

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

09.10.2013

Geschäftszahl

2012/08/0250

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und den Hofrat Dr. Strohmayer als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde des R L in O, vertreten durch Mag. Michael Rebasso, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Ferstelgasse 1, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 24. September 2012, Zl. GS5-A-948/1645-2011, betreffend Beitragszuschlag gemäß § 113 ASVG (mitbeteiligte Partei: Niederösterreichische Gebietskrankenkasse in 3100 St. Pölten, Kremser Landstraße 3), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird 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 Bescheid vom 12. Oktober 2011 schrieb die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse dem Beschwerdeführer gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG einen Beitragszuschlag in Höhe von EUR 2.300,-- vor, weil im Rahmen der am 12. Juli 2011 erfolgten Betretung durch das Finanzamt G./ Team Finanzpolizei auf der Baustelle in R. festgestellt worden sei, dass für die zumindest am 12. Juli 2011 versicherten Personen M. D., N. G. und P. V. die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet worden sei.

Anlässlich der Betretung durch das Finanzamt G./Team Finanzpolizei am 12. Juli 2011 hatte der Beschwerdeführer niederschriftlich Folgendes angegeben:

"Ich bin durch einen Bekannten zu den drei Arbeitern gekommen. Ich habe die drei ausländischen Arbeiter gefragt, ob sie mir helfen können, bei der Fassade. Ich habe mit Herrn D. gesprochen. Herr D. hat gesagt, ja wir helfen bei der Fassade. Es ist noch keine Bezahlung vereinbart worden. Ich wollte mir anschauen wie sie die Arbeiten verrichten. Wenn sie es nicht schön machen, zahle ich ihnen weniger. Das Material habe ich bei einer Baufirma gekauft. Das Werkzeug gehört ebenfalls mir. Die drei Arbeiter haben heute in der Früh, so was um 08:00 Uhr, mit den Fassadenarbeiten begonnen. Das Baugerüst habe ich aufgestellt. Auf der hinteren Seite der Garagenboxen habe ich die Fassade gemacht. Die Garagenboxen gehören mir. Ich werde diese dann später vermieten. Die Arbeitsanweisungen habe ich den drei Arbeitern erteilt. Ich habe mich bezüglich Arbeitspapiere nicht erkundigt."

In seinem gegen den erstinstanzlichen Bescheid erhobenen Einspruch führte er dann aus, dass er auf der Liegenschaft in R. Garagenboxen errichtet habe, die er mit einer Vollwärmeschutzfassade versehen habe wollen. Da er diese Arbeiten infolge beruflicher Überlastung nicht zur Gänze allein ausführen habe können, habe er sich in seinem Bekanntenkreis nach einem dazu befugten Gewerbsmann erkundigt. Von einem seiner Bekannten sei ihm M. D. empfohlen worden. Nachdem ihm dieser über ausdrückliches telefonische Befragen bestätigt habe, über einen österreichischen Gewerbeschein zur Durchführung der zu verrichtenden Arbeiten zu verfügen, sei vereinbart worden, dass M. D. am 12. Juli 2011 um 8:00 Uhr mit seinem Gewerbeschein erscheinen solle, um die Arbeiten auszuführen. Von der Mitnahme weiterer Personen sei in diesem Telefonat nicht die Rede gewesen.

M. D. sei zur vereinbarten Zeit am vereinbarten Ort erschienen und habe die Herren N. G. und P. V. mitgebracht. Auf die Frage, weshalb er zwei weitere Personen mitgebracht habe, habe er erklärt, dass es sich um zwei Mitarbeiter von ihm handle, die ihm bei der Erledigung der Arbeiten helfen würden, damit

