

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/12/10 W156 2014998-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.12.2018

## Entscheidungsdatum

10.12.2018

## Norm

ASVG §113 Abs1 Z1

ASVG §113 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

W156 2014998-1/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra Krebitz als Einzelrichterin im Beschwerdeverfahren der GXXXX RXXXX SXXXX XXXX, vertreten durch Gerngross & Köck Rechtsanwälte, XXXX, XXXX gegen die Beschwerdeentscheidung der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vom 10.11.2014, GZ: XXXX, betreffend Verschreibung eines Beitragszuschlages gemäß ASVG, nach Durchführung von mündlichen Verhandlungen am 22.05.2018 und 30.10.2018 zu Recht erkannt:

A) Der Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B) Die Revision ist nicht zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Im Rahmen einer Überprüfung durch die Finanzpolizei wurde am 21.08.2013 festgestellt, dass für vier Arbeitnehmer, die auf einer Baustelle der GXXXX RXXXX SXXXX XXXX (in weiterer Folge: Beschwerdeführerin) arbeitend angetroffen wurden, die Anmeldungen gemäß § 33 Abs. 1 ASVG nicht vor dem Arbeitsantritt erfolgt sind.

2. Mit Bescheid vom 21.08.2014 erließ die belangte Behörde einen Bescheid, mit welchem der Beschwerdeführerin für die vier Arbeitnehmer ein Beitragszuschlag gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG in der Höhe von 2800,-- Euro vorgeschrieben wurde.

3. Die Beschwerdeführerin brachte im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung einlangend am 22.09.2014 fristgerecht eine Beschwerde gegen den Bescheid ein. Bei den angetroffenen rumänischen Staatsbürgern handle es sich nicht um DN der Beschwerdeführerin, sondern der HXXXX BXXXX GmbH (in weiterer Folge: "H-GmbH"). Diese

Tatsache hätten die Rumänen anlässlich der Kontrolle auch bestätigt. Es habe nur ein Werkvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der genannten GmbH bestanden. Die Vereinbarung sei mit dem zuständigen Mitarbeiter der H-GmbH, Herrn SXXXX geführt worden. Dieser habe der Beschwerdeführerin Anmeldungen zur OÖGKK übergeben. Es sei auch festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin zahlreiche eigene Mitarbeiter vor Ort eingesetzt hatte, die vollumfänglich angemeldet gewesen seien. Aufgrund der Probleme mit der nicht erfolgten Anmeldung habe der Auftraggeber der Beschwerdeführerin sämtliche Zahlungen an diese eingestellt. Es werde der Antrag gestellt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, der Beschwerde vollumfänglich Folge zu geben in eventu den Bescheid aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen und ggf jedenfalls den Beitragszuschlag herabzusetzen.

4. Die belangte Behörde wies mit Beschwerdevereentscheidung vom 10.11.2014 die Beschwerde als unbegründet ab. Die bescheidmäßige Vorschreibung des Beitragszuschlages sei erfolgt, da die Finanzpolizei bei einer Kontrolle am 21.08.2013 vier namentlich angeführte Arbeitnehmer auf einer Baustelle der Beschwerdeführerin arbeitend angetroffen hätte, ohne bei der Beschwerdeführerin zur Pflichtversicherung gemeldet zu sein.

Im Rahmen der Tätigkeit hätten die vier Betretenen Vollwärmeschutz für die Fassade verklebt. Das Material sei von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden. Keine der Betretenen sei je am Firmensitz der H-GmbH gewesen und keiner habe je Kontakt zum Geschäftsführer gehabt.

Das Generalunternehmen, die AXXXX BXXXX GmbH (in weiterer Folge "A-GmbH") habe die Anweisungen an Herrn PXXXX, Dienstnehmer der Beschwerdeführerin weitergegeben. Dieser habe dann die Anweisungen an Herrn SXXXX weitergeleitet. Die H-GmbH sei am 08.07.2014 aus dem Firmenbuch gelöscht worden.

Die H-GmbH sei nach Ansicht der belangten Behörde eine Scheinfirma, der Firmensitz sei ein leeres Geschäftslokal, unter der Telefonnummer sei niemand erreichbar. Die Einstellungsgespräche und Lohnauszahlungen hätten in Cafehäusern oder Tankstellen stattgefunden.

Die Angaben der Beschwerdeführerin, dass die H-GmbH als Sub-Unternehmerin der Beschwerdeführerin die Dienstgeberin der Betretenen gewesen sei, werde als Schutzbehauptung gewertet.

Die Beauftragung der H-GmbH sei als Rechtsgeschäft zu sehen, das auf die Umgehung von arbeits- sozial und lohnsteuerrechtlichen Vorschriften abgezielt habe.

