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

Geschäftszeichen:
LVwG-302356/9/KL/CG/FE

Datum:
Linz, 5. September 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der E G, B, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. A S, K, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 8.4.2019, GZ: BHPESBBG-2018-26027/12-AS, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz – ASVG nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 11. Juli 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 8.4.2019, BHPESBBG-2018-26027/12-AS, wurden über die Beschwerdeführerin 4 Geldstrafen in der Höhe von jeweils 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 112 Stunden, wegen jeweils einer Verwaltungsübertretung gemäß §§ 33 Abs. 1 und 111 Abs. 1 Z. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG verhängt, weil sie es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der B G GmbH mit Sitz in A, B, und somit als das zur Vertretung nach außen hin berufene Organ dieses Unternehmens zu verantworten hat, dass die B G GmbH als Dienstgeberin entgegen § 33 Abs. 1 ASVG ihrer Verpflichtung, vier in der Krankenversicherung (Vollversicherung) pflichtversicherte beschäftigte Dienstnehmer, nämlich

1. Herrn G C A, geb. x, ungarischer StA.,
2. Herrn G A, geb. x, ungarischer StA.,
3. Herrn J D, geb. x, ungarischer StA. und
4. Herrn J K, geb. x, ungarischer StA.,

vor Arbeitsantritt am 19.06.2017 bei der örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse anzumelden, nicht nachgekommen ist.
Die B G GmbH hat die vier Dienstnehmer in der Zeit von 19.06.2017 bis zum Zeitpunkt der Kontrolle der Finanzpolizei am 06.07.2017, 10:55 Uhr als Fenster- und Türenmonteure im Rahmen ihres Unternehmens in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen (ein die Geringfügigkeitsgrenze übersteigendes) Entgelt auf der Baustelle „H“ in S, B beschäftigt, ohne diese Dienstnehmer vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger (OÖ Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77) angemeldet zu haben.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses beantragt. Im Wesentlichen wurde begründend ausgeführt, dass die Firma „M T GbR“ eine in Deutschland registrierte Firma mit aufrechter Umsatzsteueridentifikationsnummer sei, welche nach außen Rechtsfähigkeit habe, allerdings nicht in das deutsche Firmenbuch eingetragen sei. Zur Geschäftsführung und Vertretung seien im Zweifel alle Gesellschafter befugt und sei es möglich, einen Werkvertrag mit einer deutschen GbR abzuschließen. Den an ihr beteiligten Personen fehle jegliche Dienstnehmereigenschaft. Die deutsche GbR unterliege keiner Pflichtversicherung in Österreich. Die Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin der B G GmbH habe davon ausgehen können, dass sie einen Werkvertrag mit einer in Deutschland registrierten Firma abgeschlossen habe. Nachforschungspflichten würden den an die Beschwerdeführerin anzulegenden Sorgfaltsmaßstab bei weitem überspannen. Eine persönliche Abhängigkeit der Gesellschafter werde bestritten. Es gebe keine Feststellungen, dass die M T GbR ausschließlich für die Fa. B G GmbH in Österreich

tätig gewesen sei und in welchem gesamten Leistungszeitraum pro Jahr Arbeiten durchgeführt worden seien. Es sei nicht erwiesen, dass die 4 Gesellschafter auf Anforderung der B G GmbH für diese gearbeitet hätten und Arbeitsbeginn und laufende Arbeitsleistung von der B G GmbH vorgegeben worden seien. Auch sei keine Weisungsgebundenheit gegeben. Auch sei es nicht so, dass die Fa. M T GbR darauf wartete, wieder einen Auftrag von der Fa. B G GmbH zu erhalten. Es hätte daher, falls diese keine Zeit gehabt hätte, die B G GmbH eine andere Firma beauftragt. Es lag zu keinem Zeitpunkt eine wirtschaftliche Abhängigkeit vor. Fenster und Türen seien zwar von der Fa. B G GmbH angeschafft worden, allerdings sei es Wesen des Montageauftrags, dass etwas durch den Auftragnehmer montiert wird, wobei die zu montierenden Gegenstände nicht vom Auftragnehmer stammen. Kleinere Montagemittel seien von der B G GmbH gekauft worden, womit nur sichergestellt worden sei, dass die Werkstoffe zusammenpassen. Dies sei für die M T GbR einfacher und auch günstiger gewesen, als selbst das Material anderweitig zu kaufen. Erforderliche Werkzeuge seien von der M T GbR selbst beigebracht worden und sei ein Firmenwagen verwendet worden. Es sei ein Werkvertrag geschlossen worden. Für den Fall von Mängel habe eine Gewährleistungsverpflichtung der M T GbR vorgelegen. Auch sei die Abrechnung nicht mit den Geschäftsführern der M T GbR, sondern mit dieser Firma über die Umsatzsteueridentifikationsnummer erfolgt. Eine Eingliederung der Geschäftsführer in den Betrieb der B G GmbH sei nicht erfolgt. Vielmehr sei jederzeit freigestanden, den Auftrag zu beenden oder überhaupt nicht erst anzunehmen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Perg als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Juli 2019, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und erschienen sind. Weiters wurde der Zeuge Mag. J S vom Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr geladen und einvernommen. Die weiters geladenen Zeugen G C A, G A, J D und J D sind mangels wirksamer Zustellung nicht erschienen.

