OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301649/6/KLi/TK

Datum:
Linz, 6. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 25. Juli 2017 des Finanzamtes Grieskirchen Wels, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 26. Juni 2017, GZ: BHRISanR-2016-402011/13-H, mit welchem das Strafverfahren gegen DI K.H., geb. x, X, A., wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) eingestellt wurde, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (im Folgenden: belangte Behörde) vom 26. Juni 2017, GZ: BHRISanR-2016-402011/13-H, wurde hinsichtlich des Strafantrages des Finanzamtes Grieskirchen Wels, Finanzpolizei Team 47, vom 7. November 2016, GZ: 054/10900/10/4716, gegen Dipl.-Ing. K.H. als handelsrechtlicher Geschäftsführer der O. GmbH wegen des Verdachtes der Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG von der Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens abgesehen und die Einstellung verfügt.

Begründend führte die belangte Behörde aus, mit Schreiben vom 7. November 2016 sei vom Finanzamt Grieskirchen Wels, Finanzpolizei Team 47, zu GZ. 054/10900/10/4716, ein Strafantrag wegen des Verdachtes der Übertretung des § 33 Abs. 1 ASVG eingebracht worden. Der Strafantrag stütze sich im Wesentlichen auf die mit dem Beschuldigten und dem Zeugen C.I. errichteten Niederschriften. Nach Ansicht der Finanzpolizei habe der Zeuge kein Werk und daher auch keine selbständige gewerbliche Tätigkeit erbracht. Eine fixe Auftragssumme sei nicht festgestanden. Es habe keine Haftungsmöglichkeit gegeben. Das verwendete eigene Werkzeug habe lediglich eine untergeordnete Rolle gespielt. C.I. sei nicht als Dienstnehmer angemeldet worden.

C.I. sei seit x im Besitz einer Gewerbeberechtigung als Bauwerksabdichter. Die Oö. GKK habe entschieden, dass Selbständigkeit und damit keine Dienstnehmereigenschaft vorliege. Diese Entscheidung sei der Finanzpolizei zur Kenntnis gebracht worden.

Die Finanzpolizei habe in einer Stellungnahme mitgeteilt, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt von Hilfstätigkeiten auszugehen sei, die nicht werkvertragstauglich seien, zumal sämtliches wesentliches Werkzeug und Material vom Beschuldigten stammen würde. Bei der Niederschrift der Oö. GKK handle es sich um die Aufnahme des Sollzustandes. Der Istzustand sei in der Niederschrift der Finanzpolizei festgehalten.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen aus, dass die Einstellung des Strafverfahrens zu verfügen gewesen sei.

Dem Einwand der Finanzpolizei, dass es sich um Hilfstätigkeiten gehandelt habe, die nicht werkvertragstauglich seien, sei entgegenzuhalten, dass es sich bei Schwarzdeckerarbeiten um ein freies Gewerbe handle und C.I. über eine Gewerbeberechtigung verfügt habe. Der Beschuldigte habe sich die Gewerbeberechtigung vorlegen lassen.

Der Zeuge habe eigenes Werkzeug verwendet. Dass das Material vom Beschuldigten stamme, sei kein gewichtiges Argument gegen einen Werkvertrag. Es sei nicht ersichtlich, dass C.I. organisatorisch in den Betrieb des Beschuldigten eingebunden gewesen sei. Auch eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit sei nicht gegeben, weil C.I. auch für weitere Firmen tätig gewesen sei. Er habe auch eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Die Entscheidung der Oö. GKK stelle ein gewichtiges Beweismittel für die Selbständigkeit des C.I. dar. Eine Anmeldung zur Sozialversicherung sei daher nicht erforderlich gewesen.

Im Ergebnis liege keine strafbare Handlung des Beschuldigten vor und sei das Verwaltungsstrafverfahren daher einzustellen gewesen.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 25. Juli 2017, mit welcher als Beschwerdegründe unrichtige Tatsachenfeststellung, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht werden.

Begründend führt die Beschwerdeführerin aus, gemäß § 539a Abs. 1 ASVG sei für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Durch den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht könnten Verpflichtungen nach dem ASVG, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden. Ein Sachverhalt sei so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen sei.

Im gegenständlich zu beurteilenden Fall seien seitens der Behörde die Erstaussagen in den Niederschriften mit C.I. und dem Beschuldigten sowie die Ausführungen im Strafantrag vom 7.11.2016 bzw. die durch die Finanzpolizei abgegebene Stellungnahme vom 19.6.2017 keiner entsprechenden Würdigung unterzogen worden.

Wenn seitens der Oö. GKK ausgeführt werde, dass bei C.I. die Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht in ausreichendem Maße vorliegen würden und somit von keinem dem ASVG unterliegenden Dienstverhältnis ausgegangen werden könne, so mangle es einer ausführlichen Darstellung bzw. Erläuterung dieser Angaben hinsichtlich der Erstaussage, welcher gemäß der höchstgerichtlichen Rechtsprechung höhere Bedeutung zukomme.

Zur persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von C.I. werde festgehalten, dass es sich um einfache Arbeiten handle und dazu vom Verwaltungsgerichtshof mehrmals zum Ausdruck gebracht worden sei, dass einfache manipulative Tätigkeiten in der Regel kein selbständiges Werk darstellen würden. Durch C.I.

seien keine hochqualifizierten Tätigkeiten ausgeübt worden, die insgesamt außergewöhnliche Dispositionsmöglichkeiten erkennen lassen würden. Der Aussage in der Niederschrift könne entnommen werden, dass lediglich die Arbeitskraft, wie bei Dienstnehmern, geschuldet worden sei.

Bei einfachen manipulativen Tätigkeiten sei hinsichtlich der persönlichen Weisungen und Kontrolle eine durch „stille Autorität“ charakteristische Eingliederung der Arbeitskraft in eine vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation gegeben. Über eine Haftung sei gar nicht gesprochen worden, da das Flämmen eines Flachdaches unproblematisch sei. Normalerweise setze das Unternehmen des Beschuldigten auch Eigenpersonal für derartige Arbeiten ein, welches als Dienstnehmer keine unterscheidbare Tätigkeit verrichte.

Vielmehr sei der Vergleich mit dem Bereich Trockenbau heranzuziehen bzw. zulässig, wo bei Auftragnehmern von bereits aufgestellten Gipskartonwänden mit dem Gewerbe „Verspachtler“ laut ständiger Rechtsprechung, ebenfalls die Werkvertragstauglichkeit verneint werde.

