

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

21.12.2011

Geschäftszahl

2010/08/0129

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Doblinger und MMag. Maislinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde des JZ in Wien, vertreten durch Mag. Johann Galanda und Dr. Anja Oberkofler, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Gonzagagasse 1/9, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 27. April 2010, Zl. UVS- 07/A/11/8897/2009-2, betreffend Übertretungen des § 111 iVm § 33 ASVG (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen berufenes Organ der R-Bau GmbH mit Sitz in W zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Dienstgeberin auf einer näher bezeichneten Baustelle in W

- 1) in der Zeit vom 8. bis 26. Mai 2009 den näher bezeichneten polnischen Staatsangehörigen ZO und
- 2) in der Zeit vom 12. bis 26. Mai 2009 den näher bezeichneten polnischen Staatsangehörigen PS

mit dem Verspachteln von Rigipswänden beschäftigt habe, ohne diese Dienstnehmer als in der Krankenversicherung pflichtversicherte Personen (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger (Wiener Gebietskrankenkasse) anzumelden.

Für diese Übertretung des § 33 Abs. 1 iVm § 111 ASVG wurden über den Beschwerdeführer zwei Geldstrafen von jeweils EUR 770,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils zwei Tagen und zwei Stunden) verhängt.

In ihrer Bescheidbegründung stellte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges und zusammengefasster Wiedergabe der Angaben der in der Berufungsverhandlung einvernommenen Personen fest, dass die Arbeitskräfte PS und ZO im Umfang des unwidersprochenen Tatzeitraumes für das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen R-Bau GmbH als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen seien; unbestritten sei auch der Umstand der fehlenden sozialversicherungsbehördlichen Meldung. Das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit von PS und ZO sei zu verneinen.

Beweiswürdigend setzte die belangte Behörde fort, dass in den von der (den gegenständlichen Strafantrag stellenden) Finanzbehörde aufgenommenen Erhebungsblättern, deren inhaltliche Richtigkeit von ZO und PS durch Unterschriften an Ort und Stelle bestätigt worden seien, als Firmenname die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft eingetragen sei. Auch auf den eigenhändig von ZO und PS ausgefüllten Erhebungsbögen (mit Fragestellung in polnischer Sprache) befinde sich der Eintrag "beschäftigt für die (R-)Bau" (wenngleich der Dolmetsch diesbezüglich eine Einschränkung hinsichtlich der sprachlich unklaren Fragestellung angemerkt habe). Es sei auf diesen selbst ausgefüllten Erhebungsbögen die Art der Abrechnung (Preis je m2) jeweils angegeben und im Fall des ZO auch eine tägliche Arbeitszeit (Anm.: 7.00 bis 17.00 Uhr) eingetragen. Die Angaben der Bereitstellung von Material würden sich mit den Ausführungen des Finanzamtes decken. Über beide Arbeitskräfte sei ein Auszug aus dem Gewereregister mit dem Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" vorgelegt worden, ebenso ein als "Auftragsschreiben, Verhandlungsprotokoll" titulierter angeblicher

