehmer gleichzeitig ausgewirkt. Die Meldungen waren zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die KIAB noch immer nicht nachgeholt worden. Es liegt daher das typische Bild eines Meldeverstößes vor. Von unbedeutenden Folgen iSd 113 Abs. 2 ASVG kann deshalb nicht die Rede sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. September 2010, Zl. 2010/08/0151). Der Umstand, dass sich die beschwerdeführende Partei auf die Aussage eines Dritten (hier: der "Wirtschaftskammer") verlassen haben will, stellt im Übrigen schon deswegen keinen Grund dar, der iSd § 113 Abs. 2 ASVG besonders berücksichtigungswürdig wäre, weil es nach dem Gesetz dabei nur auf das Ausmaß der Folgen ankommt, nicht aber auf ein Verschulden.

Die Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Zuerkennung von Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung, BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 11. Juli 2012