Unstrittig sei, dass sämtliches Material, welches durch das Unternehmen des Beschuldigten für das geplante Bauvorhaben bekannt gewesen sei, auch von dieser Firma geliefert worden sei und auch das wesentliche Werkzeug, das zum Flämmen notwendige Gas, ebenfalls vom Unternehmen des Beschuldigten zur Verfügung gestellt worden sei. Dem durch C.I. verwendeten Kleinwerkzeug komme, bis lediglich auf den Flämmstutzen, dabei nur untergeordnete Bedeutung zu.

Es werde daher beantragt, der Beschwerde Folge zu geben, den Einstellungsbescheid im Zuge einer Beschwerdevorentscheidung zu beheben sowie eine angemessene Strafe zu verhängen. In eventu werde die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

I.3. Mit Schreiben vom 7. August 2017 legte die belangte Behörde sowohl den Bescheid als auch die Beschwerde samt dem Verfahrensakt ohne Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für 15. September 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher der Beschuldigte, zwei weitere Beschuldigte in gleichgelagerten Fällen, die Abgabenbehörde als Beschwerdeführerin und die belangte Behörde geladen wurden. An der Verhandlung nahmen sowohl der Beschuldigte als auch die beiden weiteren Beschuldigten und ein Vertreter der Abgabenbehörde teil. Darüber hinaus wurden C.I. und eine Zeugin, L.S., vernommen.

Ferner wurde in die von den Parteien vorgelegten Unterlagen Einsicht genommen und der Akt verlesen.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Der Beschuldigte war handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens O. GmbH mit Sitz in X, R. Entsprechend einem Auszug aus dem Firmenbuch war der Unternehmenszweig „Spenglerei, Dachdeckerei, Fassadenbau“.

Darüber hinaus waren im Zusammenhang mit ähnlich gelagerten Sachverhalten noch zwei weitere Strafverfahren anhängig, nämlich gegen Ing. R.W. als handelsrechtlicher Geschäftsführer der W. GmbH mit Sitz in X, T. (LVwG-301647-2017) und gegenDipl.-Ing. J.G. als handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens Dipl.-Ing. J.G. Baugesellschaft mbH mit Sitz in X, S. (LVwG-301648-2017).

II.2. Der Zeuge C.I. übte das freie Gewerbe des Bauwerksabdichters (Abdichter gegen Feuchtigkeit, Druckwasser oder Zugluft, Schwarzdecker) aus. Die Gewerbeberechtigung wurde ihm am x erteilt. Der Zeuge führte daraufhin für verschiedene Unternehmen Flämmarbeiten, Schwarzdeckerarbeiten, insbesondere das Anbringen von Isolierungen bzw. Dampfsperren durch.

Der Zeuge führte derartige Arbeiten u.a. auch für das Unternehmen des Beschuldigten, die beiden weiteren bereits genannten Unternehmen sowie für weitere zwei Unternehmen aus. Der Zeuge legte dafür jeweils Rechnungen und war für die Abführung sämtlicher Abgaben (Steuern, Sozialversicherung, etc.) verantwortlich. Darüber hinaus verfügte der Zeuge für allfällige Schadensfälle über eine Betriebshaftpflichtversicherung.

Ein Verwandter des Zeugen, A.M., der sein Unternehmen als Schwarzdecker aufgelassen hatte, verschaffte dem Zeugen Kontakte zu verschiedenen Bauunternehmen, auch zu jenem des Beschuldigten. Durch diese Kontaktvermittlung war der Zeuge in der Lage, selbst als Schwarzdecker zu arbeiten. A.M. übergab ihm dazu auch eine Preisliste, in welcher für verschiedene Tätigkeiten und Leistungen Preise pro Quadratmeter, Laufmeter, etc. aufgelistet waren und die dem Zeugen als Verhandlungsbasis für die von ihm kontaktierten Bauunternehmen diente.

In weiterer Folge kam mehrere Verträge zwischen dem Zeugen, dem Unternehmen des Beschuldigten sowie mehreren weiteren Bauunternehmen zustande.

II.3. Auch die verfahrensgegenständlichen Verträge zwischen dem Zeugen und dem Unternehmen des Beschuldigten kamen über Vermittlung des A.M. zustande. Nachdem das Unternehmen des Beschuldigten bereits die Daten des Zeugen hatte, wurde dieser entweder per E-Mail oder telefonisch kontaktiert, um die

Auftragsvergabe und Auftragserteilung zu besprechen. Nach telefonischer Rücksprache fand sodann eine Besichtigung der Baustelle statt und wurde dem Zeugen die jeweilige Baustelle gezeigt oder wurde dem Zeugen eine Plankopie übergeben. Zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugen wurden insgesamt zwei Verträge abgeschlossen.

An Material stellte das Unternehmen des Beschuldigten den Voranstrich, die Pappe sowie Gas zur Verfügung. Kleinwerkzeug wie die Flämmlanze, die Rollen zum Anbringen des Voranstriches sowie ein Schneidemesser für die Pappe musste der Zeuge selbst mitbringen. Wie die Durchführung von Flämmarbeiten zu erfolgen hat, wurde dem Zeugen nicht erklärt und musste er dies jeweils selbst wissen.

II.4. Auch im Hinblick auf die konkreten Flämmarbeiten im gegenständlichen Verfahren erfolgte die Auftragsvergabe nach der soeben geschilderten Vorgehensweise. Konkrete Vorgaben zur Art der Flämmarbeiten bzw. zur genauen Durchführung derselben wurden dem Zeugen nicht erteilt. Bei eigenen Dienstnehmern wäre dies anders und würden diese den Anweisungen und Vorgaben des Poliers oder Vorarbeiters unterliegen. Auch in zeitlicher Hinsicht war der Zeuge nicht an Vorgaben des Beschuldigten gebunden. Er erhielt lediglich die Vorgabe einer bestimmten Kalenderwoche bzw. eine Endtermins, bis zu welchem die Arbeiten fertiggestellt sein mussten. Im Rahmen dieser Zeitvorgabe war der Zeuge aber ungebunden und konnte die Tageszeiten der Arbeitsverrichtung selbst festlegen. Der Zeuge war auch nicht verpflichtet, diese Arbeiten persönlich zu verrichten, sondern hätte – sofern er selber Dienstnehmer beschäftigt hätte – auch diese auf die Baustelle schicken können. Lediglich bei einer Weitergabe des Auftrages an einen weiteren Subunternehmer wäre der Zeuge verpflichtet gewesen, dies dem Beschuldigten mitzuteilen. Auch im Hinblick auf Krankenstände war der Zeuge nicht verpflichtet, diese mitzuteilen, sondern war er selbst dafür verantwortlich, dennoch mit dem erteilten Auftrag rechtzeitig fertig zu werden. Er hätte sich dann selbst um einen Ersatz kümmern müssen.