Werkvertrag, der sich nur im Umfang der in m2 angegebenen Verspachtelflächen unterscheidet und sonst inhaltlich völlig gleich abgefasst sei, wobei im Sinne der eigenen Darlegung des den Vertrag (Anm: in Stellvertretung des Beschwerdeführers für die GmbH) abschließenden Herrn S ein vorgefertigtes Muster ohne Adaptierung nach den jeweiligen Vertragsinhalten zugrunde gelegt worden sei. Weder ZO noch PS hätten Genaueres über den Inhalt des Vertrages gewusst. Weder der "Vertragsaussteller" S noch die "Vertragsnehmer" ZO und PS hätten vom vertraglich vereinbarten Leistungsverzeichnis über die durchzuführenden Arbeiten gewusst. Auch der Passus "Schutt räumen" sei als Entfernen von Bauschutt mit der Definition des abgeschlagenen Putzmaterials von allen Beteiligten wiedergegeben und als vom Vertragsinhalt nicht erfasst dargestellt worden, weshalb der Vertragsinhalt als zweifelhaft anzusehen sei. Auch der Passus "der Subunternehmer (die beiden Arbeitskräfte (ZO) und (PS)) erklären an Eides statt, dass sämtliches von ihnen bereitgestelltes Personal eine gültige Arbeitsgenehmigung für Österreich besitzt", sei mit den tatsächlichen Gegebenheiten eklatant im Widerspruch, da diese "Subunternehmen" keinerlei Arbeitskräfte einsetzten, sondern bei Fehlen jeglicher arbeitsrechtlicher Bewilligung die Arbeit selbst verrichteten. Dies näher darzulegen seien sowohl die Auftragsnehmer als auch der Auftraggeber vor der belangten Behörde schuldig geblieben. Entgegen der eigenen Darlegung von ZO und PS habe laut unwidersprochener Mitteilung des Finanzamtes für beide Arbeitskräfte weder eine steuerliche noch eine sozialversicherungsrechtliche Meldung vorgelegen.

Auf Grund der "durch die Beweiswürdigung unterlegten Sachverhaltsfeststellung" seien - so die belangte Behörde in ihrer rechtlichen Beurteilung - diese beiden ausländischen Arbeitskräfte als Arbeitnehmer der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft anzusehen. Dazu führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass bei der nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt vorzunehmenden Beurteilung der Tätigkeit der Ausländer zu berücksichtigen sei, dass diese in Arbeitskleidung auf einer der R-Bau GmbH zuzurechnenden Baustelle, somit im Arbeitsbereich dieses Unternehmens angetroffen worden seien. Auf Grund der (unwidersprochenen) Zugrundelegung einer fixen geregelten Arbeitszeit und der Eingliederung in den (Baustellen) Betriebsablauf des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens, der Anstellung (wenn auch im Wege des vorgeblichen Werkvertrages) durch das Unternehmen des Beschwerdeführers sowie die ausschließliche Entlohnung durch Letzteren, seien die Parameter für die Bejahung eines zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses jedenfalls gegeben. Die vorliegenden Elemente, wie die Verrichtung einer untergeordneten Tätigkeit, welche als Hilfsdienst nicht eigener Gegenstand eines Werkvertrages sein könne (Verspachteln, Schutt wegräumen, wenn auch nur in Form des Aufkehrens), tägliche geregelte Arbeitszeit, Bereitstellen des Arbeitsmaterials durch den Beschwerdeführer, seien Umstände die typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden würden.

Unter Zugrundelegung dessen erachtete die belangte Behörde den Tatbestand der inkriminierten Verwaltungsübertretung sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht als erfüllt und legte im Weiteren ihre Strafbemessungsgründe dar.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens durch die belangte Behörde, die auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet hat, erwogen:

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

Dienstnehmer im Sinne des ASVG 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.

Nach § 33 Abs. 1 ASVG 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 Unterlassung der Meldung ist gemäß § 111 ASVG strafbar.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, Zl. 2004/08/0066) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig

umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt.

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

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

Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0038). Ebenso steht die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes einem Dienstverhältnis nicht entgegen (vgl. das oben zitierte hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0038, mwN).

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

2. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dass die "Subunternehmer" ZO und PS selbständig erwerbstätig gewesen seien und die Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde für deren Annahme einer unselbständigen Tätigkeit der beiden Ausländer nicht ausreichen würden.

Dem ist Folgendes zu erwidern:

Soweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, dass die Beschäftigten Inhaber je eines Gewerbescheins zum "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" seien, so ist ihm zu entgegnen, dass die Innehabung solcher Gewerbescheine einerseits Teil eines verbreiteten Missbrauchs der Gewerbeordnung ist, der zur Verschleierung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse dient, wie er sich in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bereits wiederholt widerspiegelt (vgl. die zum AuslBG ergangenen Erkenntnisse vom 24. März 2009, Zl. 2009/09/0039, vom 14. Jänner 2010, Zlen. 2009/09/0081 und 2008/09/0175, vom 1. Juli 2010, Zlen. 2010/09/0071 und 2008/09/0297, vom 20. Juni 2010, Zl. 2008/09/0333, u.v.a. zuletzt vom 14. Oktober 2011, Zl. 2009/09/0205). Andererseits werden Gewerbescheine für Tätigkeiten wie das "Verspachteln von Gipskartonplatten" in Anspruch genommen, von denen nicht auszuschließen ist, dass es sich um "gegen Stunden- oder Taglohn oder gegen Werkentgelt zu leistende Verrichtungen einfachster Art" handelt, die gemäß § 2 Abs. 1 Z. 8 GewO von der GewO ausgenommen sind.

Im vorliegenden Fall begegnet es keinen Bedenken, wenn die belangte Behörde das Vorliegen eines Werkvertrages auf Grund der Unbestimmtheit der Leistungsumschreibung (wozu sie das Fehlen eines Leistungsverzeichnisses bzw. Widersprüche zwischen den "Auftragsschreiben" und der tatsächlichen Beschäftigung der "Subunternehmer" aufzeigt) verneint; dem kann die Beschwerde nichts entgegensetzen, da darin nicht einmal behauptet wird, worin die genau umrissene, einen Werkvertrag begründende Leistung gelegen sein soll. Mit dem bloßen Einwand, dass die Annahme, beide Ausländer seien einer fixen Arbeitszeit unterworfen gewesen, durch das durchgeführte Beweisverfahren nicht gedeckt sei, kann auch keine Unschlüssigkeit der Argumentation der belangten Behörde aufgezeigt werden, wenn sich diese in ihrer Beweiswürdigung dazu auf die Angaben des ZO beruft.

Angesichts der von den Beschäftigten durchgeführten Verspachtelungsarbeiten erübrigten sich auch Weisungen an die einzelnen Beschäftigten, weil diese von sich aus wissen, wie sie sich im Betrieb des Dienstgebers zu verhalten haben bzw. das Weisungsrecht in gleicher Weise im Bestehen von Kontrollrechten (auch mitunter genannt: "stille Autorität" des Arbeitgebers; vgl. dazu u.a. das hg. Erkenntnis vom 4. Juni 2008, Zl. 2007/08/0252) zum Ausdruck kommt (so wurden selbst nach den in der Beschwerde ins Treffen geführten Angaben des PS in der Berufungsverhandlung Kontrollen von S vorgenommen). Deshalb verfängt auch der Einwand einer angeblich fehlenden Integration der Beschäftigten im Betrieb der R-Bau GmbH nicht.

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, worunter zweifelsohne auch die vorliegenden Verspachtelungsarbeiten zählen, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 27. Juli 2001, Zl. 99/08/0030, vom 20. November 2002, Zl. 2000/08/0021, vom 23. April 2003, Zl. 98/08/0270, vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131, und vom 24. Jänner 2006, Zl. 2004/08/0202).

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Judikatur geht deshalb die Beschwerdeargumentation, dass es zusätzlicher Feststellungen zu weiteren Tätigkeitsmerkmalen von ZO und PS zur Beurteilung der Frage der persönlichen Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG bedurft hätte, ins Leere.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist festzuhalten, dass diese ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet. Bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen ist sie die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2004/08/0110).

Im vorliegenden Fall ist es unbestritten, dass das Baumaterial von der R-Bau GmbH zur Verfügung gestellt wurde. Auch mit der Beschwerdebehauptung, das benötigte (Klein)Werkzeug und die Arbeitskleidung seien von den Ausländern beigestellt worden, können keine Zweifel an der wirtschaftlichen Abhängigkeit von ZO und PS gegenüber dem genannten Unternehmen erzeugt werden.

Es kann der belangten Behörde daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie vom Vorliegen meldepflichtiger Dienstverhältnisse ausgegangen ist.

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

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

Wien, am 21. Dezember 2011