diese schneller fertiggestellt würden, was der Beschwerdeführer zur Kenntnis genommen habe. Mit N. G. und P. V. habe der Beschwerdeführer schon deshalb keinerlei Kommunikation gehabt, weil sie nicht der deutschen, sondern nur der rumänischen Sprache mächtig gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe M. D. ersucht, für die zu leistenden Arbeiten - das Ankleben vorhandener Styroporplatten auf die seitlichen Begrenzungsmauern der Garagenboxen und das nachfolgende Verspachteln derselben - ein Preisanbot zu machen. Daraufhin habe dieser erwidert, dass er den "in dieser Gegend" für derartige Arbeiten ortsüblichen Preis nicht kenne, da er bisher solche Arbeiten nur in W. erledigt hätte, wo die Preise fraglos höher wären. Da auch dem Beschwerdeführer der ortsübliche Preis nicht bekannt gewesen sei, sei vereinbart worden, dass sich der Beschwerdeführer diesbezüglich erkundigen würde. Er habe noch betont, dass der ortsübliche Preis natürlich nur bei ordnungsgemäßer Ausführung der Arbeiten bezahlt würde; bei mangelhafter Erledigung müsse M. D. mit einem Preisabschlag rechnen, was dieser mit der Bemerkung akzeptiert habe, dass er und seine Mitarbeiter sicher zur Zufriedenheit des Beschwerdeführers arbeiten würden.

Zum Beweis der Richtigkeit dieses Tatsachenvorbringens verwies der Beschwerdeführer auf seine niederschriftliche Vernehmung durch die Finanzpolizei G. vom 12. Juli 2011. Dort habe er insbesondere ausgesagt, nur mit M. D. kommuniziert zu haben und die vorgeschriebenen Angaben über die Vereinbarung des Werklohns - wenn auch mit anderen Worten - bestätigt. Weiters wurde die zeugenschaftliche Vernehmung von M. D. an näher genannter Adresse und unter Angabe von dessen Geburtsdatum, beantragt.

In rechtlicher Hinsicht ergebe sich, so das Einspruchsvorbringen weiter, dass der Beschwerdeführer mit M. D. letztendlich einen Werkvertrag und keinen Dienstvertrag abgeschlossen habe. Dies gehe aus der mehrfachen Nachfrage des Beschwerdeführers gegenüber M. D., ob dieser über einen Gewerbeschein verfüge, aus der Aufforderung, diesen bei Beginn der Auftragserledigung mitzubringen und vorzuweisen, und aus der Kontrolle desselben hervor. Die vertragsgegenständlichen Arbeiten seien zur Erledigung in Form eines Werkvertrages geeignet, könne doch fraglos - wie dies auch geschehen sei - die Vereinbarung getroffen werden, dass ein Werk (und nicht ein bloßes Bemühen), nämlich das Versehen von bestimmten Wänden mit Styroporplatten und Verspachteln derselben zum nachfolgenden Auftragen eines Verputzes, geschuldet werde. Schließlich ließen die beschriebenen Vereinbarungen betreffend den Werklohn klar erkennen, dass ein Werkvertrag und kein Dienstvertrag zustande gekommen sei: Im Ergebnis sei nämlich ein ortsüblicher Preis, unter Anwendung der gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen für Werkverträge (Preisminderung bei mangelhafter Auftragserledigung), vereinbart worden. Im Falle eines Dienstvertrages, wo kein (mangelfreies) Werk, sondern nur ein Bemühen geschuldet werde, komme es klarerweise zu keiner derartigen Vereinbarung einer Gewährleistung, ganz abgesehen davon, dass diesfalls nicht die Vereinbarung eines ortsüblichen Preises für ein mangelfreies Gesamtwerk, sondern die Vereinbarung eines Stundenlohns für ein Bemühen stattfände.