Zur konkreten Unterscheidung des Zeugen zu eigenen Dienstnehmern gab einer der Mitbeschuldigte an, dass diese insbesondere darin lag, dass dem Zeugen keine Anweisungen erteilt wurden, wie er den Auftrag zu bearbeiten habe, und der Zeuge selber wissen musste, wie diese Arbeiten zu verrichten waren, auch die Art, wie er zu flämmen hat. Bei eigenen Arbeitern wäre dies anders, weil diese nämlich genaue Instruktionen und Anweisungen erhalten würden. Der Beschuldigte schloss sich diesen Ausführungen an.

Darüber hinaus hatte der Zeuge auch für die ordnungsgemäße Durchführung der von ihm verrichteten Flämmarbeiten zu haften und wurde hiefür vom Zeugen eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Auch der Zeuge selbst gab dazu an, für die ordnungsgemäße Verrichtung der Flämmarbeiten verantwortlich zu sein. Für den Fall, dass er diese Arbeiten nicht ordnungsgemäß verrichtet hätte, wäre ihm ein

Verbesserungsauftrag erteilt worden, den er sodann ohne Kosten verrechnen zu können, durchführen hätte müssen. Auch für den Fall, dass er sonstige Schäden, etwa einen Brandschaden in Folge unsachgemäßem Umgang mit dem Gas, verursacht hätte, hätte der Zeuge selbst dafür aufkommen müssen bzw. hätte diese Schäden seine Betriebshaftpflichtversicherung bezahlen müssen. Der Zeuge gab dazu an, dass es sich diesbezüglich um sein Risiko gehandelt hat.

Nach Fertigstellung des Gewerkes wurde dieses vom jeweiligen Bauleiter kontrolliert und auf Ordnungsgemäßheit überprüft. Danach fand die Abnahme des Gewerkes statt. Sodann legte der Zeuge jeweils eine Rechnung über die gegenständlichen Ausführungen der jeweiligen Gewerke.

II.5. Zusammengefasst unterlag der Zeuge daher keinen Weisungen bzw. Zeitvorgaben des Beschuldigten. Er hatte die Haftung für die ordnungsgemäße Ausführung der ihm erteilten Aufträge zu tragen, war gewährleistungs- und verbesserungspflichtig und konnte für derartige Verbesserungs- und Gewährleistungsarbeiten keine zusätzlichen Kosten in Rechnung stellen. Der Zeuge legte Rechnungen über die von ihm durchgeführte Ausführung der erteilten Aufträge.

II.6. Die Oö. GKK erachtete den Zeugen als selbständig Erwerbstätigen und nicht als in der allgemeinen Sozialversicherung versicherungspflichtig. Insofern wurde gegenüber dem Beschuldigten auch kein Beitragszuschlagsverfahren durchgeführt.

Die Oö. GKK führte ebenfalls Ermittlungen und ein Verfahren zur Feststellung der unselbständigen bzw. selbständigen Tätigkeit des Zeugen durch. Die Oö. GKK gelangte zu dem Ergebnis, dass der Zeuge selbständig tätig war. Ein Beschäftigungsverhältnis des Zeugen zu seinen Auftraggebern wurde seitens der Oö. GKK nicht verfolgt.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen des Beschuldigten ergeben sich aus dem Akteninhalt, dem darin befindlichen Firmenbuchauszug sowie aus den Angaben des Beschuldigten im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Darüber hinaus ergeben sich die Feststellungen auch aus den weiteren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich anhängigen Verfahren zu den GZ. LVwG-301647-2017 und LVwG-301648-2017.

III.2. Die Feststellungen zum Unternehmen des Zeugen C.I. gehen ebenfalls aus dem Akteninhalt, den Erhebungen der Finanzpolizei, den Erhebungen der

Gebietskrankenkasse sowie insbesondere aus den Aussagen des Zeugen C.I. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht hervor.

So gab der Zeuge zwar zunächst in seiner Vernehmung vor der Finanzpolizei an, dass über eine Haftung nicht gesprochen wurde, allerdings bezog sich diese Frage auf die Auftragsvergabe eines anderen Unternehmens, nicht jenes des Beschuldigten, sodass daraus zunächst für die Haftung zwischen dem Zeugen und dem Unternehmen des Beschuldigten noch keine Sachverhaltsfeststellungen getroffen werden konnten.

Im Zuge der Vernehmung vor der Oö. GKK gab er an, dass vereinbart worden sei, dass er selbst gewährleistungsrechtlich für Mängel an der Arbeit einzustehen hat. Bislang ist ein solcher Fall nicht eingetreten, falls ja, müsste er aber die Haftung übernehmen. Er hat auch eine Betriebshaftpflichtversicherung für Schadensfälle übernommen.

Aus diesen Abweichungen der Vernehmung der Finanzpolizei, dass über eine Haftung nicht gesprochen wurde gegenüber der Vernehmung der Oö. GKK, dass eine Haftung vereinbart worden sei, lässt sich noch keine Widersprüchlichkeit oder Unvereinbarkeit ableiten. Immerhin handelt es sich doch bei der gewährleistungsrechtlichen bzw. schadenersatzrechtlichen Haftung eines Werkvertragsnehmers gegenüber seinem Auftraggeber um eine ohnehin gesetzlich normierte Verpflichtung, die auch dann besteht, wenn diese nicht extra und im Einzelnen ausgehandelt wurde.

Das Zustandekommen der jeweiligen Verträge erfolgte im Einzelfall entweder telefonisch oder per E-Mail. Zum generellen Zustandekommen über Vermittlung des A.M., der dem Zeugen zu den einzelnen Verträgen verhalf, wurden im Wesentlichen übereinstimmende und schlüssige Angaben getätigt, welche daher für glaubwürdig befunden werden können. Sämtliche Beschuldigte, nämlich auch die Mitbeschuldigten in den weiteren Verfahren sowie der Zeuge C.I. und die Zeugin L.S., machten dazu deckungsgleiche Angaben.