5. Gegen diese Beschwerdevereentscheidung brachte die Beschwerdeführerin fristgerecht einen Vorlageantrag ein.

6. Am 20.12.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt.

An dieser nahmen teil:

\* Geschäftsführer der Beschwerdeführerin (BF)

\* Vertreterin der Beschwerdeführerin (BFV)

\* Vertreter der belangten Behörde (BehV)

\* Herr IXXXX SXXXX, Arbeitnehmer der H-GmbH (Zeuge 1)

Der BFV führte zu Beginn der Verhandlung aus, dass eine Rückfrage bei der BH ergeben habe, dass das anhängige Verwaltungsstrafverfahren gegen die Beschwerdeführerin wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das AuslBG sowie wegen verspäteter Abfuhr der SV-Beiträge eingestellt wurde. Die Richterin erläuterte dem BFV, dass nach einer Mitteilung der belangten Behörde das Verfahren aufgrund Verfolgungsverjährung eingestellt wurde.

Der GF der Beschwerdeführerin gab an, dass er einen Auftrag über die Herstellung einer Wärmedämmfassade von der A-GmbH übernommen habe. Er habe ca 40 vollbeschäftigte Mitarbeiter. Damals seien aufgrund von Zeitdruck zusätzliche Arbeiter gesucht worden. Er habe Herrn SXXXX, der für ihn der Ansprechpartner bei der H-GmbH gewesen sei, angerufen und vereinbart, dass die H-GmbH mit ihren Mitarbeitern helfe. Dazu sei ein Werkvertrag unterzeichnet worden. Er habe sich nicht gewundert, dass auf dem Dokument kein Firmenstempel gewesen sei. Die Einteilung der Flächen auf der Baustelle sei von einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin erfolgt. Das Material habe die Beschwerdeführerin beigestellt. Auch die Gewährleistung habe die Beschwerdeführerin übernommen. Vereinbart sei eine stundenweise Bezahlung gewesen. Er wisse nicht mehr, wann er sich Unterlagen der 4 Arbeiter vorlegen lies, es seien aber Gewerbescheine gewesen. Mit der H-GmbH habe er keinen Kontakt gehabt, nur mit Herrn SXXXX.

Die Beschwerdeführerin habe die 4 Personen dann angemeldet, dies sei aber auf Anraten der GKK gewesen, um Konflikte zu vermeiden und damit die Arbeiten weitergehen konnten. Mit der A-GmbH seien auch Pönalzahlungen für den Fall des Bauverzuges vorgesehen gewesen. Die 4 Personen hätten dann aber nicht weiterarbeiten wollen. Der GF der Beschwerdeführerin habe jedenfalls im Firmenbuch nachgesehen, ob die H-GmbH existiert.

Die A-GmbH habe jedenfalls nach dem Vorfall die Zahlungen eingestellt. Im Werkvertrag mit der H-GmbH sei nur der Abruf für Baustellen in Graz und Wien und der Stundensatz von 20 Euro vereinbart gewesen.

Der Zeuge IXXXX SXXXX gab an, er sei nun selbständig als Bauunternehmer tätig. Er sei damals über einen Bekannten zur H-GmbH gekommen. Er sei dort als Dolmetscher zuständig gewesen. Er habe vom Firmenchef den Auftrag gehabt, mit der Beschwerdeführerin einen Vertrag abzuschließen, da der Chef selbst nicht hinfahren wollte. Die Unterzeichnung habe im Büro der Beschwerdeführerin stattgefunden, Firmenstempel habe er keinen mitbekommen. Die 4 Betretenen seien jedoch nicht bei der H-GmbH angemeldet worden. Der Zeuge habe die Arbeit der Personen zweimal in der Woche kontrolliert. Der Zeuge habe jedenfalls keinen Arbeiter nach Österreich gebracht und auch kein Gehalt vereinbart.

Auf Vorhalt entsprechender Aussagen gab der Zeuge an, dass lt Angaben der Arbeiter die Dolmetscherin diese bedroht habe und nicht das übersetzt habe, was diese angegeben hätten. Der Zeuge sei selbst auch ein Jahr vorher für die Beschwerdeführerin tätig gewesen. Für die H-GmbH habe er nur 3 oder 6 Monate gearbeitet, da er kein Geld erhalten hätte.

Der BFV beantragte die zeugenschaftliche Einvernahme eines Bediensteten der GKK sowie der Bediensteten der Finanzpolizei sowie des Herrn NXXXX MXXXX.

7. Am 30.10.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine weitere mündliche Verhandlung statt.

An dieser nahmen teil:

- \* Vertreterin der Beschwerdeführerin (BFV)
- \* Vertreter der belangten Behörde (BehV)
- \* ein Bediensteter der Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (Zeuge 1)
- \* ein Bediensteter der Finanzpolizei (Zeuge 2)
- \* Herrn RXXXX PXXXX (Zeuge 3)
- \* NXXXX MXXXX - nicht erschienen

Dem Zeugen 1 ist nicht erinnerlich, dass die GKK - wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht - angeraten hat, die Betretenen zur Versicherung anzumelden. Auch sei kein diesbezüglicher Aktenvermerk vorhanden. Er schließe aber nicht aus, dass es im Zuge der Kontrolle den Rat gegeben hat, dass betretene Personen als Dienstnehmer anzumelden wären. Darüber hinausgehende Ratschläge oder eine Einschätzung, die mit der Arbeit auf anderen Baustellen zusammenhängen würden, sei jedenfalls nicht erteilt worden.

Der Zeuge 2 gibt an, dass das Team der Finanzpolizei sich vor allem auf die Fassadenarbeiter konzentriert habe, da diese am Vortag bei einer Kontrolle durch die GKK geflüchtet seien. Die Dolmetscherin würde immer wieder beigezogen, er wisse, dass diese verlässlich und vertrauenswürdig sei. Es habe auch noch keine Beschwerden über die Dolmetscherin gegeben. Herr SXXXX war nicht anwesend und wurde auch nicht einvernommen.

Zeuge 3 gab an, er sei zum Kontrollzeitpunkt als technischer Berater bzw Bauleiter für die Beschwerdeführerin tätig gewesen. Die Arbeiter seien auf die Baustelle gekommen und sein Ansprechpartner war ein gewisser JXXXX, diese Information habe er vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin. Die Einteilung sei von Herrn JXXXX vorgenommen worden. Die Kontrolle des Arbeitsfortschrittes habe der Zeuge 3 vorgenommen. Die Befragung durch die Finanzpolizei sei ordnungsgemäß verlaufen. Die H-GmbH oder Herr MXXXX sagen ihm nichts. Direkte Anweisungen an die 4 Arbeiter habe er nicht gegeben, diese hätten als Facharbeiter selbst gewusst, was sie zu tun haben.

Zeuge 4 ist unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen, der Antrag auf Einvernahme des Zeugen wird vom BFV aufrechterhalten.

8. Die belangte Behörde übermittelte dem BVwG einen Auszug betreffend die H-GmbH für den Zeitraum 01.01.2013 bis 31.12.2013. Diesem Auszug zufolge hatte die H-GmbH in diesem Zeitraum 1.325 Dienstnehmer angemeldet.

9. Am 14.11.2018 übermittelte die Beschwerdeführerin die Mitteilung, dass auf eine weitere mündliche Verhandlung verzichtet wird und aus der Sicht der bf Partei die Angelegenheit entscheidungsreif erscheint.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Der Tätigkeitsbereich der beschwerdeführenden GmbH ist lt Firmenbuch die Durchführung von Stukkateur-, Vollwärmeschutz- und Innenputzarbeiten.

Herr GXXXX RXXXX ist alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und 100%-Gesellschafter der GmbH.

Bei der H-GmbH (Baumeistergewerbe, spezialisiert auf Sanierungs- und Umbauarbeiten) ist die unbeschränkt haftende Gesellschafterin die LXXXX-GmbH, welche ihren Firmensitz unter derselben Adresse wie die H-GmbH hat. An dieser Adresse befindet sich ein leeres Geschäftslokal. Der Geschäftsführer der LXXXX-GmbH ist ebenfalls an dieser Adresse gemeldet. Herr SXXXX war zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt Mitarbeiter ohne Vertretungsbefugnis der H-GmbH.

Die Beschwerdeführerin hat von der A-GmbH den Auftrag für die Herstellung einer Wärmedämmfassade an einem Wohnblock übernommen. Die Auftragsdauer betrug ca 1 Monat.

Aufgrund von Zeitdruck für diesen Auftrag hat der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin Herrn SXXXX kontaktiert um zusätzliche Arbeitskräfte zu erlangen.

Die Beschwerdeführerin legte einen "Werkvertrag" vom 03.06.2013 vor, welcher zwischen ihr und der H-GmbH (angeblich vertreten durch Herrn SXXXX) abgeschlossen wurde. Vereinbarung war die Tätigkeit auf "Baustellen nach Abruf, pro Stunde 20,- Euro, Graz und Wien". Auf dem Vertrag findet sich nur ein Firmenstempel der Beschwerdeführerin, sowie die Unterschriften des Herrn RXXXX und des Herrn SXXXX.

Dass Herr SXXXX zur Vertretung der H-GmbH berechtigt gewesen wäre, konnte nicht festgestellt werden.

Der Vertreter der H-GmbH (Herr SXXXX) wusste, dass die 4 Personen nicht bei der H-GmbH zur Pflichtversicherung angemeldet waren.

Am 21.08.2018 um 11.30 Uhr wurden von der Finanzpolizei 4 rumänische Staatsangehörige auf der Baustelle der Beschwerdeführerin bei Fassadenarbeiten angetroffen. Die 4 Betretenen waren zu diesem Zeitpunkt nicht bei der GKK angemeldet. Das Baumaterial auf dieser Baustelle wurde von der Beschwerdeführerin beigestellt. Nach Angaben des GF der Beschwerdeführerin lag das volle Risiko hinsichtlich Gewährleistung und Pönalzahlungen bei der Beschwerdeführerin.

Die Betretenen unterlagen den Weisungen eines Mitarbeiters der Beschwerdeführerin, dieser hat auch die Arbeit kontrolliert.

Nach der Kontrolle wurden die 4 Personen von der Beschwerdeführerin zur Pflichtversicherung angemeldet.

Der GF der Beschwerdeführerin brachte vor, dass ihm Gewerbescheine der 4 Betretenen vorgelegt wurden.