4.1. Folgender erwiesener Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Bei einer Kontrolle der Finanzpolizei Steyr vom 6.7.2017 wurden bei der Baustelle „H“, S, B, der Fa. B G GmbH mit Sitz in A, B, 4 ungarische Arbeiter beim Einbau von Fenstern und Türen angetroffen. Sie waren nicht zur österreichischen Sozialversicherung angemeldet. Im Personenblatt in ungarischer Sprache gaben

die ungarischen Staatsangehörigen an, für die Fa. T GbR als Selbständige zu arbeiten. Als Arbeitsbeginn an der angetroffenen Arbeitsstelle gaben sie 19.6.2017 an. Es lag weder eine A1-Sozialversicherungsbescheinigung, noch eine ZKO-Meldung, noch ein Arbeitsvertrag bzw. Dienstzettel, noch ein Lohnzettel oder eine Banküberweisung oder ein Kassenbeleg vor. Die niederschriftliche Einvernahme eines ungarischen Arbeiters, G C A, ergab, dass sie bei der Baustelle „H“, S, B, Fenster und Türen montierten, und zwar für das Unternehmen T GbR. Sie arbeiten alle selbständig und sind jeder Chef und sind gemeinsam eine Partie. Der einvernommene A gab an, seit 2015 in der Firma zu sein, in welcher sie 5 Selbständige sind. Die Fa. T GbR vertritt C T, ein Deutscher, welcher sowohl die Aufträge einholt und abschließt als auch die Abrechnungen der Bauvorhaben durchführt. Jeder Selbständige der Firma bekommt eine E-Mail von der Fa. G, wo die nächste Baustelle ist, was dort zu machen ist und wie es zu machen ist. Die Gewährleistung läuft über die Fa. T GbR. Es wird aufgeteilt auf alle Chefs. Die Bezahlung erfolgt dahingehend, dass jeder je nach Arbeitsstunden seinen Anteil bekommt, also bei gleicher Arbeitszeit gleich viel Geld. Wer weniger arbeitet, bekommt weniger Geld. Die Fa. T GbR hat keine Mitarbeiter, sondern besteht nur aus 5 Selbständigen. Verwendet wird ein Firmenfahrzeug, das jeder verwenden kann und damit fahren kann. Das Werkzeug gehört den ungarischen Arbeitern. Das Material wie Fenster, Silikon, Schrauben …. kommt von der Fa. G. Bei Problemen wird die Fa. G angerufen, wobei der Ansprechpartner M N heißt. In Österreich wird nur für die Fa. G gearbeitet.