Diese stimmten in den wesentlichen Punkten überein und wirkten daher nicht abgesprochen. Außerdem hatten die drei Beschuldigten zuvor überhaupt nichts miteinander zu tun, sodass auch nicht der Eindruck entstand, diese hätten sich im Vorfeld der Verhandlung allenfalls abgesprochen. Ganz im Gegenteil wirkten diese Angaben insbesondere glaubwürdig, als diese auch im Verfahren vor der Finanzpolizei und in den jeweils getrennt geführten Verfahren voneinander übereinstimmend getätigt wurden. Die Verantwortung des Beschuldigten sowie der Mitbeschuldigten ist auch deshalb glaubwürdig, weil auf Basis dieser Verantwortung zunächst die Finanzpolizei ihre Strafanträge stellte, der Beschuldigte und die Mitbeschuldigten aber im Zuge der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ihre Verantwortung nicht änderten, sondern diese wie

ursprünglich aufrecht hielten. In diesem Sinn kann auch aus den scheinbar unterschiedlichen Angaben des Zeugen C.I. vor der Finanzpolizei und der Oö. GKK keine Unglaubwürdigkeit konstruiert werden.

Darüber hinaus wurde der Gewerbeschein des Zeugen vorgelegt, ferner auch die (sofern vorhanden) schriftlichen Werkverträge und die jeweiligen Rechnungen. In diese wurde Einsicht genommen.

III.3. Fest steht auch, dass die jeweiligen Werkverträge zumeist mündlich bzw. per E-Mail abgeschlossen wurden. Vereinzelt wurden auch schriftliche Verträge abgeschlossen, in welche Einsicht genommen wurde. Das Nichtvorliegen eines schriftlichen Vertrages führt noch nicht dazu, dass zwingend ein Dienstvertrag abgeschlossen wurde und ein Werkvertrag ausgeschlossen ist. Eine Verpflichtung, Verträge stets schriftlich abzuschließen besteht nämlich nicht. Womöglich führt das Fehlen von schriftlichen Verträgen zu Schwierigkeiten in der Beweisführung für die betroffenen Beschuldigten sowie zu unterschiedlichen rechtlichen Ansichten, die eben nun zu klären sind. Eine automatische Annahme einer unselbständigen Tätigkeit wird dadurch aber nicht hervorgerufen. Im Übrigen wäre dann außerdem zu hinterfragen, weshalb für Werkverträge Schriftlichkeit zu fordern wäre, für Dienstverträge aber nicht. In einem derartigen Verständnis von der Qualifikation eines Vertrages als Werk- oder Dienstvertrag kann jedenfalls ein Wertungswiderspruch erblickt werden.

III.4. Die Besichtigung der jeweiligen Baustellen wurde sowohl vom Beschuldigten als auch vom Zeugen C.I. geschildert. Auch in den Verfahren der Mitbeschuldigten erfolgte eine im Wesentlichen deckungsgleiche Vorgehensweise. Diese lässt allerdings noch nicht auf eine Umgehung der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen bzw. einen „Scheinwerkvertrag“ schließen, sondern ist diese jeweils im konkreten Einzelfall einer rechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Die geschilderte Vorgehensweise kann insofern einmal entweder zu einer Dienstnehmereigenschaft oder ein anderes Mal zu einer werkvertraglichen Vorgehensweise führen. Dies ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

Im vorliegenden Fall wurde dem Zeugen jeweils ein Auftrag über die Errichtung eines konkreten Gewerkes erteilt und wurde ihm teilweise dazu entweder die Örtlichkeit gezeigt oder ein Plan zur Verfügung gestellt. Hinsichtlich der konkreten Vorgehensweise bei der Ausführung des Vertrages wurden dem Zeugen keine Anweisungen erteilt und musste er selbst über die fachliche Errichtung des jeweiligen Gewerkes Bescheid wissen.

Übereinstimmend wurde jeweils der Gestalt vorgegangen, dass das Material, wie der Voranstrich, Pappe und Gas auf der Baustelle von den jeweiligen Unternehmen bereitgestellt wurde. Weiteres Werkzeug wie die Flämmlanze, Rollen für die Anbringung des Voranstriches sowie Schneidemesser musste der Zeuge jeweils

selbst auf die Baustelle mitbringen. Dies war eine übereinstimmende und insofern glaubwürdige Vorgehensweise.

Dieser Sachverhalt wurde im Übrigen auch von der Abgabenbehörde und von der belangten Behörde in dieser Form angenommen und ist jeweils die rechtliche Würdigung abweichend. Während die belangte Behörde davon ausging, dass auch die Beistellung der Materialien und die Zurverfügungstellung lediglich des Kleinwerkzeuges durch den Zeugen nicht zwingend zu einem Dienstverhältnis führt, geht die Finanzpolizei davon aus, dass dies wesentlich dafür sei, von Dienstnehmereigenschaft auszugehen.

III.5. Der Zeuge gab in seiner Vernehmung vor der Finanzpolizei an, dass er keine bestimmte Zeitvorgabe für die Durchführung der jeweiligen Aufträge erhalten hatte. Übereinstimmend gab er dies auch in der Niederschrift vor der Oö. GKK an, wo er ausführte, dass es ihm zur Gänze selbst überlassen blieb, wann er die Arbeiten effektiv ausführte. Er hatte keine Vorgaben, zu einer bestimmten Zeit auf einer Baustelle zu sein. Vielmehr hatte er vollkommen freie Zeiteinteilung. Er hätte die Arbeiten etwa auch am Abend machen können, sofern es noch hell (Tageslicht) war. Die einzige Vorgabe war, dass er die Arbeiten zu einem bestimmten Termin (Zeitfenster von mehreren Tagen bis zu einer Woche) fertigzustellen hatte.

Diese Ausführungen wurden dem Zeugen auch in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vorgehalten und wurde dazu auch eine Dolmetscherin für die t. Sprache beigezogen. Der Zeuge bestätigte die Richtigkeit der Aussage vor der Oö. GKK und erhob diese auch zu seiner Aussage vor dem erkennenden Gericht. Offensichtlich war der Zeuge auch dazu in der Lage, die Niederschrift vor der Oö. GKK zu verstehen und nachzuvollziehen, zumal er während der Übersetzung durch die Dolmetscherin immer wieder nickte. Teilweise beantwortete der Zeuge auch Fragen des Gerichtes, bevor diese vollständig von der Dolmetscherin übersetzt worden waren.

