

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

07.09.2011

**Geschäftszahl**

2008/08/0165

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde des R F in W, vertreten durch Dr. Karl-Heinz Götz, Rechtsanwalt in 7100 Neusiedl/See, Untere Hauptstraße 72, gegen den Bescheid des Bundesministers für Soziales und Konsumentenschutz vom 11. Juli 2008, Zl. BMSK-327702/0001- II/A/3/2008, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. J V in E, 2. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65-67, 4. J K in N, 5. J B in S, 6. V I in N, 7. P K in S, 8. Burgenländische Gebietskrankenkasse in 7001 Eisenstadt, Esterhazyplatz 3), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt II.1.) hinsichtlich des Ausspruchs über die Pflichtversicherung des Erstsowie des Viert- bis Siebtmitbeteiligten nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufgehoben. Im Übrigen wird der angefochtene Bescheid in seinen Spruchpunkten II.1.) und II.2.) wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

**Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 11. Juli 2008 gab die belangte Behörde in Spruchpunkt I. einem Devolutionsantrag des Beschwerdeführers gemäß § 73 Abs. 1 AVG Folge und stellte in Spruchpunkt II.1.) fest, dass der Erst- sowie der Viert- bis Siebtmitbeteiligte im Zeitraum vom 22. Mai bis zum 26. Mai 2006 auf Grund ihrer Tätigkeit für den Beschwerdeführer der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlagen. In Spruchpunkt II.2.) wurde festgestellt, dass die angefallenen Sozialversicherungsbeiträge für den Erst- sowie die Viert- bis Siebtmitbeteiligten je EUR 91,26 betragen.

Nach der Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und der angewendeten gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde aus, der Beschwerdeführer habe im Jahr 2006 über einen Bekannten die Telefonnummer von P C erhalten. Dieser habe damals in der Slowakei über eine Import- und Exportfirma verfügt. Die im Spruch als Beschäftigte des Beschwerdeführers Genannten seien nicht Dienstnehmer dieses Betriebs und hätten auch kein Formular E 101 nach der VO (EWG) 1408/71 als entsendete Arbeitnehmer dieses Betriebs (oder eines anderen) bei sich gehabt.

Der Beschwerdeführer habe P.C. gefragt, ob ihm dieser das notwendige Material für die Pflasterung von 150 m<sup>2</sup> Boden liefern könne. Beim nochmaligen Zusammentreffen des Beschwerdeführers mit P.C. habe der Beschwerdeführer aus einem von diesem mitgebrachten Katalog die genaue Sorte der Steine ausgesucht. Es sei ein Betrag von ca. EUR 5.000,-- vereinbart worden. Der Beschwerdeführer habe P.C. bei diesem Treffen auch eine Anzahlung von EUR 4.000,-- übergeben. Den Rest hätte der Beschwerdeführer dann bezahlen sollen, wenn P.C. alles geliefert hätte. P.C. habe im Namen des Beschwerdeführers als Abnehmer beim Bauprofi K. Material über einen Betrag von EUR 1.497,10 und über seine Firma in der Slowakei Material in der Höhe von EUR 3.552,25 besorgt (somit insgesamt EUR 5.052,35). Auf Anfrage des Beschwerdeführers, ob er Arbeiter kennen würde, die die Pflasterung günstig durchführen könnten, habe P.C. den Erst- sowie den Viert- bis Siebtmitbeteiligten gefragt; diese seien alle Bekannte von ihm. Sie seien mit P.C. am 22. Mai 2006 auf die Baustelle des Beschwerdeführers gefahren, um dort die Pflasterarbeiten durchzuführen. Abgesehen von P.C. habe keine dieser Personen Deutsch gekonnt. Dies habe es notwendig gemacht, dass P.C. für den

Beschwerdeführer als Dolmetscher fungiert habe. P.C. habe den Männern - nach einer Besprechung mit dem Beschwerdeführer - erklärt, wie die Steine verlegt werden sollten. In den darauffolgenden Tagen sei P.C. immer wieder auf die Baustelle gekommen und habe bei Verständigungsproblemen geholfen. Den Arbeitern sei von P.C. ein angemessener Lohn versprochen worden, den der Beschwerdeführer bezahlen habe sollen.

Im Verfahren vor der belangten Behörde habe der Beschwerdeführer eine Verhandlungsschrift und ein Erkenntnis vom 27. Februar 2008, beide vom Unabhängigen Verwaltungssenat Burgenland, übermittelt. Nach diesem Erkenntnis habe der Unabhängige Verwaltungssenat das angefochtene Straferkenntnis (der Bezirkshauptmannschaft N in einem Verfahren nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz) behoben und das Verfahren unter anderem mit der Begründung eingestellt, dass sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben hätten, dass ein dem AusLBG unterliegendes Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und den fünf ausländischen Arbeitern zustande gekommen sei.

