

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

13.11.2013

Geschäftszahl

2011/08/0099

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer und MMag. Maislinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde der V U in R, vertreten durch Dr. Karl Schön, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Wickenburggasse 3/9, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 23. Februar 2011, Zl. GS5-A-948/792-2010, betreffend Beitragszuschlag gemäß § 113 ASVG (mitbeteiligte Partei:

Niederösterreichische Gebietskrankenkasse in 3100 St. Pölten, Kremser Landstraße 3), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Schreiben vom 11. November 2009 übermittelte das Finanzamt der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse eine Anzeige gemäß § 27 AuslBG zur Kenntnisnahme. Nach dieser Anzeige sei am 16. Juli 2009 um 11.20 Uhr eine Kontrolle durch das Finanzamt (Team KIAB) durchgeführt worden. Dabei seien drei slowakische Staatsbürger bei Dachdeckerarbeiten für die Hausbesitzerin (die Beschwerdeführerin) angetroffen worden; die drei slowakischen Staatsbürger seien nicht zur Sozialversicherung gemeldet gewesen. Die Personen seien zum Zeitpunkt der Kontrolle mit der Vorbereitung der Schalung für den Rauchfang bzw. mit dem Eindecken des Daches (am Dachstuhl stehend) beschäftigt gewesen. Die drei Personen hätten angegeben, seit 16. Juli 2009, 10 Uhr mit den Dacharbeiten beschäftigt zu sein. Zwei der Personen hätten angegeben, für ihre Tätigkeit Essen bzw. Trinken zu erhalten. Als Vorgesetzter sei der Name "F(...)" angegeben worden, dabei handle es sich um den Ehemann der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin sei im Zuge der Kontrolle angetroffen worden, sie habe aber keine Angaben in Bezug auf die drei slowakischen Staatsbürger gemacht.

Mit Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 24. November 2009 wurde dem Ehemann der Beschwerdeführerin ein Beitragszuschlag in der Höhe von insgesamt EUR 2.300,-- vorgeschrieben. Begründend wurde ausgeführt, im Rahmen der am 16. Juli 2009 erfolgten Betretung durch das Finanzamt (Team KIAB) sei festgestellt worden, dass für drei im Bescheid namentlich angeführte Versicherte die Anmeldung nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden sei.

Der Ehemann der Beschwerdeführerin erhob Einspruch gegen diesen Bescheid. Seine Frau sei Eigentümerin des Hauses, an welchem die Arbeiten vorgenommen worden seien. Die Vorwürfe der angeblichen Beschäftigung von drei Ausländern würden sich daher - materiell unrichtig - gegen sie richten; er habe damit nichts zu tun.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse übermittelte daraufhin an den Ehemann der Beschwerdeführerin einen Fragebogen zur Beschäftigung der drei Personen.

Mit Bescheid vom 20. April 2010 schrieb die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse der Beschwerdeführerin einen Beitragszuschlag in der Höhe von insgesamt EUR 2.300,-- vor. Begründend wurde ausgeführt, im Rahmen der am 16. Juli 2009 erfolgten Betretung durch das Finanzamt (Team KIAB) sei festgestellt worden, dass für drei im Bescheid näher genannte Personen die Anmeldungen nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden seien.

Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Bescheid Einspruch. Sie machte geltend, gegen sie sei aufgrund dieses Sachverhaltes ein Verwaltungsstrafverfahren anhängig; es werde ihr vorgeworfen, Rechtsvorschriften des AuslBG verletzt zu haben. Tatsächlich handle es sich um einen reinen