Darüber hinaus wurde in der Verhandlung auch die Tätigkeit der Durchführung von Flämmarbeiten oder dem Anbringen einer Dampfsperre erörtert, ebenso die Frage, ob es sich dabei um Facharbeitertätigkeiten oder um Hilfstätigkeiten handelte. Während die Abgabenbehörde die Auffassung vertrat, dass es sich dabei um einfache und gar nicht werkvertragsfähige Tätigkeiten handelte, vertraten sowohl der Beschuldigte als auch die Mitbeschuldigten die Auffassung, dass diese Tätigkeiten einem Facharbeiter zuzuordnen waren. Insbesondere schilderten alle Betroffenen übereinstimmend, dass es sich nicht bloß um Tätigkeiten handelte, die nach einer einfachen kurzen Einschulung verrichtet werden konnten. Der Zeuge gab dazu an, dass es für seine Tätigkeit zwar keine spezielle Ausbildung gebe, um diese zu erlernen; es sei aber auch nicht so, dass diese Tätigkeit einfach jeder ausüben könnte, und es sich um eine reine Hilfstätigkeit handeln würde. Übereinstimmend vertraten alle Anwesenden die Auffassung, dass jedenfalls eine

mehrmonatige Einschuldung von Nöten wäre, um die Tätigkeit als Flämmer ordentlich ausüben zu können.

Darüber hinaus gab der Zeuge auch an, dass er keine Anweisungen und Anordnungen der jeweiligen Auftraggeber erhielt. Zumeist seien die anweisungserteilenden oder auftragserteilenden Personen gar nicht als Flämmer fachkundig gewesen, sodass er ohnedies selbst dafür verantwortlich war, die Arbeitsschritte zu überprüfen oder zu kontrollieren. Erst am Ende wurde von den jeweiligen Bauleitern die Errichtung des Gewerkes überprüft. Diese Aussage bestätigte der Zeuge auch im Rahmen der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Er gab dazu an, dass er jeweils selbst wissen musste, was er zu tun hatte.

Darüber hinaus gab der Zeuge auch an, dass er selbst gewährleistungspflichtig für Mängel war und für seine Arbeit einzustehen hatte. Er hatte dafür auch die Haftung zu übernehmen und eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen. Dies bestätigte auch der Beschuldigte in seiner Vernehmung und gaben auch die Mitbeschuldigten übereinstimmend an, dass der Zeuge für die ordnungsgemäße Ausführung seiner Arbeiten haftbar war. Die Ordnungsgemäßheit der von ihm errichteten Gewerke war außerdem auch überprüfbar, zumal man dies durch Besichtigung der Stöße der verlegten Dampfsperre kontrollieren konnte. Auch die Undichtheit und ob diese am Dach oder an der Dampfsperre lag, konnte durch den Einsatz einer Vorgehensweise, bei der die Auslässe verstopft werden und dann Wasser mit Lebensmittelfarbe eingeleitet wurde, überprüft werden. Es war also sehr wohl feststellbar, ob die Undichtheit eines Daches allenfalls am Dach selbst oder an der unsachgemäßen Dachdampfsperre gelegen war. Im Falle, dass die Mangelhaftigkeit der Dampfsperre gegeben war, musste der Zeuge seine Arbeiten verbessern und war gewährleistungspflichtig, mit anderen Worten konnte er also für Verbesserungsarbeiten keine Rechnung legen.

Dies gab auch der Zeuge C.I. selbst an und führte dazu aus, dass die ordnungsgemäße Ausführung seiner Arbeiten sein unternehmerisches Risiko war. Auch die vernommene Zeugin des Beschuldigten gab dazu an, dass für derartige Verbesserungsarbeiten der Zeuge zuständig war. Dass diese Zeugin sehr wohl zwischen der Haftung des Bauunternehmens gegenüber dem Bauherren und der Haftung zwischen dem Bauunternehmen und dem Subunternehmen unterscheiden konnte, ergibt sich aus ihrer Aussage. Insbesondere gab die Zeugin nämlich an, dass die Frage eines Regresses wohl ein Streitfall werden würde, wenn das Bauunternehmen gegenüber dem Subunternehmer die Arbeiten abgenommen hatte. Die generelle Haftung bestand zwischen dem Bauunternehmen und dem Bauherren Intern bestand aber eine Regresshaftung zwischen dem Bauunternehmen und dem Zeugen als Subunternehmer. Eine direkte Haftung zwischen dem Bauherren und dem Subunternehmer bestand naturgemäß nicht.

Auch die Thematik, dass kein Haftrücklass zwischen dem Bauunternehmen und dem Zeugen vereinbart wurde, wurde in der Verhandlung erörtert. Dass ein solcher nicht extra vereinbart wurde, erscheint wirtschaftlich logisch und nachvollziehbar. Insbesondere handelte es sich bei den jeweiligen Aufträgen nur um sehr geringe Auftragssummen, im Bereich von in etwa 1.000 Euro. Hier extra einen Haftrücklass oder sogar einen Haftbrief auszustellen, erscheint vor diesem Hintergrund sogar lebensfremd. Darüber hinaus ist für einen Werkvertrag stets ohnehin eine gesetzliche Gewährleistungs- bzw. Schadenersatzpflicht gegeben, sodass ein konkreter Haftrücklass nicht extra vereinbart werden muss.

Darüber hinaus legte der Zeuge nach Fertigstellung der jeweiligen Aufträge eine Rechnung, führte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge selbst ab und wurden die Rechnungen nach Endkontrolle durch die jeweiligen Bauunternehmen bezahlt. Auch eine derartige Kontrolle ist schon deshalb erforderlich, weil immerhin nur ordnungsgemäß erfüllte Aufträge vom Bauunternehmen bezahlt werden. Darüber hinaus steht diese Kontrolle auch im Zusammenhang damit, dass für das Gesamtwerk stets das Bauunternehmen gegenüber dem Bauherren haftet und das Bauunternehmen allenfalls Regressansprüche gegenüber dem Subunternehmer geltend machen würde.

III.6. Auch die Oö. GKK untersuchte den vorliegenden Fall und die Frage der Selbständigkeit bzw. Versicherungspflicht in der allgemeinen Sozialversicherung des Zeugen C.I. Im Zuge dieser Erhebungen wurde eine umfassende Niederschrift errichtet, welche im Akt der belangten Behörde einliegt. Diese Niederschrift wurde auch im Zuge der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht mit dem Zeugen im Detail erörtert und wurden mit diesem die Niederschriften vor der Finanzpolizei (diese wurde von der Finanzpolizei im Rahmen der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vorgelegt und zum Akt genommen) und die Niederschrift vor der Oö. GKK genau erörtert. Die zunächst scheinbar vorliegenden Widersprüche zwischen den beiden Niederschriften der Finanzpolizei und der Oö. GKK konnten im Rahmen der Verhandlung geklärt und ausgeräumt werden.