Dazu wies die belangte Behörde darauf hin, dass diese Entscheidung sozialversicherungsrechtlich für die belangte Behörde keine Bindungswirkung entfalte. Die Frage der Strafwürdigkeit eines Sachverhalts und die Frage, wie die Beschäftigung sozialversicherungsrechtlich einzuordnen sei, sei auch vom Regelungszweck der jeweils anzuwendenden Normen unterschiedlich. Jedoch seien die vom Unabhängigen Verwaltungssenat aufgenommenen Niederschriften in die Beweiswürdigung aufgenommen worden.

In der niederschriftlichen Einvernahme des Beschwerdeführer vor dem Zollamt E am 26. Mai 2006 habe dieser im Wesentlichen angegeben, dass er über einen Bekannten die Telefonnummer von P.C. erhalten habe, da er jemanden gesucht habe, der die Pflasterarbeiten für sein Haus durchführen würde. P.C. betreibe auch eine Firma in der Slowakei. Eine Woche später sei P.C. gekommen und habe ihm ein mündliches Angebot für die Pflasterarbeiten in der Höhe von EUR 5.000,- gemacht. Der Beschwerdeführer habe ihm dann einen mündlichen Auftrag für die Durchführung der Pflasterarbeiten erteilt. In der Folge habe ihn P.C. angerufen und mitgeteilt, dass am 22. Mai 2006 Arbeiter nach Wien kommen und mit der Arbeit beginnen würden. Der Beschwerdeführer habe ihm eine Skizze gegeben, wie die Pflastersteine verlegt werden sollten. P.C. habe dann den slowakischen Arbeitern - welche keine Deutschkenntnisse gehabt hätten - mitgeteilt, was sie zu tun hätten. Über die Entlohnung könne er nichts sagen, da er einen Fixpreis bezahlt habe. Das Material (Pflastersteine für die Hochbeete und Sand) habe der Beschwerdeführer beigesteuert. Die Pflastersteine für die Bodenverlegung habe P.C. aus der Slowakei organisiert. Das Werkzeug (Rüttelmaschine, Flex usw.) hätten die slowakischen Arbeiter auf die Baustelle gebracht.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat am 27. Februar 2008 habe der Beschwerdeführer darüber hinaus noch angegeben, dass P.C. am 22. Mai 2006 mit den später auf der Baustelle betretenen Ausländern gekommen sei und sie eingewiesen habe. P.C. sei auch jeden Tag auf der Baustelle gewesen, um die Arbeiter zu kontrollieren und sie einzuweisen. Den Lieferschein vom 30. Mai 2006, ausgestellt von P.C. in der Höhe von EUR 3.555,-, kenne er nicht, der Lieferschein vom Bauprofi K. auf EUR 1.500,- sei ihm bekannt. P.C. habe sich allein um die Baustelle und um den Fortgang der Arbeiten gekümmert.

In der niederschriftlichen Einvernahme von P.C. vor dem Zollamt E am 29. Mai 2006 habe dieser im Wesentlichen angegeben, dass der Beschwerdeführer ihn angerufen habe "betreffend Pflastersteine, Blumentöpfe und Lichterspots". Er sei ein paar Tage später zum Beschwerdeführer gefahren und man habe anhand von Katalogen die Ware ausgesucht. Er habe dem Beschwerdeführer einen Gesamtpreis in der Höhe von ca. EUR 5.000,- errechnet. Der Beschwerdeführer habe ihm eine Anzahlung von EUR 4.000,- in bar gegeben. Das Material habe er teilweise beim Bauprofi K. besorgt und die Pflastersteine und Spots direkt in der Slowakei. Zu den slowakischen Staatsbürgern sei der Beschwerdeführer durch ihn gekommen, dies seien Freunde von ihm aus der Slowakei. Am 22. Mai 2006 seien alle auf die Baustelle des Beschwerdeführers gefahren. P.C. habe nur als Dolmetscher fungiert und den Arbeitern gesagt, wie der Beschwerdeführer die Pflastersteine verlegt haben wolle. Er sei jedoch nicht mehrmals auf der Baustelle gewesen, um die Arbeiten zu kontrollieren. Er sei gegenüber dem Beschwerdeführer als Firma aufgetreten für den Import und Export, jedoch nicht als Pflasterverlegerfirma. Er habe geglaubt, dass der Beschwerdeführer die Arbeiter entlohnen würde. Es entspreche nicht der Wahrheit, dass sie durch P.C. hätten entlohnt werden sollen. Das auf der Baustelle verwendete Werkzeug sei nicht in seinem Besitz, er habe dem Beschwerdeführer nur eine Rüttelplatte geliehen. Er habe in der Slowakei eine Firma, über die er Importe und Exporte aus der Slowakei durchführe.

In seiner niederschriftlichen Einvernahme vor dem Zollamt E am 26. Mai 2006 habe der Siebtmitbeteiligte (in Anwesenheit einer Dolmetscherin) im Wesentlichen angegeben, dass er mit den anderen Arbeitern und P.C. am 22. Mai 2006 auf die Baustelle gekommen sei und man am 23. Mai 2005 gegen 13.00 Uhr zu arbeiten begonnen habe. Die Arbeitsanweisungen und die Arbeitseinteilung habe ausschließlich P.C. vorgenommen; dieser habe auch regelmäßig die durchgeführten Arbeiten kontrolliert. Alle Arbeiter (der Erstmitbeteiligte und die Viert- bis Siebtmitbeteiligten) seien keine ordentlich gemeldeten Arbeitnehmer von P.C.; dieser sei ein guter Bekannter von ihnen und habe gefragt, ob sie in Österreich arbeiten wollten. Betreffend der Entlohnung habe P.C. gesagt, dass sie von ihm persönlich entlohnt werden würden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat am 27. Februar 2008 habe der Siebtmitbeteiligte darüber hinaus noch angegeben, dass er im Jahre 2006 arbeitslos gewesen sei und er sich um Gelegenheitsarbeiten umgesehen habe. P.C. komme aus dem gleichen Ort wie er, daher hätten sie sich gekannt. Auch die anderen Arbeiter habe er gekannt. Sie seien gemeinsam auf die Baustelle gefahren und hätten dort mit

den Pflasterarbeiten begonnen. P.C. habe sie dort eingewiesen. Mit diesem sei vereinbart gewesen, dass er von ihm bezahlt werde. Es sei zwar nicht vereinbart gewesen, wie viel konkret bezahlt würde, aber er habe mit 1.000,-- bis 1.500,-- Kronen gerechnet. Mit dem Beschwerdeführer habe er nichts vereinbart und mangels Sprachkenntnisse auch nichts vereinbaren können.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat am 27. Februar 2008 habe der Fünftmitbeteiligte angegeben, dass er im Jahr 2006 arbeitslos und froh über jedes Einkommen gewesen sei. Er sei von P.C. angesprochen worden und dies sei das erste Mal gewesen, dass er für ihn tätig gewesen sei. P.C. habe ihn auf die Baustelle gebracht, dort eingewiesen, und auch das Material besorgt. Hinsichtlich der Entlohnung habe er zwar keine konkrete Summe genannt, aber gesagt, dass die Arbeiter zufrieden sein würden. Mit dem Beschwerdeführer habe man nichts vereinbart, sondern sich nur begrüßt. P.C. habe ab und zu auf der Baustelle vorbeigeschaut und ihnen dann kein Geld gegeben, da er Strafe zahlen hätte müssen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat am 27. Februar 2008 habe der Viertmitbeteiligte angegeben, dass er in der Slowakei seit vier Jahren ein Einmann-Bauunternehmen betreibe. Da seine Geschäfte jedoch schlecht gingen, habe er im Anlassfall erstmals als Arbeitnehmer für P.C. gearbeitet und ihn sogar darauf aufmerksam gemacht, dass er dafür eine Bewilligung brauche. P.C. habe ihm gesagt, dass diese vorhanden sei und dass er EUR 8,-- bezahlt bekäme. Mit dem Beschwerdeführer hätten die Arbeiter nichts vereinbart. P.C. habe die Baustelle kontrolliert und die Arbeiten eingeteilt. Die Verteilung des Sandes als Boden für die Pflastersteine hätten die Arbeiter durchgeführt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat am 27. Februar 2008 habe der Erstmitbeteiligte angegeben, dass er seit 2004 Pensionist sei und sich etwas Geld dazu verdienen habe wollen, weshalb er über P.C. zur Baustelle nach Österreich gekommen sei.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat am 27. Februar 2008 habe der Sechstmitbeteiligte angegeben, dass er zur damaligen Zeit arbeitslos gewesen sei und durch P.C. auf diese Baustelle gekommen sei. P.C. hätte den Arbeitern gesagt, was zu arbeiten sei. Über die Entlohnung sei nicht konkret gesprochen worden, aber es sei ihm klar gewesen, dass die Arbeiter das Geld von P.C. bekommen sollten.