Das fallbezogen anhängig gewesene Verwaltungsstrafverfahren bei der Bezirksverwaltungsbehörde wurde wegen Eintritts der Verfolgungsverjährung eingestellt.

Eine Vereinbarung nach dem AÜG zwischen der Beschwerdeführerin und der H-GmbH ist nicht existent.

#### 2. Beweiswürdigung

Die Angaben zur Beschwerdeführerin, zum Tätigkeitsbereich und zum Geschäftsführer ergeben sich aus dem Firmenbuch.

Die Angaben zur H-GmbH ergeben sich aus dem Firmenbuch und aus dem im Akt ersichtlichen Erhebungsergebnis der Finanzpolizei.

Die Übernahme eines Auftrages von der A-GmbH durch die Beschwerdeführerin ergibt sich aus den Angaben des GF in der mündlichen Verhandlung.

Die mangelnde Vertretungsbefugnis des Herrn SXXXX ergibt sich aus dem Firmenbuch zur H-GmbH und konnte im Verfahren auch nicht der Nachweis erbracht werden, dass Herr SXXXX mündlich beauftragt worden wäre. Bekräftigt wird diese Annahme dadurch, dass Herr SXXXX auch keinen Firmenstempel der H-GmbH zur Vertragserrichtung mitbekommen haben will. Es ist zudem evident, dass sich der "Vertreter" der H-GmbH und der Gesellschafter der Beschwerdeführerin schon seit 1993 kannten und sporadisch telefonischen Kontakt hatten.

Es liegt daher davon auszugehen, dass Herr SXXXX dem ihm bekannten Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 4 Arbeitskräfte im vollen Wissen um deren Nichtversicherung vermittelt hat und der GF der Beschwerdeführerin zumindest in Kauf genommen hat, dass diese nicht zur Pflichtversicherung gemeldet sind.

Dass Herr SXXXX wusste, dass die 4 Arbeitskräfte bei der H-GmbH nicht zur Pflichtversicherung gemeldet waren, ergibt sich aus seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung (Protokoll, Seite 9).

Dass die Betretenen auf der Baustelle der Beschwerdeführerin tätig wären, ist unbestritten, nach den Angaben des GF der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung erfolgte die Einteilung der Arbeit durch einen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, das Material wurde von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt und die Gewährleistung gegenüber der A-GmbH hat ebenfalls die Beschwerdeführerin übernommen. Der GF hat auch angegeben, dass stundenweise abgerechnet wurde.

Die Rechtfertigung der Beschwerdeführerin, dass sie die Anmeldung der 4 Arbeitskräfte nach der Betretung auf telefonisches Anraten der GKK vorgenommen hat, ist als mögliche Schutzbehauptung zu werten, da der Bedienstete der GKK im Zuge der mündlichen Verhandlung glaubwürdig dargelegt hat, dass ein über eine allgemeine Beratung hinausgehendes Anraten von Seiten der GKK unterbleibt. Es ist jedoch auch nicht auszuschließen, dass von Seiten der Beschwerdeführerin die allgemeine telefonische Beratung missverständlich interpretiert wurde.

Dass das Verwaltungsstrafverfahren wegen Verfolgungsverjährung eingestellt wurde, ergibt sich aus dem Schreiben der zuständigen BH vom 20.11.2017.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Die Bezug habende Bestimmung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) lautet:

§ 11. (1) Der Überlasser darf eine Arbeitskraft an einen Dritten nur nach Abschluss einer ausdrücklichen Vereinbarung überlassen, die unabhängig von der einzelnen Überlassung insbesondere folgende Bedingungen zwingend festzulegen hat: 1. Namen und Anschrift des Überlassers;

2. Namen und Anschrift der Arbeitskraft;

3. Beginn des Vertragsverhältnisses;

4. bei Vertragsverhältnissen auf bestimmte Zeit das Ende des Vertragsverhältnisses und die Gründe für die Befristung;

5. Dauer der Kündigungsfrist, Kündigungstermin;

6. Bundesländer oder Staaten, in denen die überlassene Arbeitskraft beschäftigt werden soll;

7. allfällige Einstufung in ein generelles Schema;

8. vorgesehene Verwendung, voraussichtliche Art der Arbeitsleistung;

9. Anfangsbezug (Grundgehalt oder -lohn, weitere Entgeltbestandteile wie zB Sonderzahlungen), Fälligkeit des Entgelts;

10. Ausmaß des jährlichen Erholungsurlaubes;

11. vereinbarte tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit;

12. Bezeichnung der auf das Vertragsverhältnis allenfalls anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung (Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung) und Hinweis auf den Raum im Betrieb, in dem diese zur Einsichtnahme aufliegen;

13. Namen und Anschrift der Betrieblichen Vorsorgekasse (BV-Kasse) des Arbeitnehmers oder für Arbeitnehmer, die dem BUAG unterliegen, Anschrift der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse.

(2) Verboten sind insbesondere Vereinbarungen und Bedingungen, welche 1. den Anspruch auf Entgelt auf die Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers einschränken;

2. die Arbeitszeit wesentlich unter dem Durchschnitt des zu erwartenden Beschäftigungsausmaßes festsetzen oder ein geringeres Ausmaß der Arbeitszeit für überlassungsfreie Zeiten festlegen;
3. bei vereinbarter Teilzeitbeschäftigung dem Arbeitgeber das Recht zur Anordnung von regelmäßiger Mehrarbeit einräumen;
4. das Vertragsverhältnis ohne sachliche Rechtfertigung befristen;
5. die Verfalls- oder Verjährungsvorschriften verkürzen;
6. die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser, insbesondere durch Konventionalstrafen, Reugelder oder Einstellungsverbote, in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken;
7. die überlassene Arbeitskraft zur Zahlung eines Entgelts im Gegenzug zur Überlassung oder in dem Fall, dass eine überlassene Arbeitskraft nach Beendigung der Überlassung mit dem ehemaligen Beschäftigten ein Arbeitsverhältnis eingeht, verpflichten;
8. entgegen § 10 Abs. 6 den Zugang der überlassenen Arbeitskraft zu den Wohlfahrtseinrichtungen oder -maßnahmen des Beschäftigterbetriebes beschränken.

(3) Vereinbarungen, die sonstige Konventionalstrafen oder Reugelder vorsehen, sind nur insoweit zulässig, als sie nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der Überlasser an der Einhaltung der jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen hat, eine unbillige finanzielle Belastung der überlassenen Arbeitskraft bewirken.

(4) Über die Vereinbarung ist der Arbeitskraft unverzüglich nach Beginn des Vertragsverhältnisses ein Dienstzettel auszustellen, der die in Abs. 1 genannten Angaben enthalten muss.

(5) Verweigert der Überlasser die Ausstellung des Dienstzettels, ist die Arbeitskraft nicht verpflichtet, der Überlassung Folge zu leisten. Ein Dienstzettel ist dann nicht auszustellen, wenn eine schriftliche Vereinbarung ausgehändigt wurde, die alle genannten Angaben enthält. Jede Änderung der Angaben ist der Arbeitskraft unverzüglich, spätestens jedoch einen Monat nach ihrem Wirksamkeitsbeginn, schriftlich mitzuteilen, soweit nicht § 12 anzuwenden ist. Der Dienstzettel ist von Stempel- und Rechtsgebühren des Bundes befreit.

(6) Hat die Arbeitskraft die Tätigkeit im Ausland zu verrichten, so hat der vor der Aufnahme der Auslandstätigkeit auszuhändigende Dienstzettel oder die schriftliche Vereinbarung zusätzlich folgende Angaben zu enthalten:

1. den Ort und die voraussichtliche Dauer der Auslandstätigkeit,
2. die Währung, in der das Entgelt ausbezahlt ist, sofern es nicht in Euro ausbezahlt ist,
3. eine allfällige zusätzliche Vergütung für die Auslandstätigkeit,
4. allfällige Bedingungen für die Rückführung nach Österreich.

Die verfahrensrelevanten Bestimmungen des ASVG lauten:

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind 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: 1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

[...]

14. die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen.

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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 gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um 1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder

3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(Anm.: Abs. 3 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 139/1997)

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

- a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder

- b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder

- c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder

- d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

(Anm.: Abs. 5 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 39/1997)

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

(Anm.: Abs. 7 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 39/1997)

§ 33. (1) Die Dienstgeber haben 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.

(1a) Der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und

2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

[...]

§ 35. (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt 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 Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

(2) Bei den nach § 4 Abs. 1 Z 4 und 5 Pflichtversicherten sowie den nach § 8 Abs. 1 Z 3 lit. c und m Teilversicherten gilt der Träger der Einrichtung, in der die Ausbildung, Beschäftigungstherapie oder Unterbringung erfolgt, bei den nach § 4 Abs. 1 Z 8 Pflichtversicherten der Versicherungsträger, der die berufliche Ausbildung gewährt, bei den nach § 4 Abs. 1 Z 9 Pflichtversicherten die Entwicklungshilfeorganisation, bei der die Versicherten beschäftigt oder ausgebildet werden, bei den nach § 4 Abs. 1 Z 11 und § 8 Abs. 1 Z 4a Pflichtversicherten der jeweilige Träger nach dem Freiwilligengesetz als

Dienstgeber. Bei Heimarbeitern (§ 4 Abs. 1 Z 7) gilt als Dienstgeber der Auftraggeber im Sinne der gesetzlichen Vorschriften über die Heimarbeit, auch wenn sich der Auftraggeber zur Weitergabe der Arbeit an die Heimarbeiter einer Mittelsperson bedient. Bei den im § 3 Abs. 3 vorletzter Satz genannten Personen gilt der Beschäftigte im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes als Dienstgeber.

(3) Der Dienstgeber kann die Erfüllung der ihm nach den §§ 33 und 34 obliegenden Pflichten auf Bevollmächtigte übertragen. Name und Anschrift dieser Bevollmächtigten sind unter deren Mitfertigung dem zuständigen Versicherungsträger bekanntzugeben.

[...]