Im Übrigen bezogen sich diese vermeintlichen Widersprüche auch nur darauf, ob eine Haftung vereinbart wurde bzw. ob über diese überhaupt nicht gesprochen wurde (siehe dazu oben). Im Wesentlichen stimmen aber alle Aussagen – sowohl jene vor der Finanzpolizei als auch jene vor der Oö. GKK als auch jene vor dem erkennenden Gericht – überein.

An den oben getroffenen Sachverhaltsfeststellungen besteht insofern kein Zweifel, der erhobene Sachverhalt ist vielmehr unstrittig und die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht daher eine Rechtsfrage.

IV. Rechtslage:

IV.1. Als Dienstnehmer gilt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG derjenige, der in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei hiezu auch Personen gehören, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen; unabhängig davon gelten Personen jedenfalls dann als Dienstnehmer, wenn sie entweder mit einem Dienstleistungscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz entlohnt werden, oder wenn sie nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) lohnsteuerpflichtig sind, soweit es sich nicht um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, handelt.

IV.2. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist. Gemäß Abs. 2 leg. cit. gilt Abs. 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten ist.

IV.3. Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgelts verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

IV.4. Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes 1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder 2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder 3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder 4. gehörig ausgewiesene Bedienstete oder Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind,

einsehen lässt. Gemäß § 111 Abs. 2 leg. cit. ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

IV.5. Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden. Ferner ist gemäß Abs. 3 leg. cit. ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Nach Abs. 4 leg. cit. sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend. Gemäß Abs.5 leg.cit. gelten die Grundsätze, nach denen (1.) die wirtschaftliche Betrachtungsweise, (2.) Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie (3.) die Zurechnung nach den §§ 21 und 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechts und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

Nachdem sich der zu beurteilende Sachverhalt im Wesentlich letztendlich als unstrittig erwies, ist im Rahmen der rechtlichen Beurteilen zu ergründen, ob dem Beschuldigten ein Verstoß gegen die Bestimmungen des ASVG zum Vorwurf gemacht werden kann oder nicht.

V.1. Typische Merkmale wirtschaftlicher Abhängigkeit (Unselbstständigkeit) sind:
1. die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers;

2. eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit;
3. die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung;
4. Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, „stille“ Autorität);
5. die Berichterstattungspflicht;
6. die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers;
7. das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer;
8. die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot);
9. die Entgeltlichkeit und
10. die Frage, wem die Arbeitsleistung zu Gute kommt.
(VwGH 18.10.2000, 99/09/0011)

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art „beweglichem System“, indem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (VwGH 22.02.2006, 2002/09/0187).

V.2. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der in Rede stehende Zeuge nicht in den Betrieb des Beschuldigten eingebunden war, sondern alleine auf der Baustelle tätig war bzw. nicht im Verbund mit anderen Arbeitern arbeitete, sondern selbst für die Durchführung seiner ihm erteilten Aufträge zuständig war. Er führte darüber hinaus keine regelmäßig wiederkehrenden Tätigkeiten für den Beschuldigten aus, sondern wurde mit jeweils in sich geschlossenen Einzelaufträgen beauftragt.

Darüber hinaus war der Zeuge auch noch für mehrere andere Unternehmen tätig, u.a. für jene der beiden Mitbeschuldigten. Ferner war der Zeuge auch noch für zwei weitere Unternehmen tätig, hinsichtlich dieser Unternehmen wurden – soweit ersichtlich – aber keine Strafverfahren eingeleitet. Dies wäre wohl aber die logische Konsequenz gewesen, wenn man jeweils von einer unselbständigen Tätigkeit des Zeugen ausgegangen wäre.

Schließlich war der Zeuge auch nicht dazu verpflichtet, persönlich die ihm erteilten Leistungen zu erbringen, vielmehr wäre es ihm auch gestattet gewesen, eigene Dienstnehmer (sofern er denn welche hatte) auf die Baustelle zu schicken. Dies bestätigten sowohl der Zeuge als auch die Beschuldigten sowie die weitere Zeugin. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Zeugen vom konkreten Unternehmen des Beschuldigten war insofern nicht gegeben, führte er doch auch noch zahlreiche andere Aufträge aus.

Auch war der Zeuge in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beschränkt, konnte er doch entweder selbst arbeiten oder Mitarbeiter beauftragen bzw. war er auch in seiner Zeiteinteilung – abgesehen von einem Zeitfenster – vollkommen frei. Dass ihm ein gewisser Endtermin genannt wurde, ist allerdings schon deshalb erforderlich, da dies auch die Definition des Gewerkes erfordert. Immerhin handelte es sich um einen Subunternehmerauftrag zwischen dem Unternehmen des Beschuldigten und dem Unternehmen des Zeugen und musste daher schon für den Ablauf der gesamten Baustelle ein Fertigstellungstermin festgelegt sein. Innerhalb des Zeitfensters war der Zeuge allerdings vollkommen frei und an keinerlei zeitliche Vorgaben gebunden. Auch ansonsten erfolgten keine Weisungen bzw. Anordnungen des Beschuldigten und musste der Zeuge – nachdem ihm die Örtlichkeit gezeigt bzw. ein Plan übergeben worden war – eigenständig die jeweiligen Arbeiten ausführen.

Dass das Material dazu vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde, führt noch nicht zwingend dazu, dass jedenfalls ein Werkvertrag ausgeschlossen war. Sonstiges Werkzeug musste der Zeuge selbst beistellen.

Darüber hinaus bestand auch keine vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Zeugen (Unternehmensbindung, Konkurrenzverbot). Ganz im Gegenteil war der Zeuge für eine Reihe weiterer Bauunternehmen als Schwarzdecker tätig.