Unter der Überschrift "Beweiswürdigung" führte die belangte Behörde aus, es sei für sie nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen P.C. und der Beschwerdeführer keine schriftliche Vereinbarung bzw. keinen Vertrag abgeschlossen hätten. Im Hinblick darauf, dass es zumindest um eine Entgeltzahlung in der Höhe von EUR 5.000,-- ginge, erscheine dies der Behörde als ungewöhnlich. Darüber hinaus wäre die Beweislage für den Beschwerdeführer und P.C. (und die Behörden) klarer, wenn schriftliche Vereinbarungen vorlägen.

Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens werde zwischen Bauherren und Professionisten für Aufträge dieser Größenordnung ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen. Die Tatsache, dass nur mündliche Absprachen betreffend die Arbeiten (schriftliche Vereinbarungen hingegen bei den gelieferten Materialien) geschlossen worden seien, spreche gegen die Behauptung, dass die Arbeiten auf Rechnung und Gefahr von P.C. verrichtet worden seien. Der Beschwerdeführer habe von Beginn an immer wieder betont, dass er eine Firma gesucht habe, die die Pflasterarbeiten im Innenhof seines Hauses (einschließlich der Besorgung des wesentlichen Materials) durchführe. Hingegen habe P.C. angegeben, dass er nie als Pflasterverlegerfirma gegenüber dem Beschwerdeführer aufgetreten sei, sondern nur das Material für den Beschwerdeführer besorgen habe wollen. Gehe man davon aus, dass P.C. an sich im Burgenland als Amateurfußballer beschäftigt gewesen sei und damals über die Import- und Exportfirma in der Slowakei verfügt habe, sei es als glaubhaft anzusehen, dass P.C. in erster Linie nur die Beschaffung des notwendigen Materials übernommen habe und in zweiter Linie die Vermittlung von Arbeiten zum Verlegen. Für diese Auffassung sprächen auch die im Versicherungsakt aufliegenden Lieferscheine, in denen der Beschwerdeführer als Abnehmer genannt werde und die einmalig von der Import- und Exportfirma und vom Bauprofi K. ausgestellt worden seien. Beide Rechnungen würden insgesamt auf einen Betrag von EUR 5.025,35 lauten. Der Betrag von EUR 5.000,-- sei zwischen P.C. und dem Beschwerdeführer übereinstimmend genannt worden. Logischerweise sei der Beschwerdeführer aus Kostengründen natürlich nicht nur daran interessiert, möglichst billig das erforderliche Material zu erwerben, sondern auch, dass diese Steine möglichst billig verlegt würden. Speziell jedem "Häuslbauer" sei klar, dass ausländische, in diesem Fall slowakische Arbeitskräfte billiger seien als inländische Arbeitskräfte. Daher sei es auch verständlich, dass der Beschwerdeführer P.C. nach billigen Arbeitskräften gefragt habe. Da P.C. in seiner Branche viele Freunde in der Slowakei habe, die Arbeit suchen würden, sei es naheliegend, dass er für den Beschwerdeführer Arbeitskräfte organisiert habe.

Da alle diese Personen nicht Deutsch gesprochen hätten, sei P.C. somit gar nichts anderes übrig geblieben, als als Dolmetscher zu fungieren. Die Aussage des Beschwerdeführers, wonach er P.C. den Plan gezeigt habe, wie die Pflastersteine verlegt werden sollten, könne nur in diesem Sinne verstanden werden. Dass P.C. in den darauffolgenden Tagen immer wieder auf die Baustelle gekommen sei, sei ebenfalls als ein Ausfluss seiner notwendigen Dolmetschertätigkeit anzusehen. Nun sei seitens der Arbeitskräfte übereinstimmend angegeben worden, dass P.C. ihr Chef gewesen sei und auch bezahlen hätte sollen. Er habe diesen Personen die Arbeit verschafft, habe sie nach W. gebracht und er habe ihnen - wenn auch nur aufgrund seiner Dolmetschertätigkeit - mitgeteilt, was sie genau zu tun hätten.

Hinsichtlich der Entlohnung werde festgestellt, dass P.C. die vereinbarten EUR 5.000,-- auf Basis des erforderlichen Materials berechnet habe und er diesen Beitrag aufgrund der vorliegenden Lieferscheine auch ausgegeben habe. Damit könne es aber nur so gemeint gewesen sein, dass der Beschwerdeführer die Arbeitskräfte auch noch zu bezahlen gehabt hätte, wozu es schlussendlich nicht gekommen sei.

Die Behauptung, P.C. wäre Dienstgeber gewesen, sei auch in dem Zusammenhang zu würdigen, dass die fünf slowakischen Arbeitskräfte 2006 (noch) keine uneingeschränkte Freizügigkeit genossen hätten, sodass die direkte Beschäftigung beim Beschwerdeführer nicht ohne Verletzung von ausländerbeschäftigungsrechtlichen Regelungen möglich gewesen wäre und der Beschwerdeführer daher darum bemüht gewesen sei, dass die Dienstnehmer einem anderen zugerechnet würden.