Gefälligkeitsdienst, der nicht unter die bewilligungspflichtige Beschäftigung des AuslBG falle. Dies werde das Beweisverfahren im Verwaltungsstrafverfahren ergeben. Sie sei demnach niemals als Dienstgeberin aufgetreten. Eine Verpflichtung zur Erstattung der Anmeldung von pflichtversicherten Personen vor Arbeitsantritt habe daher zu keiner Zeit bestanden. Schließlich bekämpfe sie den Bescheid auch der Höhe nach. Sie beantrage daher den Bescheid der Gebietskrankenkasse aufzuheben, in eventu das gegen sie geführte Verwaltungsverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung im präjudiziellen Verwaltungsstrafverfahren über die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG zu unterbrechen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dem Einspruch der Beschwerdeführerin keine Folge. Begründend führte die belangte Behörde - nach Darlegung des Verwaltungsgeschehens - im Wesentlichen aus, es sei für das gegenständliche Verfahren unerheblich, ob die Arbeiten bereits seit Tagen, erst seit fünf Minuten vor Beginn der KIAB-Überprüfung oder - wie behauptet - eine Stunde und zwanzig Minuten vor Beginn der KIAB-Kontrolle begonnen hätten. Bei Vorliegen von Dienstnehmertätigkeiten hätten die Meldungen vor Arbeitsantritt erfolgen müssen. Es erscheine äußerst unglaublich, dass - laut Personalblatt - arbeitslose slowakische Staatsbürger, die mit der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann weder verwandt noch näher befreundet seien, aus reiner Nächstenliebe bzw. aus reiner Gefälligkeit nach Österreich reisen und Dachdeckerarbeiten bzw. Einschaltungen von Schornsteinen durchführen würden, ohne hierfür Lohn zu verlangen oder zumindest mit Essen und Trinken verpflegt zu werden. Es seien auch weder von den drei arbeitend angetroffenen slowakischen Staatsbürgern noch vom Ehemann der Beschwerdeführerin in seinem Einspruch irgendwelche diesbezüglichen konkreten Behauptungen aufgestellt bzw. Beweise angeboten worden. Diese Arbeiten seien auch keineswegs bloß kurzfristige, leichte Tätigkeiten, sondern vielmehr umfangreiche und durchaus schwere Tätigkeiten gewesen, die nicht bloß in ein paar Stunden erledigt werden könnten und somit das übliche Maß der Gefälligkeit bei weitem überschritten hätten. Das dagegen vorgebrachte Einspruchsvorbringen widerspreche jeglicher Lebenserfahrung. Das Vorliegen von reinen Gefälligkeitsdiensten werde als unglaubliches Schutzvorbringen gewertet.

Tatsache sei vielmehr, dass die drei slowakischen Staatsbürger eine verwertbare Arbeitsleistung erbracht hätten und dafür zumindest als Gegenleistung Speis und Trank erhalten hätten. Dass zwischen der Beschwerdeführerin und den Betretenen keine Entlohnung vereinbart bzw. in Aussicht gestellt worden sei, werde zwar für äußerst unrealistisch und unglaublich befunden, schließe aber das Vorliegen einer unselbständigen Tätigkeit nicht aus, da in der Sozialversicherung das Anspruchslohnprinzip gelte, wonach eine Person auch dann gegen Entgelt beschäftigt sei, wenn sie aufgrund des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Entgelt habe. Es sei daher ohne Belang, dass für die Betretenen über die Gewährung von Speis und Trank hinaus kein Entgelt vereinbart worden sei.

Ein "freies Vertretungsrecht" der drei Dienstnehmer sei nicht vorgelegen, weswegen dieses Bestimmungselement der persönlichen Abhängigkeit im Sinne einer Dienstnehmereigenschaft klar ausgeprägt sei. Die Beschwerdeführerin habe diese drei bestimmten slowakischen Staatsangehörigen für die Arbeiten auf ihrer Liegenschaft engagiert. Arbeitsort (bestimmte Liegenschaft), Arbeitszeit und Art der Tätigkeiten seien von der Beschwerdeführerin festgelegt worden. Das Bestimmungselement der persönlichen Abhängigkeit sei bei der Tätigkeit der drei Dienstnehmer sohin eindeutig vorgelegen. Auch die Kontrollunterworfenheit treffe nach Ansicht der belangten Behörde zu, weil davon auszugehen sei, dass die Beschwerdeführerin die Qualität und den Fortschritt der Arbeiten überwacht habe und diesbezügliche Vorgaben gemacht habe. Es wäre auch lebensfremd, wenn man fremden Arbeitnehmern völlig freie Hand bezüglich der Art und Weise der Reparatur des im eigenen Eigentum stehenden Hauses ließe. Eine disziplinäre Verantwortlichkeit sei nicht nachweisbar. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass die für die Arbeiten erforderlichen Betriebsmittel wie Leitern, Hammer, zum überwiegenden Teil von der Hauseigentümerin zur Verfügung gestellt und das Baumaterial ebenfalls von der Beschwerdeführerin gekauft bzw. bezahlt worden sei. Die Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation stelle nur ein Kürzel für die Aspekte der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit sowie der Arbeit mit fremden Betriebsmitteln dar. Wie die Ausführungen hinsichtlich der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit zeigten, sei dieses Bestimmungselement als gegeben anzusehen. Da die Dienstnehmer im besagten Zeitraum für keine anderen Dienstgeber tätig gewesen seien, liege ein weiteres Merkmal der Dienstnehmereigenschaft vor.

Es sei als erwiesen zu betrachten, dass die drei slowakischen Staatsangehörigen keinesfalls aus reiner Gefälligkeit, sondern im Rahmen eines Dienstverhältnisses tätig geworden seien. Im vorliegenden Fall liege ein eindeutiges Überwiegen der Bestimmungselemente der persönlichen Abhängigkeit vor. Es werde daher festgestellt, dass die slowakischen Staatsangehörigen zumindest zum Zeitpunkt der Kontrolle bereits seit eineinhalb Stunden eine nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt hätten, die die sozialversicherungsrechtliche Pflichtversicherung zur Folge gehabt habe und somit vor Arbeitsbeginn von der Beschwerdeführerin gemeldet hätte werden müssen, was jedoch bislang nicht erfolgt sei. Auch hinsichtlich der Höhe des Beitragszuschlages könne der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse kein Überschreiten ihres Ermessensspielraumes vorgehalten werden, zumal sie sich an die gesetzlich vorgegebenen Pauschalbeträge gehalten habe.

Es sei nicht einzusehen, weshalb das Verfahren gegen die Beschwerdeführerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsstrafverfahrens ausgesetzt werden solle. Abgesehen davon, dass die Vorfrage der Dienstnehmereigenschaft eher im Sozialversicherungsverfahren geklärt werden solle und sohin keinesfalls von einer Präjudizialität des Strafverfahrens gesprochen werden könne, sei der Ausgang des

Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung der Bestimmungen des AuslBG für das gegenständliche Beitragszuschlagsverfahren völlig irrelevant.

Die Beschwerdeführerin hat gegen diesen Bescheid zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben, der mit Beschluss vom 3. Mai 2011, B 469/11-3, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ergänzte Beschwerde nach Aktenvorlage und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde und die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

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

Gemäß § 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. Nach § 33 Abs. 2 ASVG gilt Abs. 1 leg.cit. für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a ASVG Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

Der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung gemäß § 33 Abs. 1a ASVG in zwei Schritten erfüllen.

Nach § 113 Abs. 1 Z 1 ASVG kann ein Beitragszuschlag vorgeschrieben werden, wenn die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung setzt sich der Beitragszuschlag nach einer unmittelbaren Betretung 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 EUR 500,-- je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person; der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf EUR 800,--. Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz bis auf EUR 400,-- herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.

2. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst als Verfahrensmangel, die erstinstanzliche Behörde habe kein Ermittlungsverfahren durchgeführt; auch die Bezirkshauptmannschaft habe keine Beweisaufnahme durchgeführt, sondern lediglich Rechtsausführungen des Finanzamtes weitergeleitet. Sachverhaltsermittlungen würden im Verwaltungsstrafverfahren (betreffend Übertretung des AuslBG) geführt. Sie habe daher beantragt, das Verfahren bis zur Entscheidung in diesem Verwaltungsstrafverfahren zu unterbrechen. Sie habe in diesem Verfahren auch ausdrücklich in ihrer Äußerung vom 26. April 2010 darauf verwiesen, dass sie das Baumaterial, welches sie für die Verkleidung (Verblechung) des Rauchfanges benötige, im Geschäftslokal des Herrn B gekauft habe. Dieses Material sei von Herrn B angeliefert worden. Bei der Anlieferung sei dieses Material gefälligkeitshalber montiert worden, ohne dass die Beschwerdeführerin einen Auftrag erteilt habe. Diese Gefälligkeit habe sie dazu veranlasst, Herrn B und seinen beiden Begleitern Getränke und eine Kleinigkeit zu essen aufzuwarten. Dass Herr B die Montage der Verkleidung unentgeltlich vorgenommen habe, beruhe lediglich auf der Tatsache, dass Herr B ein Bekannter sei, sie habe bei ihm eingekauft, er habe ihr deshalb einen Gefallen erweisen wollen. Die Gebietskrankenkasse und die belangte Behörde hätten sowohl den Unterbrechungsantrag wie auch ihre Ausführungen übergangen und überhaupt kein Beweisverfahren durchgeführt. Bei Durchführung eines Ermittlungsverfahrens, beinhaltend auch ihre Einvernahme und die Einvernahme ihres Ehemannes, hätte die belangte Behörde feststellen müssen, dass kein auch nur beschäftigungsähnliches Verhältnis vorgelegen wäre. Selbst beim festgestellten Sachverhalt hätte die belangte Behörde erkennen müssen, dass ein Beschäftigungsverhältnis nicht vorgelegen sei. Hilfsweise werde vorgebracht, dass aufgrund der gegebenen Umstände und des äußerst kurzen Zeitraumes einer beschäftigungsähnlichen Tätigkeit der Zuschlag wesentlich geringer vorzuschreiben gewesen wäre oder überhaupt von der Vorschreibung eines Beitragszuschlages Abstand zu nehmen gewesen wäre.