Mit N. G. und P. V. sei der Beschwerdeführer - wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergebe - in überhaupt kein Vertragsverhältnis getreten; sie seien von M. D. als seine Mitarbeiter bei Arbeitsbeginn präsentiert worden. Der Beschwerdeführer habe gegen den Einsatz von Mitarbeitern durch M. D. keinen Einwand erhoben und auch nicht erheben können, weil es einem Werkvertragsnehmer natürlich unbenommen bleibe, ob er das Werk selbst ausführe oder dazu Gehilfen - sei es auf dienstvertraglicher, sei es auf werkvertraglicher Grundlage - einsetze. Naturgemäß habe sich der Beschwerdeführer um die Art und die Zulässigkeit des zwischen M. D. und seinen Gehilfen bestehenden Vertragsverhältnisses in keiner Weise gekümmert. Er habe schon deshalb mit N. G. und P. V. in kein Vertragsverhältnis treten können, weil mit ihnen infolge mangelnder Sprachkenntnisse eine Kommunikation gar nicht möglich gewesen sei.

Da der Beschwerdeführer mit N. G. und P. V. überhaupt kein Vertragsverhältnis sowie mit M. D. ein Werkvertragsverhältnis und kein Dienstvertragsverhältnis begründet habe, sei er auch nicht verpflichtet gewesen, die Genannten vor Arbeitsantritt bei der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung anzumelden.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erklärte anlässlich der Vorlage des Einspruchs an die belangte Behörde, dass im Hinblick auf die Einspruchsausführungen noch ergänzende Erhebungen durchzuführen seien, und stellte in Aussicht, nach Abschluss der Ermittlungen eine entsprechende Stellungnahme abzugeben.

Dies erfolgte schließlich mit Schreiben vom 25. Jänner 2012. Darin äußerte sich die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse ausführlich zum Einspruchsvorbringen. Sie führte u.a. auch aus, der steuerliche Vertreter des Beschwerdeführers habe aufgrund einer telefonischen Anfrage der Kasse bestätigt, dass es zu keinem Abschluss eines (schriftlichen) Werkvertrages zwischen dem Beschwerdeführer und M. D. gekommen sei. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse habe auch versucht, dem im Einspruch gestellten Antrag des Beschwerdeführers auf Einvernahme des M. D. nachzukommen, indem sie diesen in Form eines Fragebogens aufgefordert habe, zum gegenständlichen Sachverhalt Stellung zu beziehen; das Schriftstück sei allerdings von M. D. nicht behoben worden, und es sei auch nicht möglich gewesen, ihn telefonisch zu kontaktieren, weil sich die "elektronische Suche" als erfolglos herausgestellt habe. Diese "Vorgehensweise" lasse für die Kasse auch den Schluss zu, dass M. D. über keine eigene unternehmerische Struktur verfüge. Hinsichtlich der Bindung an die Arbeitszeit führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, die drei Arbeiter hätten übereinstimmend angegeben, dass die Arbeitszeit von 8 bis 16 Uhr vorgegeben gewesen sei.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dem Einspruch keine Folge.

In der Begründung gab sie zunächst den erstinstanzlichen Bescheid, das Einspruchsvorbringen und den Strafantrag des Finanzamtes wieder, nicht aber die Stellungnahme der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse, die dem Beschwerdeführer auch nicht im Rahmen des Parteienghört zur Kenntnis gebracht worden war. Anschließend stellte sie fest, dass "daher" für das sozialversicherungsrechtliche Verfahren von folgendem unbestrittenen Sachverhalt ausgegangen werden könne: Am 12. Juli 2011 gegen 13:20 Uhr seien von Organen der Finanzpolizei G. auf der Baustelle des Beschwerdeführers in R. die drei rumänischen Staatsangehörigen M. D., N. G. und P. V. bei der Durchführung von Fassadenarbeiten (Kleben von Styroporplatten) angetroffen worden. M. D. und N. G. seien jeweils im Besitz eines Gewerbescheines mit dem Wortlaut "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit". Die drei Personen seien nicht zur Sozialversicherung gemeldet gewesen.

Daran schloss sich die "rechtliche Beurteilung" an, in der die belangte Behörde nach Wiedergabe der maßgeblichen Rechtsvorschriften im Wesentlichen Folgendes ausführte:

Bei den von den Betretenen verrichteten Arbeiten (Kleben von Styroporplatten) handle es sich zweifelsfrei um Dienstleistungen. Dies entspreche auch der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlaubten, in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchung vorausgesetzt werden könne. Deuteten die Umstände, unter denen die Arbeitsleistung erfolgt sei, nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hin, sei die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt würden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstünden. Derartige atypische Verhältnisse im Sinne der Judikatur seien im Gegenstand nicht behauptet worden. Die Art der verfahrensgegenständlichen Arbeiten entspreche einer einfachen manuellen Tätigkeit im Sinne der Judikatur, sodass die Behörde berechtigterweise von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne ausgegangen sei. Die Betretenen hätten damit Dienstleistungen erbracht und seien demzufolge in einem Dauerschuldverhältnis zum Beschwerdeführer gestanden. Für diese Beurteilung sei das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines - wenn auch nur mündlich oder konkludent geschlossenen - Vertrages unwesentlich, alleinentscheidend seien die faktischen Verhältnisse, der wahre wirtschaftliche Sachverhalt und nicht die zivilrechtliche Hülle.

Wenn der Beschwerdeführer vorbringe, M. D. hätte bei nicht ordnungsgemäßer Ausführung der Arbeiten einen Abschlag von einer noch nicht konkretisierten Preisvereinbarung hinzunehmen gehabt, sei darauf zu verweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof einen Werkvertrag verneine, wenn die zu erbringende Leistung nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert werde. Für einen Werkvertrag essenziell sei ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit. Stehe der konkrete Umfang des "Werkes" nicht fest, fehle es am gewährleistungstauglichen Erfolg. M. D. habe zu keiner Zeit ein unternehmerisches Risiko zu tragen gehabt.

"Darüber hinaus" sei es zwischen dem Beschwerdeführer und M. D. im gegenständlichen Fall zu keinem Abschluss eines Werkvertrages gekommen. Das sei auch vom Vertreter des Beschwerdeführers aufgrund einer telefonischen Anfrage der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse am 10. Jänner 2012 bestätigt worden.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die im Zuge der Betretung mit dem Beschwerdeführer verfasste (von der belangten Behörde wörtlich wiedergegebene) Niederschrift hinzuweisen. Wenn der Beschwerdeführer in seinem Einspruch vorbringe, dass lediglich M. D. über einen Bekannten an ihn vermittelt worden sei, N. G. und

V. P. aber unaufgefordert von M. D. mitgenommen und als seine Mitarbeiter deklariert worden seien, so widerspreche dies eindeutig seiner Angabe bei der niederschriftlichen Einvernahme. Dabei habe er auch ausgesagt, er habe alle drei ausländischen Arbeiter gefragt, ob sie ihm helfen könnten. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass Angaben zum Sachverhalt, die im zeitlich eng begrenzten Rahmen der Betretung gemacht worden seien, der Realität und Wahrheit am ehesten entsprechen.

"Im Sinne der Vollständigkeit" werde angemerkt, dass § 35 Abs. 1 ASVG auch den mittelbaren Dienstgeber umfasse. Damit bleibe selbst dann, wenn der Dienstnehmer seinen Arbeitsvertrag mit einem Mittelsmann abschließe, der dahinter Stehende, auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb geführt werde, sozialversicherungsrechtlicher Dienstgeber. Im gegenständlichen Fall sei ausschließlich der Beschwerdeführer als Dienstgeber anzusehen.

Dass im Gegenstand auch schon deshalb kein Werkvertrag anzunehmen sei, weil der Auftragnehmer eines Werkvertrages im Gegensatz zum Dienstnehmer mit wesentlichen eigenen, für die Ausführung der Tätigkeit notwendigen Betriebsmitteln arbeite, bestätige die Tatsache, dass die Betretenen mit vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln arbeiteten. Der Beschwerdeführer selbst habe in der mit ihm aufgenommenen Niederschrift mitgeteilt, dass das notwendige Material und das Werkzeug von ihm beigelegt worden sei, ja sogar er selbst das Baugerüst aufgestellt habe.

Hinsichtlich der betreffend die Höhe des "Werklohns" getroffenen Vereinbarung führte die belangte Behörde aus, es erscheine äußerst unrealistisch, dass ein Auftragnehmer seinen Werklohn nicht im Vorhinein selbst veranschlage und sich stattdessen den ortsüblichen Preis für seine Dienstleistung vom Auftraggeber und

im Nachhinein vorschreiben lasse. Dass er darüber hinaus gleichzeitig einen nicht näher definierten Preisabschlag bei mangelhafter Erledigung des "Auftrages" vereinbart habe, entspreche nicht den Zahlungsmodalitäten bei einem Werkvertrag.

Im Einspruch werde ausgeführt, es sei vereinbart worden, dass die betretenen Personen im Anschluss an die Anbringung der Styroporplatten diese auch verputzen. Damit untermauere der Beschwerdeführer selbst die Beurteilung des Vorliegens von Dienstleistungen, deuteten doch gerade solche Tätigkeiten nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hin.

Folgende Erwägungen seien für die Beurteilung, dass im verfahrensrelevanten Zeitraum bei den Betretenen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 ASVG vorgelegen sei, ausschlaggebend gewesen:

Die Betretenen seien zweifelsfrei hinsichtlich ihres Arbeitsortes (Grundstück des Beschwerdeführers) an die Vorgaben des Beschwerdeführers gebunden gewesen. Auch hinsichtlich ihrer Arbeitszeit seien sie nicht völlig frei in ihrer Entscheidung gewesen. Sie seien laut ihren Angaben in den Personenblättern der Finanzpolizei erstmalig am Tag der Betretung seit 8 Uhr für den Beschwerdeführer tätig gewesen. Der Beschwerdeführer selbst habe erklärt, dass M. D. aufgrund einer telefonischen Vereinbarung am 12. Juli 2011 um 8 Uhr auf der Baustelle erscheinen solle. Weiters hätten die drei Arbeiter übereinstimmend angegeben, dass die Arbeitszeit von 8 bis 16 Uhr vorgesehen gewesen sei. Diese Arbeitszeit entspreche im Wesentlichen einem durchschnittlichen "Normalarbeitstag" eines Hilfsarbeiters. Somit sei die Bestimmungsfreiheit der Betretenen hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort weitgehend ausgeschaltet gewesen.

Mangels Vereinbarung einer generellen, nicht auf bestimmte Arbeiten oder Ereignisse (wie zB Krankheit oder Urlaub) beschränkten Vertretungsbefugnis müsse aufgrund der Judikatur auch im vorliegenden Sachverhalt von der persönlichen Arbeitspflicht der Betretenen ausgegangen werden. Aus dem Umstand nichtvorliegender Beitragskonten des M. D. sei zu schließen, dass er über keinerlei Personal verfügt habe, an welches er Arbeiten delegieren hätte können. Diese Tatsache stelle ein Indiz für dessen persönliche Dienstpflicht dar. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer ausgeführt, dass M. D. persönlich am 12. Juli 2011 um 8 Uhr auf der Baustelle zu erscheinen gehabt hätte.

Die erstinstanzliche Behörde habe versucht, dem Antrag des Beschwerdeführers auf Einvernahme des M. D. nachzukommen und diesen schriftlich in Form eines Fragebogens aufgefordert, zum gegenständlichen Sachverhalt Stellung zu beziehen. Das Schriftstück sei von M. D. nicht behoben worden. Es sei auch nicht möglich gewesen, M. D. telefonisch zu kontaktieren, da sich die elektronische Suche nach seiner Telefonnummer als erfolglos herausgestellt habe. Dies lasse die Schlussfolgerung zu, dass M. D. über keine eigene unternehmerische Struktur verfüge. Damit stehe für die belangte Behörde fest, dass sich die drei Arbeiter bei ihren Tätigkeiten für den Beschwerdeführer nicht vertreten lassen hätten können.

Es sei bei den drei Betretenen auch von Kontrollen durch den Beschwerdeführerausgehen, insbesondere, weil er während der gesamten Tätigkeit anwesend gewesen sei und selbst angebe, arbeitsbezogene Weisungen erteilt zu haben. Es liege in der Natur der Sache, dass diese Arbeiten schlussendlich auch laufend vom Beschwerdeführer kontrolliert worden seien. Er führe im Übrigen in der Niederschrift vom 12. Juli 2011 aus, dass er - angesprochen auf die Bezahlung der Arbeiten - sich zuerst anschauen habe wollen, wie die Arbeiten verrichtet worden seien. Eine laufende Kontrolle der Tätigkeiten sei somit zwangsläufig gegeben gewesen.

Was die Weisungsbefugnis des Beschwerdeführers anlange, so habe er im Zuge der bei der Betretung verfassten Niederschrift selbst angegeben, dass er Arbeitsanweisungen an die drei Arbeiter erteilt habe. Nach der Judikatur reiche schon allein die Möglichkeit, Weisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten zu erteilen, im Sinne einer "stillen Autorität" des Dienstgebers für die Annahme persönlicher Abhängigkeit aus.

Wie die Ausführungen hinsichtlich der Weisungsunterworfenheit, der Kontrollunterworfenheit und der Arbeit mit Betriebsmitteln des Dienstgebers zeigten, sei auch das Element der Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation jedenfalls erfüllt.

Zum "Umfang der Inanspruchnahme" der Arbeiter führte die belangte Behörde aus, dass von der Judikatur der Höchstgerichte "dieses Merkmal" der Dienstnehmereigenschaft angenommen werde, wenn der Dienstnehmer seine Arbeitskraft ausschließlich oder vollständig dem Dienstgeber zur Verfügung stelle, sodass jede andere Tätigkeit ausgeschlossen sei. Eine Befragung des M. D. sei aus den oben genannten Gründen nicht möglich gewesen. Aufgrund der im erstinstanzlichen Verfahren hervorgekommenen Arbeitsumstände sei davon auszugehen, dass die drei Betretenen keine andere Tätigkeit ausüben hätten können; dies auch deshalb, weil eine ganztägige Beschäftigung vorgesehen gewesen sei.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Abhängigkeit führte die belangte Behörde aus, es sei im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten erwiesen worden, dass der Beschwerdeführer sämtliches Baumaterial und das für die Fassadenarbeiten notwendige Werkzeug zur Verfügung gestellt habe.

Auch das Kriterium der Entgeltlichkeit sei aufgrund der Ermittlungsergebnisse erfüllt.

Insgesamt überwögen bei der gegenständlichen Beschäftigung aufgrund der genannten Argumente jedenfalls die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber jenen der selbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit. Sollte in der Folge im Rechtsweg ein Nichtbestehen eines Dienstverhältnisses

rechtskräftig festgestellt werden, so sehe das ASVG die Möglichkeit der rückwirkenden Zurücknahme der Meldung vor. Aufgrund der Dienstnehmerqualifikation der Betretenen und deren unbestrittener Nicht-Meldung zur Sozialversicherung sei die Vorschreibung des verfahrensgegenständlichen Beitragszuschlages dem Grunde nach zu Recht erfolgt sei. Auch betreffend die Höhe des Zuschlages teile die belangte Behörde die Rechtsansicht der Erstinstanz. Der Einspruch sei somit als unbegründet abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, ihn wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und - ebenso wie die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse - eine Gegenschrift mit dem Antrag auf (kostenpflichtige) Abweisung der Beschwerde erstattet.

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

1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber oder deren gemäß § 35 Abs. 3 ASVG Bevollmächtigte 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.

Gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 ASVG kann ein Beitragszuschlag vorgeschrieben werden, wenn die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde. Gemäß § 113 Abs. 2 ASVG 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. Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird.

Die Behörde ist dann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, Zl. 2012/08/0165, mwN).

3. Die Beschwerde macht geltend, dass im Verwaltungsverfahren atypische Umstände, die gegen die Annahme von Beschäftigungsverhältnissen im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gesprochen hätten, dargelegt worden seien. Vor allem sei vorgebracht worden, dass M. D. die beiden Arbeiter N. G. und P. V. als seine Gehilfen mitgebracht habe. Zum Beweis der Richtigkeit dieses Vorbringens sei die zeugenschaftliche Vernehmung des M. D. beantragt und eine Ladungsadresse bekannt gegeben worden. Außerdem bestreitet der Beschwerdeführer, dass sein Vertreter in einem Telefonat mit der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse bestätigt habe, mit M. D. sei kein Werkvertrag abgeschlossen worden; zu dieser Feststellung sei ihm kein Parteiengehör gewährt worden. Auch die angeblich übereinstimmenden Aussagen der Arbeiter zu ihrer Arbeitszeit seien ihm nicht gemäß § 45 Abs. 3 AVG zur Äußerung vorgehalten worden.

4. Dieses Vorbringen führt die Beschwerde zum Erfolg:

Die Behörde hat Beweisanträgen grundsätzlich zu entsprechen, wenn die Aufnahme des darin begehrten Beweises im Interesse der Wahrheitsfindung notwendig erscheint. Dementsprechend dürfen Beweisanträge nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel an sich ungeeignet ist, über den Gegenstand der Beweisaufnahme einen Beweis zu liefern und damit zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das hg. Erkenntnis vom 14. März 2013, Zl. 2012/22/0243, mwN).

Im Beschwerdefall hat die belangte Behörde nicht begründet, warum sie dem Antrag auf Einvernahme des M. D. nicht entsprochen hat. In anderem Zusammenhang hat sie im angefochtenen Bescheid zwar darauf hingewiesen, dass M. D. den von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse übermittelten Fragebogen nicht behoben habe; daraus folgt aber noch nicht, dass die belangte Behörde ihn an der vom Beschwerdeführer angegebenen Adresse nicht hätte laden können. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Zeugeneinvernahme für die Klärung des Sachverhalts ungeeignet oder nicht notwendig war. Anders als die belangte Behörde in der Gegenschrift meint, ging es nicht um die Beurteilung einer reinen Rechtsfrage, sondern um den Beweis der Umstände, die der Tätigkeit für den Beschwerdeführer in tatsächlicher Hinsicht zugrunde lagen.

Der Verfahrensmangel ist für den Ausgang des Verfahrens relevant, weil die Einvernahme zum Ergebnis führen hätte können, dass M. D. tatsächlich über eine eigene betriebliche Struktur mit Mitarbeitern verfügt und sich gegenüber dem Beschwerdeführer nicht zur persönlichen Arbeitsleistung, sondern zur Erbringung einer Leistung unter Mitarbeit seiner eigenen Dienstnehmer verpflichtet hatte.

Der Beschwerdeführer ist auch im Recht, wenn er eine Verletzung des Parteienghört rügt. Die belangte Behörde wäre verpflichtet gewesen, ihm die Stellungnahme der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 25. Jänner 2012 zur Kenntnis zu bringen, weil sie neue Ermittlungsergebnisse und Sachverhaltsannahmen - u.a. hinsichtlich der Arbeitszeit auf der Baustelle und in Bezug auf ein mit dem steuerlichen Vertreter des Beschwerdeführers geführtes Telefonat über das Vorliegen eines Werkvertrages - enthielt, die von der belangten Behörde auch dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegt wurden.

Im Übrigen hätte es einer ordnungsgemäßen Bescheidbegründung im Sinn des § 60 AVG entsprochen, diese Stellungnahme im Rahmen der Darstellung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zu nennen.

5. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008. Das den Ersatz der Eingabengebühr betreffende Mehrbegehren war im Hinblick auf die sachliche Abgabefreiheit nach § 110 ASVG abzuweisen. Wien, am 9. Oktober 2013