§ 113. (1) Den in § 111 Abs. 1 genannten Personen (Stellen) können Beitragszuschläge vorgeschrieben werden, wenn 1. die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde oder

2. die vollständige Anmeldung zur Pflichtversicherung nach § 33 Abs. 1a Z 2 nicht oder verspätet erstattet wurde oder

3. das Entgelt nicht oder verspätet gemeldet wurde oder

4. ein zu niedriges Entgelt gemeldet wurde.

(2) Im Fall des Abs. 1 Z 1 setzt sich der Beitragszuschlag nach einer unmittelbaren Betretung im Sinne des § 111a aus zwei Teilbeträgen zusammen, mit denen die Kosten für die gesonderte Bearbeitung und für den Prüfeinsatz pauschal abgegolten werden. Der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung beläuft sich auf 500 € je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person; der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf 800 €. Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz bis auf 400 € herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.

[...]

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind 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.

(5) Die Grundsätze, nach denen 1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,

2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie

3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

3.1. Zu A) Abweisung der Beschwerde:

3.1.1. Nichtvorliegen eines Werkvertrages

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und hat - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, 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



liegt 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 beim Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit, ankommt.

Vom Dienstvertrag ist überdies der freie Dienstvertrag zu unterscheiden, bei dem es um die Verpflichtung geht, eine Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen ohne persönliche Abhängigkeit des Leistungserbringers vom Arbeitsempfänger zu erbringen, die vom Auftraggeber konkretisiert werden und die vorgenommen werden. Der freie Dienstnehmer muss sich zur kontinuierlichen Arbeitsleistung für bestimmte oder unbestimmte Zeit verpflichten. Die Verpflichtung besteht also darin, ihrer Art nach bestimmte Arbeiten, die von Seiten des Bestellers konkretisiert werden, wiederholt durch einige Zeit hindurch auszuführen (VwGH 02.04.2008, 2007/08/0107).

Der Werkvertrag begründet in der Regel 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 (vgl. VwGH 05.06.2002, Zl. 2001/08/0107, 0135; 03.07.2002, Zl. 2000/08/0161).

Gegenständlich wurde im "Werksvertrag" vom 03.06.2013 keine genau umrissene Leistung vereinbart, sondern die Abrufbarkeit von Arbeitskräften auf Baustellen in Graz und Wien.

Im vorliegenden Fall ist auch deshalb kein Werkvertrag gegeben, weil kein Maßstab ersichtlich ist, nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Ganz im Gegenteil, es ist hervorgekommen, dass die Gewährleistung gegenüber dem Auftraggeber zu 100% bei der Beschwerdeführerin lag. Es liegt daher eine Vereinbarung über Dienstleistungen vor (vgl. VwGH 24.01.2006, Zl. 2004/08/0101, mwN; 04.08.2014, Zl. 2013/08/0272).

Ungeachtet dessen ist auch zweifelhaft, ob der Unterzeichnende der H-GmbH überhaupt eine Befugnis zum Abschluss eines derartigen Vertrages innehatte.

### 3.1.2. Keine Überlassung von Arbeitskräften nach dem AÜG

Verneint werden kann auch das Vorliegen der Überlassung von Arbeitskräften nach dem AÜG, da im gesamten Verfahren nicht hervorgekommen ist, dass es eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung im Sinne des § 11 AÜG zwischen der Beschwerdeführerin und der H-GmbH gegeben hätte.

### 3.1.3. Dienstnehmer der Beschwerdeführerin

Als Dienstnehmer ist nach § 4 Abs. 2 leg.cit. zu qualifizieren, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchungen entgegenstehen (vgl. VwGH 27.4.2011, 2010/08/0091). Derartige atypischen Umstände wurden seitens der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht erfolgreich vorgebracht.

Dass die genannten Personen nachträglich durch die Beschwerdeführerin zur Pflichtversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs.2 ASVG gemeldet wurden, mag ein Indiz dafür sein, dass diese nicht als selbstständig Erwerbstätige tätig wurden, hat aber die Anmeldung zur Sozialversicherung dennoch lediglich deklarative Bedeutung.

Für die Beurteilung von Sachverhalten ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise daher der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zur beurteilen gewesen wäre (siehe § 539a ASVG).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist zunächst die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein

versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. VwGH 17.10.2012, 2009/08/0188; 15.10.2003, 2000/08/0020).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann. Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient (vgl. VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233; 16.05.2001, 96/08/0200).

Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen (VwGH 07.05.2008, 2005/08/0142) beziehungsweise ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen.

Nur bei genereller Vertretungsmöglichkeit, die im Ermessen des Beschäftigten liegt und ohne einen bestimmten Grund ausgeübt werden darf, liegt kein DVerh vor (VwGH 2005/08/0142, ARD 5928/8/2009; wobei es auch darauf ankommt, ob das Vertretungsrecht genutzt wird bzw eine Nutzung zumindest ernsthaft zu erwarten ist) (Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 115 (Stand 1.3.2015, rdb.at).

Ein generelles Vertretungsrecht im genannten Sinn ist im gesamten Verfahren nicht hervorgekommen, es ist daher von einer persönlichen Arbeitspflicht auszugehen.

Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist weiter zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist.

Dies 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. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12.325/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.

Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233).

Die Weisungsunterworfenheit ist ein zentrales Merkmal persönlicher Abhängigkeit, deren Fehlen eine selbständige Tätigkeit indiziert. Dabei sind nicht fachliche, sondern persönliche Weisungen in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten zu verstehen.

Atypische Umstände, die der Beurteilung als Dienstverhältnis in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG entgegenstehen würden, sind im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich, zumal nicht hervorgekommen ist, dass die Betretenen über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt hätten oder eigene unternehmerische Entscheidungen hätten treffen können.

Der Arbeitsort war mit der Baustelle der Beschwerdeführerin vorgegeben. Durch die Zusammenarbeit mit anderen

Dienstnehmern der Beschwerdeführerin war eine zeitliche Disposition nicht möglich. Zudem waren die 4 Betretenen dem vor Ort befindlichen Vertreter der Beschwerdeführerin gegenüber weisungsgebunden und dieser kontrollierte die Arbeitsleistung.

Gegen Entgelt ist eine Person dann beschäftigt, wenn sie aus dem Dienstverhältnis einen Entgeltanspruch hat, gleichgültig, ob ihr ein Entgelt tatsächlich ausbezahlt wird oder nicht. Bei der Beurteilung dieser Frage ist von den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auszugehen. Die Entgeltlichkeit ist kein bloßes Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses, sondern eine weitere Voraussetzung der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG (VwGH 18.01.2012, 2008/08/0252). Entgelt iSd § 4 Abs. 2 ist das beitragspflichtige Entgelt nach § 49. Es ist unstrittig, dass die 4 Betretenen entgeltlich beschäftigt wären.

Insgesamt betrachtet liegt im gegenständlichen Fall ein Überwiegen der Bestimmungselemente der persönlichen Abhängigkeit vor. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist sohin die zwangsläufige Folge. Demnach ist im gegenständlichen Verfahren auch die zweite Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses erfüllt.

Für die Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft sind allein die faktischen Verhältnisse, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich, daher ist auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin unerheblich, die Betretenen hätten möglicherweise über eine Gewerbeberechtigung verfügt.

Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass selbst die Innehabung eines Gewerbescheines dem Eintritt einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 nicht entgegensteht (vgl. VwGH 18.01.2012, 2009/08/0145). Durch das Vorliegen eines Gewerbescheins allein kann ein Dienstverhältnis keineswegs ausgeschlossen werden (vgl. etwa VwGH 02.04.2008, 2007/08/0038; 13.11.2013, 2011/08/0153).

Als Dienstgeber gilt gemäß § 35 Abs. 1 ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

In seinem jüngsten Erkenntnis vom 28.09.2018, Zl. Ra 2015/08/0080 führt der Verwaltungsgerichtshof neuerlich aus, dass der Dienstgeber die "andere Seite" des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ist, ohne dass die Pflichtversicherung nicht ausgelöst wird. Ob jemand in einem solchen Verhältnis steht, ist daher stets in Bezug auf eine bestimmte andere Person, nämlich den Dienstgeber, zu prüfen (vgl. VwGH 19.2.2016, 2013/08/0287).

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, die 4 Arbeitnehmer wären ihr "überlassen" wurden, wird auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 07.09.2017, Zl. Ro 2014/08/0046,

verwiesen, wonach, wenn bei der vorübergehenden Überlassung des Arbeitnehmers an einen Dritten die grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem verleihenden Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer aufrecht bleiben und der Dritte nur ihm delegierte fremde Rechte ausüben darf, der Verleiher in der Regel auch der sozialversicherungsrechtliche Dienstgeber des Arbeitnehmers bleibt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, 96/08/0351). Der Arbeitnehmer kommt durch die Tätigkeit beim Beschäftiger rechtlich nur seiner Arbeitspflicht gegenüber dem Verleiher nach, wobei die Weisungen des Entleihers als solche des Verleihers (als Arbeitgeber) zu beurteilen sind, diesen auch sämtliche Arbeitgeberpflichten weiterhin treffen und eine unmittelbare vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Beschäftiger fehlt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, 96/08/0351, sowie auch OGH RIS-JustizRS0050620).

Im gegenständlichen Fall fehlt es bereits an grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen der H-GmbH und den 4 Dienstnehmern, da zwischen diesen keinerlei Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsverhältnis begründet wurden, aufgrund derer die H-GmbH Arbeitgeberrechte oder -pflichten treffen würden.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gilt gemäß § 35 Abs. 1 ASVG 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 Entgeltes verweist. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den

im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, 83/08/0200, VwSlg 12325 A/1986, VwGH vom 24.02.2016, Zl. 2013/08/0058)

Unter einem "Beschäftigungsverhältnis" ist, wie sich aus § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 iVm § 35 Abs. 1 erster Satz ASVG ergibt - sieht man zunächst von den Fällen der Indienstnahme durch eine Mittelsperson ab -, das dienstliche "Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit" des "Dienstnehmers" im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu dem "Dienstgeber" im Sinne des § 35 Abs. 1 erster Satz ASVG zu verstehen. Der Dienstgeber ist die "andere Seite" des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, ohne das die Pflichtversicherung nicht ausgelöst wird. Ob jemand in einem "Beschäftigungsverhältnis" im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG steht, ist daher immer im Bezug auf eine bestimmte andere Person (bestimmte andere Personen), nämlich - wiederum zunächst vom Fall der Indienstnahme durch Mittelspersonen abgesehen - den Dienstgeber (die Dienstgeber), zu prüfen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 2002, 99/08/0157, mwN) (VwGH vom 19.02.2016, Zl. 2013/08/0287).

Ein Beschäftigungsverhältnis wird in der Regel durch die Aufnahme der Beschäftigung im Betrieb des Dienstgebers begründet. Will der Dienstgeber das Zustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses durch die Aufnahme einer Beschäftigung ohne seine Zustimmung bzw. ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung verhindern, so muss er ein wirksames Kontrollsystem errichten bzw. entsprechende Weisungen erteilen und deren Befolgung sicherstellen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2014, Zl. 2012/08/0207, mwN) (VwGH vom 17.03.2016, Zl. Ra 2015/08/0206).

Im gegenständlichen Fall wurde die Beschwerdeführerin aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet und traf sie auch das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung, wonach volle Risiko hinsichtlich Gewährleistung und Pönalzahlungen bei der Beschwerdeführerin lag. Weder die H-GmbH noch die 4 Dienstnehmer traf hinsichtlich der Tätigkeit der 4 Dienstnehmer eine Gewährleistung oder ein unternehmerisches Risiko. Auch die Berechtigung aus den getätigten Geschäften kam der Beschwerdeführerin zu.

Die Betretenen sind im verfahrensrelevanten Zeitraum in der Gesamtbetrachtung aller Umstände und im Lichte der höchstgerichtlichen Judikatur daher als Dienstnehmer der beschwerdeführenden GmbH anzusehen.

#### 3.1.4. Vorschreibung des Beitragszuschlages:

Meldet der Dienstgeber bei ihm beschäftigte Dienstnehmer nicht gemäß § 33 Abs. 1 ASVG bzw. § 33 Abs. 1 a ASVG (Mindestangabenmeldung) vor Arbeitsantritt zur Sozialversicherung an und wird der nicht gemeldete Dienstnehmer im Zuge einer unmittelbaren Betretung gemäß § 111a ASVG bei der Ausführung von Tätigkeiten für den Dienstgeber betreten, so kann der Sozialversicherungsträger gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG einen Beitragszuschlag vorschreiben.

Zweck des Beitragszuschlages ist es, den durch die Säumigkeit des Meldepflichtigen verursachten Mehraufwand in der Verwaltung auszugleichen (vgl. RV 77 BlgNR XXIII. GP 5), sohin einen Kostenbeitrag demjenigen vorzuschreiben, der diese Kosten auch verursacht hat ("Verursacherprinzip"). Der Beitragszuschlag ist demnach "ein Sicherungsmittel für das ordnungsgemäße Funktionieren der Sozialversicherung" (VwGH 19.1 .2011, 2010/08/0255) und stellt keine Verwaltungsstrafe dar.

Daher ist es nach der Rechtsprechung unerheblich, ob auf Seiten des Verpflichteten Verschulden vorliegt- es kommt bei der Vorschreibung eines Beitragszuschlages lediglich auf die objektive Tatsache der nicht oder zu spät erfolgten Meldung sozialversicherungsrechtlich relevanter Umstände an (VwGH 26.01 2005, 2004/08/0141).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) handelt es sich bei den in § 113 Abs. 2 ASVG vorgesehen Teilbeträgen von 800,00 € für den Prüfeinsatz und 500,00 € je Arbeitnehmer aus denen sich der Beitragszuschlag zusammensetzt, um Pauschalen, die nur in (vom Gesetz vorgesehen) bestimmten Fällen reduziert werden können (VwGH 13.5.2009, 2008/08/0249).

So kann der Teilbetrag für den Prüfeinsatz auf 400,00 € reduziert werden und der Teilbetrag je Arbeitnehmer entfallen, sofern unbedeutenden Folgen vorliegen. Solche unbedeutenden Folgen können nach der Judikatur insbesondere vorliegen, sofern ein Dienstnehmer nicht angemeldet worden ist und der Dienstgeber die Anmeldung unverzüglich

nachholt (VwGH 7.9.2011, 2008/08/0218) - sich also ergibt, dass Schwarzarbeit nicht intendiert war (VwGH 18.11.2009, 2008/08/0246).

Die Erstmaligkeit des Meldevergehens ist zwar gegeben, da im gegenständlichen Fall jedoch vier Personen angetroffen wurden, ohne zur Sozialversicherung gemeldet aufzuscheinen, liegen nicht jene unbedeutenden Folgen im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor und daher war eine Herabsetzung nicht möglich.

Es war daher insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) (Un)Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, 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 vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **Schlagworte**

Beitragszuschlag, Dienstnehmereigenschaft, Meldeverstoß

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W156.2014998.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

25.02.2019

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)