3. Mit diesem Vorbringen kann eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt werden.

Zunächst ist zu bemerken, dass in den vorgelegten Verwaltungsakten eine Äußerung vom 26. April 2010 nicht enthalten ist. Soweit damit die - in der Beschwerde ebenfalls angeführte - Stellungnahme vom 6. April 2010 gemeint ist, so handelt es sich hiebei um eine Stellungnahme des Ehemannes der Beschwerdeführerin, in welcher zum einen darauf verwiesen wird, dass der übermittelte Fragebogen ausgefüllt zurückgestellt werde. Zum anderen wird darin lediglich festgehalten, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin mit einer Beschäftigung von Arbeitskräften nichts zu tun gehabt habe; die Liegenschaft stehe im Eigentum der Beschwerdeführerin (und ihrer Tochter). Im ausgefüllten Fragebogen findet sich hiezu u. a. die Angabe, die Verblechung sei von der Beschwerdeführerin bei B (einem der drei slowakischen Staatsangehörigen) gekauft worden; B habe das Blech angeliefert und montiert.

Ein Vorbringen, dass die Montage ohne Auftrag der Beschwerdeführerin erfolgt sei, wurde damit im Verwaltungsverfahren nicht erstattet; insoweit liegt eine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unbeachtliche Neuerung (§ 41 Abs. 1 VwGG) vor.

Wenn die Unterlassung der Einvernahme der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes gerügt wird, so wurden im Verwaltungsverfahren darauf gerichtete Beweisanträge nicht gestellt. Auch in der Beschwerde wird nicht dargelegt, welcher konkrete Sachverhalt bei Aufnahme dieser Beweise hätte festgestellt werden können, sodass auch die Relevanz eines allfälligen Verfahrensmangels nicht dargetan wird.

Soweit die Unterlassung der Unterbrechung des Verfahrens gerügt wird, ist zu bemerken, dass keine Vorfrage vorliegt, die im Verwaltungsstrafverfahren nach dem AuslBG als Hauptfrage zu entscheiden wäre; auch in jenem Verfahren wäre lediglich als Vorfrage zu prüfen, ob eine Beschäftigung vorliegt, wobei überdies der Begriff der Beschäftigung nach § 2 Abs. 2 AuslBG nicht (vollständig) deckungsgleich mit jenem der abhängigen Beschäftigung nach § 4 Abs. 2 ASVG (bzw. des freien Dienstnehmers nach § 4 Abs. 4 ASVG) ist. Schon deshalb ist die Beschwerdeführerin keinesfalls dadurch in ihren Rechten verletzt, dass das gegenständliche Verfahren nicht unterbrochen wurde.

Die Beschwerdeführerin macht das Vorliegen unentgeltlicher Freundschafts- bzw. Gefälligkeitsdienste geltend.

Als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste sind kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, Zl. 2012/08/0165, mwN). Es ist Sache der Partei, hiezu entsprechende konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. September 2013, Zl. 2011/08/0318, mwN).

Der Umstand alleine, dass die Beschwerdeführerin eine (nicht näher konkretisierte) "Bekannte" einer der drei slowakischen Personen ist, die bei dieser Person eingekauft habe, kann nicht bewirken, dass die von insgesamt drei Personen erbrachten Leistungen als Gefälligkeitsdienste beurteilt würden.

Soweit schließlich die Höhe des Beitragszuschlages gerügt wird, so wird aber auch in der Beschwerde nicht bestritten, dass die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden ist. Die Meldung war zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die KIAB noch nicht nachgeholt. Die Folgen des Meldeverstößes können auch nicht als unbedeutend eingestuft werden, weil sich der Meldeverstoß auf drei Arbeitnehmer gleichzeitig ausgewirkt hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. September 2010, Zl. 2010/08/0151). Der Umstand, dass das Beschäftigungsverhältnis nur kurz andauert hat, stellt keinen Grund dar, der iSd § 113 Abs. 2 ASVG besonders berücksichtigungswürdig wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, Zl. 2012/08/0165).

4. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet in §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 13. November 2013