Die Beschwerdeführerin ist einzige handelsrechtliche Geschäftsführerin der B G GmbH mit Sitz in A und unterhält schon lange Zeit Vertragsbeziehungen mit der Fa. T. Die Beschwerdeführerin verfügt über eine Gewerbeberechtigung für Handel und Montage von Fenstern, Türen und Toren seit dem Jahr 2014. Es handelt sich um ein Familienunternehmen, das mit der Zeit gewachsen ist. Hauptsächlich werden Fenster montiert, zur Hälfte in Neubauten, zur Hälfte in Altbauten. Die Fa. G hat selber 45 Mitarbeiter, davon 20 in der Montage. In Spitzenzeiten wird mit Subunternehmen zusammengearbeitet, so z.B. seit dem Jahr 2004 mit der Fa. T. Für die Fenstermontage sind pro Baustelle 2 – 4 Mitarbeiter erforderlich. Falls die eigenen Kapazitäten nicht ausreichten, wurde Kontakt mit Subfirmen, z.B. auch mit der Fa. T, aufgenommen. Es wurde je Baustelle ein Pauschalpreis ausverhandelt. Die Fa. T ist nicht die einzige Subfirma der Fa. G. Kaufmännischer Ansprechpartner bei der Fa. T war C T, mit welchem der Preis verhandelt wurde und der auch die Rechnungen ausgestellt hat. Auf den Baustellen hatten die jeweiligen Monteure der Fa. T Kontakt mit dem jeweiligen für die Baustelle zuständigen Techniker. Die Fa. G verfügt über 4 Baustellenleiter, davon war einer Herr N. Es wurde mit der Fa. T der Auftrag zu einem Pauschalpreis und den Bedingungen ausverhandelt. Wie viele Monteure und welche Monteure von der Fa. T zur Baustelle kommen, war der Beschwerdeführerin nicht bekannt. Im Wesentlichen kamen die gleichen Dienstnehmer. Es wurde mit der Fa. T auch entsprechend den Vorgaben des Bauzeitplanes der jeweiligen Baustelle auch ein

Zeitrahmen vereinbart, in welchem die Arbeiten von der Fa. T zu erledigen sind. Die Zahl der Monteure der Fa. T war der Beschwerdeführerin nicht bekannt. Da die Aufträge mit der Fa. T vereinbart wurden, wurde nicht hinterfragt, ob die Mitarbeiter zur Sozialversicherung angemeldet waren. Die Beschwerdeführerin ging von unselbständig Beschäftigten der Fa. T aus. Sie wusste auch nicht, wie viele Mitarbeiter die Fa. T im Jahr 2017 hatte. Ihr gegenüber wurde von C T nie Bezug genommen und geäußert, dass es sich bei den Monteuren um Selbständige handelt. Allerdings wurde ihr von Herrn T im Jahr 2017 mitgeteilt, dass sich die Firma aus Österreich zurückzieht. E-Mails der Bauleiter an die ungarischen Monteure sind ihr nicht bekannt. Hinsichtlich Anfragen zur Baustelle wenden sich die Monteure an den jeweiligen Baustellenleiter. Einen schriftlichen Auftrag oder Werkvertrag gibt es nicht. Es wurde sehr viel mit E-Mailverkehr und in persönlichen Gesprächen abgewickelt. Aufgrund der langen Zusammenarbeit seit 2004 hat die Zusammenarbeit immer funktioniert. Im Gewährleistungsfall hat dann die Firma noch einen Service oder Verbesserungen durchgeführt. Hatte die Fa. T nicht sofort reagiert, wurde von der Fa. G eingesprungen und dieser Service dann der Fa. T in Rechnung gestellt. Für die Fa. G wurde die Fa. T als einzige nicht österreichische Subfirma tätig, die übrigen Subunternehmen waren alle aus Österreich. Kontakt wurde seitens der Fa. G nur mit der Fa. T bzw. Herrn C T aufgenommen, nicht mit den Monteuren. Bei der Auftragsverhandlung wurde der Bauzeitplan, an den auch die Fa. G gebunden war, an die Fa. T mitgeteilt und als Zeitrahmen vorgegeben. Wann konkret die Arbeiten dann ausgeführt wurden, lag allein bei der Fa. T. Hatte die Fa. T zum vorgegebenen Zeitpunkt keine Zeit, so wurden die Arbeiten, wenn es möglich war, verschoben, oder wurde dann die Baustelle von den eigenen Monteuren der Fa. G betreut. Die Zusammenarbeit mit der Fa. T war nicht regelmäßig, aber durch die langjährige Verbindung immer wieder gegeben.

Jeder ungarische Monteur hatte eine Art Gewerbeauszug mitgehabt, welcher für jede Person anders ausgesehen hat, aber auf welchen immer T und GesbR aufschien. Bestand viel Arbeit, wurden mehr Chefs in die Firma aufgenommen, bei weniger Arbeit waren weniger Personen bei der GesbR Chefs.
Es wurden auch Rechnungen der M T GbR an deutsche Firmen aus dem Zeitraum September bis Dezember 2017 vorgelegt, sowie auch Rechnungen an eine österreichische Firma vom November 2015 bzw. März und Mai 2016 als Beispiele für eine Tätigkeit auch für andere Auftraggeber sowohl in Österreich als auch Deutschland.