Rechtlich führte die belangte Behörde aus, für sie sei strittig, ob der Beschwerdeführer oder P.C. als Dienstgeber des Erst- sowie des Viert- bis Siebtmitbeteiligten anzusehen sei.

Wie sich aus den Sachverhaltsfeststellungen (einschließlich der Beweiswürdigung) ergebe, habe P.C., der keinen Pflastereibetrieb habe, keine unternehmerische Tätigkeit entfaltet, die er mit Hilfe der Arbeiter durchgeführt hätte, sondern nur die Arbeiter vermittelt (als Nebenleistung zu den gelieferten Pflastersteinen). Die Arbeiter hätten auf Rechnung und Gefahr des Beschwerdeführers gearbeitet, während P.C. nur als Vermittler und Dolmetscher fungiert habe. Gearbeitet worden sei auf der Baustelle des Beschwerdeführers und im Wesentlichen mit dem Werkzeug des Beschwerdeführers. Es sei damit sozialversicherungsrechtlich der Beschwerdeführer als Dienstgeber anzusehen, da dieser in allen für die Betriebsführung notwendigen Bereichen die Möglichkeit der unternehmerischen Disposition gehabt habe.

Zum Einwand des Beschwerdeführers, es habe zwischen ihm und den Arbeitern ein Werkvertrag bestanden, führte die belangte Behörde aus, im vorliegenden Fall habe die Tätigkeit der Arbeiter in der Verlegung von Pflastersteinen bestanden. Auch wenn diese Personen diese Tätigkeit nur für ein paar Tage erbracht hätten, sei nicht ersichtlich, worin das zu erbringende Werk bestehen solle. Die gegenständlichen Tätigkeiten würden Dienstleistungen darstellen.

Eine nähere Prüfung der wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit sei nicht notwendig, da von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen sei, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuteten, wie dies bei der Tätigkeit auf einer Baustelle als Hilfsarbeiter der Fall sei. Die Tätigkeit des Erstsowie des Viert- bis Siebtmitbeteiligten - nämlich die Verlegung von Pflastersteinen - stellte zweifellos eine einfache manuelle Tätigkeit dar, sodass das Vorliegen der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht näher geprüft werden habe müssen, sondern sich aus den genannten Umständen ergebe.

Weiters führte die belangte Behörde aus, dass in den erstinstanzlichen Bescheiden der mitbeteiligten Gebietskrankenkassen vom 5. September 2006 im Spruch der jeweilige Abspruch über die Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG fehle. Die Arbeitslosenversicherungspflicht knüpfe aber ein Verhältnis "persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt" im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und ende mit ihm. Da die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die Dienstnehmereigenschaft des Erst- sowie des Viert- bis Siebtmitbeteiligten - und somit auch die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit - bestätigt habe, sei damit auch über die Arbeitslosenversicherungspflicht im Sinne des § 1 Abs. 1 lit. a AIVG abgesprochen worden, auch wenn der ausdrückliche Verweis darauf fehle.

Zur Beitragspflicht führte die belangte Behörde schließlich aus, dass Gegenstand des Verfahrens nicht nur die Frage der Versicherungspflicht, sondern im Rahmen der Devolution auch die Beitragspflicht gewesen sei. Da das Bestehen der Versicherungspflicht zu bejahen sei, schließe dies auch das Bestehen der Beitragspflicht mit ein. Die Sozialversicherungsbeiträge für den Erst- sowie den Viert- bis Siebtmitbeteiligten in der Höhe von je EUR 91,26 seien nachvollziehbar und würden somit von der belangten Behörde bestätigt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhalts sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor, nahm aber von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand und stellte den Antrag, die Beschwerde abzuweisen. Die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt nahm von der Erstattung einer Gegenschrift ebenfalls Abstand. Die weiteren mitbeteiligten Parteien haben sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht geäußert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Die Beschwerde richtet sich ausdrücklich nur gegen die Feststellung der Versicherungspflicht und die Vorschreibung von Beiträgen in Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheids und nicht gegen die in Spruchpunkt I. ausgesprochene Stattgebung des Devolutionsantrags.

2. 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 §§ 5 und 6 ASVG von der Vollversicherung ausgenommen ist noch nach § 7 ASVG nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, 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.

Gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG sind Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, arbeitslosenversichert.

§ 35 ASVG in der im Beschwerdefall maßgebenden Fassung BGBl I Nr. 132/2005 lautet:

"Dienstgeber

**§ 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 Mittelspersonen 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 Teilversicherten gilt der Träger der Einrichtung, in der die Ausbildung bzw. 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, 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.

(4) Der Dienstnehmer hat die in den §§ 33 und 34 vorgeschriebenen Meldungen selbst zu erstatten,

a) wenn der Dienstgeber die Vorrechte der Exterritorialität genießt oder wenn dem Dienstgeber im Zusammenhang mit einem zwischenstaatlichen Vertrag oder der Mitgliedschaft Österreichs bei einer internationalen Organisation besondere Privilegien oder Immunitäten eingeräumt sind, oder

b) wenn der Dienstgeber im Inland keine Betriebsstätte (Niederlassung, Geschäftsstelle, Niederlage) hat, außer in jenen Fällen, in denen dieses Bundesgesetz auf Grund der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 oder der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 anzuwenden ist, oder

c) wenn das Beschäftigungsverhältnis dem Dienstleistungsscheckgesetz unterliegt."

3. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat im Spruch der erstinstanzlichen Bescheide jeweils nur über die Pflichtversicherung nach dem ASVG abgesprochen. Sie hat aber nicht zugleich auch ausgesprochen, dass die Pflichtversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG besteht. Die Pflichtversicherung nach dem AIVG war damit nicht Sache des erstinstanzlichen Verfahrens und die belangte Behörde hat die Sache des Verfahrens insofern überschritten, als sie auch eine Pflichtversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG ausgesprochen hat (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 4. Juni 2008, Zl. 2006/08/0206 und vom 19. Februar 2003, Zl. 99/08/0146). Der angefochtene Bescheid war daher insoweit gemäß § 42 Abs. 2 Z 2 VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufzuheben.

4. Der Beschwerdeführer macht als Begründungsmangel geltend, dass sich die belangte Behörde mit einem Verwaltungsstrafverfahren der Bezirkshauptmannschaft N "gemäß § 333 ASVG" wegen der Beitragspflicht der fünf slowakischen Staatsangehörigen nicht auseinandergesetzt habe. Dieses Verwaltungsstrafverfahren habe damit geendet, dass die Bezirkshauptmannschaft mit Mitteilung vom 18. Dezember 2006 das Verfahren eingestellt habe. In dem Verwaltungsstrafverfahren sei jedoch die gleiche Vorfrage wie im gegenständlichen Verfahren zu beurteilen gewesen, nämlich, ob die fünf slowakischen Staatsangehörigen als Dienstnehmer des Beschwerdeführers anzusehen seien. Verwaltungsstrafrechtlich hätte sich daraus (im Zusammenhang mit der nicht rechtzeitigen Anmeldung der Dienstnehmer) eine Strafbarkeit "gemäß § 333 ASVG" ergeben, verwaltungsrechtlich eine Beitragspflicht. Es könne schon im Sinne einer Entscheidungsharmonie nicht sein, dass die Verwaltungsstrafbehörde davon ausgehe, dass eine Beschäftigung der fünf slowakischen Staatsangehörigen durch den Beschwerdeführer nicht erfolgt sei, während die Verwaltungsbehörde im Beitragsverfahren genau vom Gegenteil ausginge.

Der Beschwerdeführer bezieht sich in seinem Vorbringen offensichtlich auf ein Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 33 iVm § 111 ASVG, das - wie im vorgelegten Verwaltungsakt ersichtlich ist - mit Mitteilung der Bezirkshauptmannschaft N vom 18. Dezember 2006 gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG eingestellt wurde. Da die Einstellung aus formalen Gründen erfolgte und zudem im Verwaltungsstrafverfahren kein Bescheid ergangen ist, lässt sich daraus für den Beschwerdeführer im gegenständlichen Verfahren nichts gewinnen.

5.1. In den Beschwerdeausführungen wird die Beweismittelwürdigung der belangten Behörde angegriffen. Der angefochtene Bescheid stütze sich praktisch ausschließlich auf "Angaben" des P.C. Es sei nicht erkennbar, welche "Angaben" des P.C. die belangte Behörde damit meine, offensichtlich solle es sich um Angaben handeln, die im Beitragsakt der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse erlügen und die gegenüber den Beamten der KIAB (nicht unter Wahrheitspflicht) erfolgt seien. Die belangte Behörde stütze ihren Bescheid weiters auf zwei angeblich von P.C. vorgelegte Rechnungen der Firma Bauprofi K. "seiner Firma in der Slowakei". Die belangte Behörde habe dem Beschwerdeführer nie Gelegenheit gegeben, von den angeblichen Aussagen des P.C. und den von diesem vorgelegten Rechnungen Kenntnis zu nehmen und dazu Stellung zu beziehen. Dieser Verfahrensmangel sei wesentlich, zumal die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid ja praktisch ausschließlich auf diese Beweismittel, zu denen der Beschwerdeführer nie gehört worden sei, stütze. Es sei nicht auszuschließen, dass die belangte Behörde, hätte sie dem Beschwerdeführer Gehör zu diesen Beweisergebnissen gewährt, zu einem anders lautenden Bescheid gelangen hätte können.

Letztlich habe die belangte Behörde dem Beschwerdeführer auch keine Gelegenheit gegeben, zu den sich aus der mündlichen Berufungsverhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Burgenland vom 27. Februar 2008 ergebenden Aussagen des Erstsowie der Viert- bis Siebtmitbeteiligten Stellung zu nehmen. Zu diesen Beweisergebnissen sei kein rechtliches Gehör durch die Ermöglichung einer Stellungnahme gemäß § 45 Abs. 3 AVG gewährt worden. Auch dieser Verfahrensmangel sei wesentlich, zumal die belangte Behörde den (übereinstimmenden) Aussagen der fünf unter Wahrheitspflicht einvernommenen Zeugen nicht gefolgt sei und entgegen deren Angaben nicht von der Dienstgeborengenschaft des P.C., sondern von der Dienstgeborengenschaft des Beschwerdeführers ausgegangen sei.

5.2. Zu diesem Vorbringen ist zunächst anzumerken, dass schon aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren hervorgeht, dass der Beschwerdeführer selbst das Protokoll über die Aussagen des Erst- sowie der Viert- bis Siebtmitbeteiligten vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Burgenland vom 27. Februar 2008 an die belangte Behörde (mit Schriftsatz vom 18. April 2008) übermittelt hat. Zu eigenem Vorbringen wie auch zu von der Partei selbst vorgelegten Beweismitteln muss aber nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kein Parteiengehör gewährt werden (vgl. die in *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetz 12, E 384, zu § 45 AVG zitierte Rechtsprechung).

5.3. Dem restlichen - eine Verletzung des Parteiengehörs behauptenden - Beschwerdevorbringen fehlt es an Relevanz, da der Beschwerdeführer nicht darlegt, welches Vorbringen er bei Einräumung von Parteiengehör erstattet hätte und wie die belangte Behörde dadurch zu einem anderen Ergebnis gelangen hätte können. Die bloße Behauptung, dass die belangte Behörde bei Einräumung von Parteiengehör "zu einem anders lautenden Bescheid gelangen hätte können", ohne dies näher zu substantiieren, reicht nicht aus um die Relevanz eines Verfahrensmangels zu begründen.

6.1. Der Beschwerdeführer bringt weiters vor, er habe zum Nachweis dafür, dass er mit P.C. einen Werkvertrag abgeschlossen habe, nachdem sich dieser verpflichtet habe, mit dem von ihm beizustellenden Material die Pflasterungsarbeiten in seinem Hof mit den von ihm zu beauftragenden Dienstnehmern gegen ein Entgelt von EUR 5.000,- durchzuführen, die Einvernahme der Zeugin K.F. beantragt (und zwar sowohl im Einspruch als auch in der aufgetragenen Gegenäußerung vom 13. August 2007).

Die belangte Behörde habe, obwohl sie die Frage, ob der Beschwerdeführer mit P.C. einen mündlichen Werkvertrag über die Durchführung der Pflasterungsarbeiten abgeschlossen habe, als wesentlich erkannt habe, die vom Beschwerdeführer zu diesem Beweisthema beantragte Zeugin nicht einvernommen und dadurch den angefochtenen Bescheid mit einem wesentlichen Verfahrensmangel belastet. Es sei nicht auszuschließen, dass die belangte Behörde, hätte sie die Einvernahme der Zeugin K.F. durchgeführt, zu einem anderslautenden Ergebnis gelangen hätte können.

6.2. Solange einem Zeugenbeweis die grundsätzliche Eignung, zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen, nicht abgesprochen werden kann, wäre in einer (ausdrücklichen) Feststellung der belangten Behörde, der Zeuge hätte ohnedies nichts Wesentliches beitragen können, eine unzulässige vorwegnehmende Beweismittelwürdigung gelegen. Die gleiche Wertung liegt auch dem stillschweigenden Übergehen eines beantragten Beweises zugrunde. Die begründungslose Unterlassung der Einvernahme eines Zeugen belastet daher den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2009, Zl. 2007/09/0322).

6.3. Dienstgeber iS des § 35 ASVG ist derjenige, auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb, in welchem ein Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, geführt wird. Die belangte Behörde geht davon aus - und der Beschwerdeführer bestreitet dies nicht - dass P.C. weder Inhaber eines einschlägigen Pflastereibetriebes ist, noch die mitbeteiligten Beschäftigten in seinem Handelsbetrieb in der Slowakei beschäftigt hat. Auch kam im Verfahren nicht hervor, dass P.C. allenfalls einen nicht legalen "Pfuschereibetrieb" in der Slowakei oder in Österreich mit den mitbeteiligten Beschäftigten betreibt. Für die Frage der Dienstnehmereigenschaft der mitbeteiligten Beschäftigten zu einem bestimmten Dienstgeber kommt es daher nur darauf an, ob die Baustelle, auf denen diese Beschäftigten nach der Aktenlage unter der Anweisung des P.C. gearbeitet haben, auf Rechnung und Gefahr des P.C. oder auf Rechnung und Gefahr des Beschwerdeführers geführt worden ist.

Der Umstand, dass P.C. die Arbeiter besorgt, angewiesen und bei der Arbeit angeleitet hat, ist in diesem Zusammenhang deshalb von geringer Aussagekraft, weil P.C. - aufgrund der fehlenden Sprachkenntnisse des

Beschwerdeführers - durchaus auch als dessen Bevollmächtigter agiert haben könnte. Auch würde die Dienstgebereigenschaft des Beschwerdeführers gemäß § 35 ASVG nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass er die mitbeteiligten Beschäftigten durch P.C. als Mittelsmann in Dienst genommen hat, worauf die Aktenlage hindeutet.

Zu der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass dies jene Person sei, die 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. Im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen muss ihm zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehen. Maßgeblich sind die wirklichen rechtlichen Verhältnisse, nicht der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt. Dem gemäß kann auch ein indirekt Vertretener Dienstgeber sein (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12325/A mit ausführlichen Judikatur- und Literaturhinweisen, aus jüngerer Zeit das Erkenntnis vom 14. September 2005, Slg. Nr. 16706/A).

Es ist im vorliegenden Fall daher entscheidend, ob P.C. die im Zusammenhang mit dem Auftrag des Beschwerdeführers durchgeführten Rechtsgeschäfte (Ankauf und Besorgung von Baumaterialien, Arbeitsvereinbarungen mit den beschäftigten Mitbeteiligten) auf eigene Rechnung oder auf Rechnung des Beschwerdeführers abgeschlossen hat, wobei es - im Falle einer indirekten Stellvertretung - nicht darauf ankommt, ob P.C. Dritten gegenüber im eigenen Namen aufgetreten ist. In diesem Zusammenhang wäre vielmehr entscheidend, ob P.C. mit dem Beschwerdeführer vereinbart hat, dass Letzterer die Arbeitnehmer mit einem bestimmten, (allenfalls von P.C. vorgeschlagenen und von den Beschäftigten akzeptierten) Entgelt entlohnen sollte, wovon die belangte Behörde auszugehen scheint (mag es auch P.C. übernommen haben, den dafür erforderlichen Betrag entgegen zu nehmen und an die beschäftigten Mitbeteiligten auszuhändigen) oder ob zwischen dem Beschwerdeführer und P.C. eine das Material, die Leistungen des P.C. und auch die Erbringung von Arbeitsleistungen Dritter umfassendes Pauschalhonorar vereinbart worden ist, aus welchem P.C. die erforderlichen Ausgaben zu bestreiten und die beschäftigten Mitbeteiligten zu entlohnen hatte, sodass P.C. und nicht den Beschwerdeführer das Risiko unvorhersehbarer Verzögerungen und damit erhöhter Kosten bei den Bautätigkeiten getroffen hätte, die Baustelle daher auf seine Rechnung und Gefahr geführt hat.

Danach kommt es aber entscheidend darauf an, welche Vereinbarungen der Beschwerdeführer mit P.C. getroffen hat. Es kann daher nicht von vornherein die Unerheblichkeit der Aussage der vom Beschwerdeführer zu diesem Beweisthema beantragten Zeugin angenommen werden.

Die belangte Behörde hat sich in der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht mit dem Beweisantrag auseinandergesetzt, sondern diesen stillschweigend übergangen, worin ein relevanter Verfahrensmangel zu erblicken ist. Im fortgesetzten Verfahren wird die belangte Behörde daher entweder dem Beweisantrag des Beschwerdeführers zu folgen haben und die Zeugin einzuvernehmen haben oder begründen müssen, weshalb eine Einvernahme der Zeugin unterbleiben kann.

7. Der angefochtene Bescheid war daher im Umfang der Anfechtung - soweit er nicht wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde aufzuheben war - gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. c VwGG wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Das Mehrbegehren war im Hinblick auf die auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestehende sachliche Gebührenfreiheit gemäß § 110 ASVG abzuweisen. Wien, am 7. September 2011