Auch eine Haftung und Gewährleistungspflicht des Zeugen bestand. Ob diese nun im Konkreten extra vereinbart wurde oder ob darüber überhaupt nicht gesprochen wurde, tut dem Bestehen einer Haftung keinen Abbruch. Vielmehr besteht schon gesetzlich eine Gewährleistungspflicht eines Werkvertragsnehmers, sodass diese auch dann besteht, wenn sie nicht im Einzelnen vereinbart wurde. Dies gaben auch sämtliche Beteiligte jeweils übereinstimmend an. Dass nicht extra schriftlich ein Haftbrief verfasst wurde – was im Übrigen bei den bestehenden äußerst geringen Summen auch unwirtschaftlich wäre – führt nicht dazu, dass eine Haftung nicht besteht. Im Übrigen ist auch stets zu unterscheiden zwischen der endgültigen Haftung des Bauunternehmens gegenüber dem Bauherren und der internen Haftung zwischen dem Bauunternehmen und seinen Subunternehmen (Regress). Selbstverständlich werden Gewerke von Subunternehmern von den Bauunternehmen auch stets kontrolliert, dies alleine schon deshalb, um allfällige Zahlungsverpflichtungen, Zurückbehaltungsrechte und die bereits erörterte

Haftung überprüfen zu können. Aus einer Endkontrolle vor Bezahlung einer Rechnung kann deshalb noch keine Weisungsgebundenheit oder Kontrolle, wie diese bei Arbeitnehmern stattfindet, abgeleitet werden. Diesbezüglich hat auch einer der Mitbeschuldigten anschaulich den Unterschied zwischen dem Zeugen und seinen eigenen Dienstnehmern dargestellt, zumal eigenen Dienstnehmern konkrete Anweisungen erteilt werden, während der Zeuge selber wissen musste, wie er seine Arbeiten zu verrichten hatte.

Die Rechnungslegung und die Verantwortlichkeit des Zeugen für die Abführung von Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen steht unstrittig fest. In diesem Zusammenhang bildet auch der Umstand, dass die Oö. GKK von einer selbständigen Tätigkeit ausgeht, zumindest ein Indiz dafür, dass Dienstnehmereigenschaft nicht gegeben war (siehe dazu unten).

Zusammengefasst ergibt sich daher ein Gesamtbild dahingehend, welches bei einer Gesamtbetrachtung aller Merkmale für eine wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. Unselbständigkeit oder Selbständigkeit zu einem Werkvertragsverhältnis führt.

V.3. Hilfsweise kann auch die Judikatur zum AuslBG herangezogen werden. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher und/oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenes) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ist unter anderen auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (§ 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob dieser (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (VwGH 23.05.2002, 2000/09/0190; VwGH 24.01.2014, 2013/09/0174).

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 essenziell 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 (VwGH 05.06.2002, 2001/08/0107; 24.01.2006, 2004/08/0101; 25.04.2007, 2005/08/0082; 23.05.2007, 2005/08/0003; 3.10.2013, 2012/09/0150; jüngst VwGH 24.01.2014, 2013/09/0174)

V.4. Gegenständlich liegt jeweils ein selbständiges und individualisierbares Endprodukt vor. Wenngleich eine vollkommene Definition des Werkes jeweils nicht erfolgte, besteht dennoch ein Werkvertrag. Anhand der planlichen Vorgaben, der zu bearbeitenden Quadratmeter bzw. Laufmeter und der zugrunde gelegten Preisliste konnte nämlich bereits im Vorfeld festgelegt werden, welches Gewerk zu welchem Preis zu errichten war. Insbesondere genügt nämlich für die Definition als Werk, dass dieses – auch wenn es nicht „bestimmt“ ist – dieses zumindest „bestimmbar“ ist. Ein Mitbeschuldigter hat dies in seinem Schlusswort anschaulich dadurch definiert, dass eben anhand der Pläne die Menge und anhand der Preisliste das Entgelt sehr wohl im Vorfeld berechnet werden konnten.

Das Ende des jeweiligen Werkes war auch dadurch gegeben, dass am Ende eine Rechnungslegung erfolgte und die Bearbeitung einer bestimmten Baustelle abgeschlossen war. Dass stets eine Individualisierung der Leistungen möglich war, ergibt sich auch daraus, dass der Zeuge auf zahlreichen Baustellen Schwarzdeckerarbeiten durchführte.

V.5. Die Behörde ist berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, dies jedoch nur, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 12. September 2012, Zl. 2010/08/0237). Die Behörde ist in einem solchen Fall nicht gehalten, Ermittlungen und weitwendige Überlegungen zu der Frage anzustellen, ob die betretene Person in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht, da dies – wenn anders lautende konkrete Behauptungen samt Beweisanboten nicht vorliegen – unter den gegebenen

Umständen ohne weiteres vorausgesetzt werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Juli 2013, Zl. 2012/08/033, mwN.) [VwGH 19.12.2012, 2012/07/0165; 26.05.2014, 2012/08/0207]. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165).

V.6. Im vorliegenden Fall haben sowohl der Beschuldigte als auch der Zeuge die Tätigkeiten auf der Baustelle geschildert. Der Zeuge gab dazu an, im Wesentlichen alleine gewesen zu sein. Dies bedeutet nicht, dass er gänzlich alleine war, sondern dass auch Arbeiter anderer Unternehmen anwesend waren, er aber für seinen konkreten Auftrag alleine auf der Baustelle tätig war. Naturgemäß sind auf einer Baustelle mehrere Unternehmen – womöglich auch zeitgleich – anwesend, sodass eine konkrete Zuordnung eines Arbeiters zu einem Unternehmen noch nicht ohne weitere Erhebungen vorgenommen werden kann. Im vorliegenden Fall haben sowohl der Zeuge als auch der Beschuldigte darüber hinaus ein umfassendes Vorbringen dazu erstattet, dass kein Beschäftigungsverhältnis, sondern ein Werkvertragsverhältnis vorliegt. Dazu wurden auch Beweismittel vorgelegt (Gewerbeschein, Werkverträge, Rechnungen, Aussagen, etc.), sodass nicht ohne weiteres von einem Dienstverhältnis ausgegangen werden konnte.

V.7. Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich in der Vergangenheit bereits mit der Frage der „stillen Autorität des Arbeitgebers“ auseinander zu setzen. Wenn sich die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat, dann äußert sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten („stille Autorität des Arbeitgebers“), die der Beschwerdeführer auch ausgeübt hat (vgl. 99/08/0054). In einem solchen Fall kommt es darauf an, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß vereinbarten) Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. August 2003, 2000/08/0166). Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht (das heißt, soweit es sich nicht um einen Scheinvertrag handelt oder soweit nicht vom ursprünglich geschlossenen Vertrag etwa durch konkludentes Verhalten abgegangen wurde), 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 (VwGH 26.05.2004, 2001/08/0026).