Eine IMI-Anfrage der Finanzpolizei weist für die M T GbR als gesetzlichen Vertreter Herrn C T aus, wobei die GbR nicht rechtmäßig in Deutschland niedergelassen ist und nicht registriert ist und die Gewerbeanmeldung seit dem 30.5.2017 nicht mehr gültig ist. Für die Firma waren lediglich im Zeitraum von 2012 bis 2015 Arbeitnehmer zur Sozialversicherung angemeldet. Die GbR hat von 2012 bis 2017 Umsätze an das Finanzamt Schrobenhausen erklärt und somit eine wirtschaftliche Tätigkeit in Deutschland ausgeübt. Die Adresse der Betriebsstätte der M T GbR ist

spätestens seit 30.5.2017 nicht mehr korrekt, da es sich bei dem Objekt um ein Wohnhaus handelt, am 9.8.2017 weder ein Klingelschild noch ein Briefkasten der M T GbR vorhanden war und C T und seine Frau I T am 30.5.2017 aus dem Objekt ausgezogen sind.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akt, insbesondere aus den der Anzeige angeschlossenen Schriftstücken, wie Personenblätter, Niederschrift, IMI-Abfrage samt Auskunft des Hauptzollamtes Augsburg, sowie aus den Angaben des einvernommenen Zeugen. Insbesondere stützen sich die Feststellungen auch auf die umfangreichen und kooperativen Ausführungen der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung samt den von ihr vorgelegten Dokumenten. Die Beschwerdeführerin hat ihre Zusammenarbeit und das Arbeitsverhältnis mit der M T GbR glaubwürdig dargelegt. Insbesondere legte sie glaubwürdig dar, dass lediglich mit C T und sohin namens der Fa. T Kontakt aufgenommen wurde und ein Vertragsverhältnis eingegangen wurde. Die Abwicklung der Aufträge wurde glaubwürdig von der Beschwerdeführerin namens und auf Rechnung der Fa. T dargelegt. Diese Darlegungen wurden auch durch vorgelegte Rechnungen untermauert und stehen auch nicht im Widerspruch zu dem vom Finanzamt einvernommenen ungarischen Arbeiter A. Dass die Arbeiter alle angaben, als Selbständige tätig zu sein, und auch Gewerbeanmeldungen beibrachten, ist noch kein Beweis dafür, dass sie jeder für sich selbständig tätig waren. Im Grunde der Vertragsschließung und Abwicklung sowie Abrechnung nur mit der Fa. T, was auch vom einvernommenen A bestätigt wurde, ist davon auszugehen, dass die Arbeiter namens und auf Rechnung der Fa. T tätig waren. Es gibt kein Beweisergebnis dafür, dass die ungarischen Arbeiter in den Betrieb und die Organisation der G GmbH eingegliedert waren. Auch gibt es kein Beweisergebnis dahingehend, dass die Arbeitszeit von der Fa. G vorgegeben wurde. Die Vorgabe eines Bauzeitplanes ist hingegen für die Übernahme von Arbeiten durch Werkvertrag erforderlich und üblich. Auch die Kontaktnahme mit dem jeweiligen Bauleiter der Fa. G bei Fragen und Problemen ist noch kein Beweis für ein Abhängigkeitsverhältnis bzw. Dienstverhältnis. Dem gegenüber steht die glaubwürdige und unwidersprochene Ausführung der Beschwerdeführerin, dass sie keine Kenntnis über die Zahl der Arbeiter der Fa. T hatte und auch über die Namen nur insofern Kenntnis hatte, als meistens die gleichen Personen kamen. Im Gesamtbild erscheint daher die Aussage der Beschwerdeführerin glaubhaft, dass sie aufgrund der langjährigen Zusammenarbeit mit der Fa. T vom Bestehen der Fa. T sowie einer Entsendung von deren Mitarbeitern zur Vertragsausführung ausging. Da die Fa. T das einzige nicht österreichische Subunternehmen der Fa. G war, sind auch ihre Ausführungen glaubhaft, dass nicht immer wieder Nachforschungen über die Existenz und die Arbeiter der Firma eingeholt wurden. Auch wurde durch Rechnungen dargelegt, dass sowohl die Fa. G neben der Fa. T auch andere Subunternehmer in Anspruch nahm als auch die Fa. T für andere Auftraggeber als die Fa. G tätig war.

Ob hingegen die ungarischen Monteure in Deutschland als Selbständige oder Unselbständige und überhaupt zur Sozialversicherung gemeldet waren, war im gegenständlichen Verfahren nicht zu klären.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idgF. (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung), haben die 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 § 33 Abs. 2 ASVG 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 sind.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer aufgrund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinn dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person 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 der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige

Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

.....

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafen bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen 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 auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 539 a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

5.2. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 24.4.2014, Zl. 2012/08/0081, aus:
„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. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).

.....
Ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares – davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit

des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG) – nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12325/A). Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, 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 Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.“ (vgl. so auch VwGH vom 20.03.2014, Zl. 2012/08/0024).

Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht (vgl. zum Folgenden die hg. Erkenntnisse vom 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, und vom 15.07.2013, Zl. 2013/08/0124). Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25.04.2007, VwSlg. 17185/A).“

„Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht“ (VwGH vom 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258).

Dabei liegt sämtlicher Judikatur des VwGH zugrunde, dass „persönliche Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit“ vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung, z.B. Erkenntnis vom 29.4.2015, 2013/08/0196, zur Frage, ob die Merkmale eines der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegenden Dienstverhältnisses gegeben sind, ausgeführt, dass es nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages ankommt, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit (vgl. § 539a Abs. 1 ASVG). Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zwar 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 (mit weiteren Judikaturnachweisen). So hat der Verwaltungsgerichtshof z.B. in seinem Erkenntnis vom 28.1.2015, 2013/08/0048, hinsichtlich einer Verwendung für Reinigungsarbeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und ihre Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben und typischerweise den Inhalt eines Dienstverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden, in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte als der Meldepflicht nach dem ASVG unterworfener Beschäftigung bestätigt. Auch im Erkenntnis vom 24.4.2014, 2012/08/0177, bestätigt er, dass berechtigt von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn ausgegangen werden kann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

Zum Vorliegen eines Werkvertrages führt der Verwaltungsgerichtshof unter anderem im Erkenntnis vom 20.3.2014, Zl. 2012/08/0024, aus: „Ein Werkvertrag liegt 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. Der Vertrag begründet grundsätzlich ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein ‚gewährleistungstauglicher' Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können."

5.3. Unter Zugrundelegung der zitierten Gesetzesbestimmungen und der diesbezüglichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes war daher im Grunde des gegebenen Sachverhaltes von einem Werkvertragsverhältnis und nicht von einem

Dienstnehmerverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen.
Entsprechend der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Werkvertrag legte die Beschwerdeführerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ausführlich und glaubwürdig dar, dass je Baustelle - zwar in mündlicher Form - ein Werkvertrag zumeist zu Pauschalpreisen, jeweils bezogen auf die Baustelle, gemäß den übermittelten Plänen mit der T GbR abgeschlossen wird. Die Bestimmung der Anzahl der erforderlichen Monteure sowie auch die Bestimmung der Personen der Monteure erfolgt durch die T GbR und nicht durch die Beschwerdeführerin. Vereinbarungen werden lediglich mit C T namens der T GbR getroffen und auch von dieser Rechnung an die Beschwerdeführerin gelegt und von der Beschwerdeführerin an die T GbR unter der angegebenen UID-Nummer beglichen. Auch Gewährleistungspflichten im Fall von mangelhafter Durchführung treffen die T GbR. Lediglich zur Sprachverständigung bzw. hinsichtlich Detailfragen hinsichtlich der Baustelle besteht Kontakt mit Arbeitnehmern der Beschwerdeführerin zu den Monteuren. Es gibt aber keine Vorgaben hinsichtlich der detaillierten Arbeitsaufteilung unter den Monteuren, hinsichtlich Arbeitszeit und hinsichtlich Arbeitszeitaufzeichnungen. Die ungarischen Monteure sind nicht in den Betrieb der Beschwerdeführerin integriert. Lediglich im Hinblick auf die Bindung an einen für die Baustelle vorgegebenen Bauzeitplan, der auch für die Beschwerdeführerin gilt, wird diese Bindung an den Bauzeitplan auch an die T GbR bzw. deren Monteure weitergegeben. Wann und wie die Leistung innerhalb des Zeitrahmens erbracht wird, obliegt nicht der Beschwerdeführerin, sondern der T GbR. In diesem Sinne besteht auch hinsichtlich der einzelnen Monteure keine persönliche Arbeitspflicht gegenüber der Beschwerdeführerin. Vielmehr sind die einzelnen Personen der Monteure beliebig austauschbar, da die Beschwerdeführerin weder über die Zahl noch über die Namen der von der T GbR entsendeten Personen Bescheid weiß und auch nicht verfügt. Daran hindert auch nicht der Umstand, dass in der Regel die gleichen Personen kommen. Vielmehr ist entscheidend, dass die Beschwerdeführerin keinerlei Einfluss auf die Zahl und die Personen, die von der T GbR zur Erfüllung des Auftrages kommen, ausübt. So führt die Beschwerdeführerin noch glaubwürdig aus, dass, wenn die T GbR keine Kapazitäten frei hat, auch andere Subunternehmer von der G GmbH beauftragt werden. Demgegenüber wurde auch in der mündlichen Verhandlung nachgewiesen, dass die Firma T GbR zwar in Österreich nur für die Firma G GmbH tätig ist und Aufträge erfüllt, allerdings in Deutschland auch andere Auftraggeber hat. Dass hingegen die Firma T GbR nicht registriert ist und nicht rechtmäßig gemeldet ist, ändert nichts an dem Umstand, dass ein Auftragsverhältnis bzw. langjährige Vertragsbeziehungen zur Beschwerdeführerin bestanden haben, wenngleich auch die Rechtmäßigkeit bzw. Gesetzmäßigkeit in Deutschland allenfalls nicht gegeben ist. Darüber hinaus hatte die Beschwerdeführerin Kenntnis von der T GbR über eine irrtümliche Löschung der Firma und auch darüber, dass sich die Firma in Zukunft aus Österreich zurückziehen wolle.

Da die erbrachte Dienstleistung hauptsächlich die Fenstermontage betrifft, spricht auch nicht gegen einen Werkvertrag, dass die Fenster von der Firma G GmbH beschafft werden. Auch ist sachlich gerechtfertigt, dass das je Fenster erforderliche Montagematerial dazu von der Firma G GmbH besorgt und zur Verfügung gestellt wird. Das Werkzeug wird von den Monteuren mitgebracht. Auch kommen die Monteure mit einem deutschen Firmenfahrzeug zur Baustelle. Wie die Abrechnungen zeigen, wird je Baustelle mit der Firma T GbR abgerechnet, nicht mit einzelnen Monteuren. Es war daher auch nicht erkennbar für die Beschwerdeführerin, ob bzw. dass die Monteure als Selbstständige tätig waren. Die für die Firma T GbR firmeninterne Aufteilung des Rechnungsbetrages (wie z.B. angegeben nach geleisteten Arbeitsstunden der Monteure) muss der Beschwerdeführerin nicht bekannt sein und wurde ihr auch nicht bekannt und beeinträchtigt auch nicht die Rechtsbeziehung zur Firma T GbR.
Dass die Monteure - wenn auch glaubhaft ohne Kenntnis der Beschwerdeführerin - allenfalls per E-Mail durch Bauleiter der G GmbH hinsichtlich der näheren Örtlichkeit einer Baustelle persönlich kontaktiert worden sind, ist angesichts des Umstandes, dass eine sehr langjährige Zusammenarbeit der G GmbH mit der T GbR bestand, nicht außergewöhnlich und ist im Zusammenhalt damit zu sehen, dass aber konkrete Arbeitsvorgaben und konkrete Zeitvorgaben und Zeitaufzeichnungen durch die G GmbH dann hinsichtlich der Monteure der T GbR nicht vorgenommen wurden.

Aus der nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gebotenen Zusammenschau der Gesamtumstände im konkreten Fall kann daher nicht mit einer für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit von einem persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zur G GmbH ausgegangen werden. Aus diesem Grunde war daher keine Dienstgebereigenschaft der G GmbH und keine Verpflichtung zur Meldung zur Sozialversicherung gegeben.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ist von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.
Es war daher das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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.

Die Entscheidung stützt sich auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wie in Punkt 5.2. dargelegt. Die Beweiswürdigung erfolgt im Einzelfall und ergibt sich daraus keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

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

Gegen diese Entscheidung 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen

Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt