



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Vizepräsidentin Dr.ⁱⁿ Sporrer als Richterin und die Hofräte Mag. Stickler und Mag. Tolar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Sasshofer, über die Revision des J S in E, vertreten durch Dr. Peter Döller, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Brucknerstraße 4/5, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 18. September 2020, LVwG-S-2625/001-2019, betreffend Bestrafung nach dem ASVG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Baden), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Baden wurde der Revisionswerber gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm. § 33 Abs. 1 ASVG bestraft, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der S GmbH zu verantworten habe, dass es die genannte Gesellschaft als Dienstgeberin unterlassen habe, den RB, bei dem es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person gehandelt habe, vor Arbeitsantritt am 15. Juli 2019 beim zuständigen Krankenversicherungsträger zur Pflichtversicherung anzumelden. Es wurde nach dem zweiten Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG eine Geldstrafe in der Höhe von € 2.500,-- verhängt.
- 2 Begründend führte die Bezirkshauptmannschaft Baden aus, RB sei betreten worden, als er gemeinsam mit einer anderen Person für die S GmbH eine Werbetafel auf der Fassade eines Möbelhauses montiert habe. Eine Anmeldung des RB zur Sozialversicherung sei unterblieben, obwohl er ein der Vollversicherung unterliegender Dienstnehmer der S GmbH gewesen sei.





- 3 Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Revisionswerber Beschwerde und brachte vor, RB sei in der Slowakei zur Sozialversicherung als Selbständiger gemeldet. Dies werde durch eine A1-Bescheinigung bestätigt. RB gehe als Schlosser einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach und betreibe in der Slowakei eine Werkstatt, in der er verschiedene Arbeiten, wie etwa Reparaturarbeiten, für diverse Auftraggeber durchführe. Insbesondere stelle RB in seinem Betrieb in der Slowakei auch selbst Reklametafeln her. Für die S GmbH werde er aufgrund von einzelnen Aufträgen, wobei es sich um Werkverträge handle, tätig. Dabei werde RB von der S GmbH nur mitgeteilt, welche Werbetafel an welchem Ort und bis zu welcher Frist zu wechseln sei. Weitere Anordnungen erhalte er nicht. RB unterliege bei Erfüllung der Aufträge somit keinen persönlichen Weisungen oder Kontrollen und sei nicht in die betriebliche Organisation der S GmbH eingebunden. Selbst eine Überprüfung, ob die Tätigkeit ordnungsgemäß verrichtet worden sei, führe nicht die S GmbH durch, sondern erfolge nur durch die Endkunden der S GmbH, bei denen es sich insbesondere um Möbelhäuser handle. RB verwende sein eigenes Werkzeug. Die Aufträge würden mit einer Pauschalentlohnung abgegolten. Einzelne Aufträge könne RB ohne Sanktion ablehnen. Er habe „entweder Zeit oder eben nicht“.
- 4 Mit dem in Revision gezogenen Erkenntnis wies das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die Beschwerde des Revisionswerbers nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit der Maßgabe als unbegründet ab, dass es sich bei RB um eine in der „Sozialversicherung (Teilversicherung in der Unfallversicherung)“ pflichtversicherte Person gehandelt habe und der Schuldspruch wegen Übertretung von § 111 Abs. 1 Z 1 iVm. § 33 Abs. 1 und 2 ASVG erfolge. Das Landesverwaltungsgericht sprach aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 5 Das Landesverwaltungsgericht stellte fest, die S GmbH, deren Geschäftsführer der Revisionswerber sei, stelle Leuchtkästen her, auf denen Werbeträger angebracht würden. Aufgrund langfristiger Verträge führe die S GmbH für ihre Kunden, wobei es sich etwa um Möbelhäuser handle, auch einen periodischen Austausch von Werbeträgern und die Wartung von Leuchtkästen durch. Die



Termine für diese Arbeiten würden der S GmbH von ihren Kunden vorgegeben.

- 6 Die S GmbH beschäftige in ihrer Werkstatt und ihrem Büro insgesamt sechs Personen. Die Tätigkeiten im Außendienst, nämlich der Austausch von Werbeträgern bzw. Werbeplanen, erfolge jedoch durch aus der Slowakei stammende Arbeiter, wie insbesondere RB. Dazu kontaktiere die S GmbH die Arbeiter und teile ihnen die Termine mit, zu denen ein Austausch von Werbeträgern durchzuführen sei. Soweit ein Arbeiter „keine Zeit habe“ und die Durchführung des Auftrags ablehne, beauftrage die S GmbH einen anderen. Auch RB habe in der Vergangenheit bereits Aufträge der S GmbH abgelehnt. Die Arbeiten würden immer von zwei slowakischen Arbeitern gemeinsam in einer Arbeitspartie geleistet, da der Tausch der Werbeträger die Mitarbeit von zwei Personen erfordere. Dabei seien grundsätzlich immer wieder die gleichen Örtlichkeiten anzufahren. Besondere Kenntnisse seien für diese Arbeiten nicht erforderlich.
- 7 Zwischen RB und der S GmbH sei am Anfang des Jahres 2019 eine als „Zusammenarbeitsvereinbarung 2019“ bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen worden. Darin sei allgemein festgehalten worden, dass RB für die S GmbH „Montageleistungen in Zusammenhang mit Tausch von Planen/Netzen an bestehenden Werbeträgern“ sowie die „Montage von neuen selbst produzierten bzw. beigestellten Werbeträgern“ übernehme und für die Erfüllung eines einzelnen Auftrages ein Pauschalhonorar erhalte. Die konkrete, individualisierte Erbringung von (einzelnen) Leistungen durch RB sei in dieser Vereinbarung noch nicht geregelt worden. Tatsächlich werde von der S GmbH für einen Austausch eines Werbeträgers ein Pauschalhonorar von € 160,-- geleistet, sodass sich für jeden der beiden beteiligten Arbeiter ein Entgelt von € 80,-- ergebe. Soweit (neben dem bloßen Wechsel von Werbeträgern) Reparaturen durchzuführen seien, bezahle die S GmbH an die Arbeiter dafür einen Stundenlohn von € 15,--. Ebenso komme die S GmbH für Übernachtungskosten auf, die dadurch entstünden, dass im Zuge „einer Tour“ eine Übernachtung in einem Hotel erforderlich sei.



- 8 Der Tätigkeit des RB für die S GmbH am 15. und 16. Juli 2019 sei zu Grunde gelegen, dass ein Möbelhaus der S GmbH einen Auftrag zum Tausch eines Werbeträgers erteilt habe. Den Fertigstellungstermin habe die S GmbH dem RB bekannt gegeben, worauf dieser mit seinem privaten Kraftfahrzeug am 15. Juli 2019 aus der Slowakei zur Erfüllung dieses Auftrages nach Österreich gefahren sei. Die S GmbH habe einen für den Tausch des Werbeträgers erforderlichen Lastkraftwagen mit Hebebühne bei einem anderen Unternehmen angemietet, wo RB dieses Fahrzeug abgeholt habe. Ebenso habe die S GmbH den zu tauschenden Werbeträger zur Verfügung gestellt. Das weitere verwendete Werkzeug habe von RB gestammt. Am 16. Juli 2019 habe RB den Tausch eines Werbeträgers gemeinsamen mit einer weiteren Person durchgeführt.
- 9 RB sei vor seinem Arbeitsantritt nicht beim zuständigen Krankenversicherungsträger zur Sozialversicherung gemeldet gewesen. Er werde in Österreich „abhängig von seinen zeitlichen Möglichkeiten“ ausschließlich für die S GmbH, in der Slowakei jedoch auch für andere Auftraggeber tätig. Das Bestehen einer „betrieblichen Organisation“ des RB könne „nicht festgestellt werden“.
- 10 In rechtlicher Hinsicht folgte das Landesverwaltungsgericht zusammengefasst, bei einer Gesamtbetrachtung ergebe sich bei RB ein Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von der S GmbH gegenüber denen persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit. Am Bestehen einer Pflichtversicherung im Sinn von § 4 Abs. 1 Z 2 iVm. Abs. 2 ASVG vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass RB in der Vergangenheit die Übernahme von einzelnen Aufträgen abgelehnt habe. Die persönliche Arbeitspflicht werde nämlich für den jeweiligen Tag durch die Übernahme des Auftrages ausgelöst, sodass von einer tageweisen Beschäftigung auszugehen sei. Auch dass RB „möglicherweise“ über eine Gewerbeberechtigung in der Slowakei verfüge, stehe der Annahme des Bestehens der Pflichtversicherung nicht entgegen. Im Zweifel sei jedoch zu Gunsten des Revisionswerbers anzunehmen, dass das Entgelt des RB die Grenze der Geringfügigkeit nicht überstiegen habe und daher nur eine





Anmeldung zur Teilversicherung in der Unfallversicherung erforderlich gewesen sei.

- 11 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Durchführung des Vorverfahrens, in dem keine Revisionsbeantwortung erstattet wurde, erwogen hat:
- 12 Zur Zulässigkeit der Revision wird - zusammengefasst und unter anderem - geltend gemacht, das Landesverwaltungsgericht habe sich nicht ausreichend mit dem Vorbringen des Revisionswerbers - insbesondere zu seiner selbstständigen Tätigkeit in der Slowakei und der Art der Erbringung der Aufträge für die S GmbH - auseinandergesetzt und dazu keine ausreichenden Feststellungen getroffen.
- 13 Die Revision ist im Sinn dieses Vorbringens zulässig. Die Revision ist auch berechtigt.
- 14 Der Revisionswerber hat im Beschwerdeverfahren auf ein slowakisches A1-Formular verwiesen und vorgebracht, RB unterliege als Selbständiger der Sozialversicherung in der Slowakei. Im Akt der Bezirkshauptmannschaft Baden befindet sich eine Kopie einer von den Behörden der Slowakei ausgestellten A1-Bescheinigung über die Anwendung der slowakischen Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit hinsichtlich der von RB im Zeitraum von 2. Jänner 2019 bis 31. Dezember 2019 ausgeübten selbstständigen Erwerbstätigkeit, wobei als Ort der Tätigkeit der Betrieb der S GmbH angegeben ist.
- 15 Zur Bindungswirkung einer nach Art. 12 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 - somit hinsichtlich selbstständig Erwerbstätiger - ausgestellten A1-Bescheinigung wird gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 14. November 2018, Ra 2016/08/0082, verwiesen. Daraus ist hervorzuheben, dass gemäß Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 eine Bindung der Versicherungsträger und der Gerichte des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird,



eintritt. Diese Bindungswirkung bezieht sich auf die bescheinigte Anwendbarkeit der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaats hinsichtlich einer bestimmten Tätigkeit und nicht bloß darauf, welche Rechtsvorschriften für die Beurteilung der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Tätigkeit maßgeblich sind. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung (vgl. insbesondere EuGH 6.2.2018, *Altun* ua., C-359/16; vgl. nunmehr auch EuGH 2.4.2020, *Vueling Airlines SA* ua., C-370/17 und C 37/18) die Bindungswirkung von Bescheinigungen zwar in Fällen, in denen diese betrügerisch erlangt wurden, eingeschränkt. Voraussetzung dafür, dass ein nationales Gericht in diesen Fällen die Bescheinigungen außer Acht lassen kann, ist jedoch zunächst, dass der ausstellende Träger mit in einer gerichtlichen Prüfung gesammelten Beweisen befasst wurde, die die Feststellung erlauben, dass die Bescheinigungen betrügerisch erlangt oder geltend gemacht wurden, und der ausstellende Träger es unterlassen hat, diese Beweise bei einer erneuten Prüfung der Bescheinigungen zu berücksichtigen.

- 16 Die Revision ist somit schon deshalb berechtigt, weil das Landesverwaltungsgericht hätte prüfen müssen, ob das Vorliegen einer Pflichtversicherung des RB in Österreich und damit eine Meldepflichtverletzung nach § 33 ASVG aufgrund der Bindungswirkung einer vom zuständigen slowakischen Versicherungsträger ausgestellten A1-Bescheinigung ausgeschlossen ist.
- 17 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.
- 18 Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 4, 5 und 6 VwGG abgesehen werden.



- 19 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 17. Dezember 2021