V.8. Im Verfahren wurde vor diesem Hintergrund erörtert, inwiefern es sich bei den durchzuführenden Schwarzdeckerarbeiten um einfache Tätigkeiten handelte, für welche konkrete Anweisungen ohnehin nicht erforderlich waren. Dazu bestanden unterschiedliche Auffassungen. Während der Beschuldigte und der Zeuge die Meinung vertraten, dass sehr wohl eine intensive Einschulung und auch

eigene Kurse für die Durchführung von Flämmarbeiten erforderlich waren, vertrat die Abgabenbehörde die Meinung, dass hier das Fehlen von Weisungen zur Annahme einer stillen Autorität führt.

Diesbezüglich wurde schließlich auch die Qualität eines „freien Gewerbes“ diskutiert. Seitens der Abgabenbehörde wurde vorgebracht, dass es für ein freies Gewerbe lediglich notwendig sei, anzugeben, welches Gewerbe man ausüben wolle und die Vorlage eines Leumundszeugnisses. Umgekehrt stellte sich aber die Frage, welche Berechtigung ein freies Gewerbe überhaupt hätte, wenn es sich dabei um derart einfache Tätigkeiten handeln würde, dass diese im Wege der stillen Autorität wieder zu einer Dienstnehmereigenschaft führen würden. Die Ausübung von freien Gewerben würde dadurch wohl völlig leerlaufen.

Darüber hinaus ist ohnehin fraglich, ob es sich bei Flämmarbeiten und Schwarzdeckerarbeiten tatsächlich um besonders einfache Tätigkeiten handelt, ist dabei doch zumindest das Hantieren mit Gas und eine feuergefährliche Vorgehensweise gegeben. Darüber hinaus haben sich die Gewerke des Zeugen auch als durchaus unterschiedlich dargestellt, nämlich als Anbringen von Dampfsperren, horizontale Isolierungen, Hochzüge, etc. Aufgrund der Vielfältigkeit von Schwarzdeckerarbeiten ist daher das Vorliegen der stillen Autorität zu verneinen.

V.9. Der Umstand, dass ein Ausländer im Besitz eines Gewerbescheines gewesen ist, hindert grundsätzlich die Qualifikation seiner Verwendung als Beschäftigter nicht, weil der Ausländer in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht in den Ablauf des Unternehmens des Beschwerdeführers eingegliedert und von diesen abhängig war. (VwGH 25.06.2013, 2011/09/0065, 03.10.2013, 2012/09/0150)

V.10. Richtig ist zwar, dass alleine der Besitz eines Gewerbescheines noch nicht zur Qualifikation der ausgeführten Tätigkeiten als wirtschaftlich Selbständiger führt.

Im vorliegenden Fall stellt das Vorhandensein eines Gewerbescheines allerdings nur ein Einzelkriterium im Sinne der Gesamtbetrachtung (V.1. und V.2.) dar, sodass im Gesamten von einer werkvertraglichen Tätigkeit auszugehen ist.

V.11. Bei der Beurteilung, ob eine Tätigkeit in den Anwendungsbereich des AuslBG fällt [nichts anderes kann für das ASVG gelten], kommt es nicht entscheidend darauf an, ob sich der Ausländer zur Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft angemeldet oder Kontakt zum Finanzamt aufgenommen hat (VwGH 12.11.2013, 2012/09/0076). Auch für den Zeugen führt die Anmeldung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft nicht zwingend zur Selbständigkeit. In einer wertenden Gesamtschau und Abwägung aller Umstände

ergibt sich aber, dass der Zeuge gegenständlich nach dem ASVG nicht zu versichern war.

Auch der Umstand, dass die Oö. GKK kein Beitragszuschlagsverfahren eingeleitet hat bzw. selbst von der Selbständigkeit des Zeugen ausgegangen ist – spielt im Verfahren eine Rolle. Diesbezüglich ist zwar zunächst festzuhalten, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach § 38 AVG die Vorfrage, ob der vom Beschuldigten nicht zur Sozialversicherung angemeldete Zeuge in der konkreten Tätigkeit der Pflichtversicherung unterlag, selbst zu beurteilen hat, oder – sofern ein diesbezügliches Feststellungsverfahren bereits anhängig gemacht wäre oder gleichzeitig anhängig gemacht worden wäre – das Strafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auch hätte aussetzen können. Durch die Beurteilung dieser Vorfrage der Pflichtversicherung in einem Verwaltungsstrafverfahren wird diese Frage zwar für die konkrete Sache beantwortet, nicht aber mit Bindungswirkung für das Hauptfrageverfahren – die Feststellung der Pflichtversicherung – entschieden. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich war daher gehalten, selbst über das Vorliegen einer der Pflichtversicherung unterliegenden Tätigkeit zu entscheiden. Das Verfahren vor der Oö. GKK bzw. die Entscheidung der Oö. GKK stellt daher keine die Verwaltungsstrafbehörde bindende Entscheidung dar (VwGH 16.3.2011, 2008/08/0040).

Insofern hatte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich diese Frage selbst im obigen Sinne zu beantworten, diese war am Ende aber gleichlautend mit der Rechtsauffassung der Oö. GKK.

V.12. Im Ergebnis war daher eine Strafbarkeit des Beschuldigten wegen Übertretung des ASVG nicht gegeben, der Bescheid der belangten Behörde zu bestätigen und die Beschwerde der Abgabenbehörde als unbegründet abzuweisen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, 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 dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Zur vorhandenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, mit welcher die vorliegende Entscheidung im Einklang steht – zu den Merkmalen einer

wirtschaftlichen Unselbständigkeit, der Qualifikation eines Werkvertrages, der Bedeutung der stillen Autorität, der Vermutung eines Dienstnehmerverhältnisses und dem Verfahren vor der Oö. GKK – wird auf die oben zitierte Rechtsprechung (VwGH 18.10.2000, 99/09/0011; 22.02.2006, 2002/09/0187; 23.05.2002, 2000/09/0190; 24.01.2014, 2013/09/0174; 05.06.2002, 2001/08/0107; 24.01.2006, 2004/08/0101; 25.04.2007, 2005/08/0082; 23.05.2007, 2005/08/0003; 03.10.2013, 2012/09/0150; 12.09.2012, 2010/08/0237; 19.12.2012, 2012/08/0165; 26.05.2004, 2001/08/0026; 12.11.2013, 2012/09/0076; 16.06.2011, 2008/08/0040) verwiesen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer