

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

29.01.2020

Geschäftszahl

Ra 2016/08/0040

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bachler, den Hofrat Dr. Strohmayer, die Hofrätin Dr. Julcher sowie die Hofräte Mag. Berger und Mag. Stickler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Klima LL.M., über die Revision des M N in N, vertreten durch Mag. Wolfgang Lindle, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Falkestraße 1/6, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 27. November 2015, VGW-041/037/31211/2014-18, betreffend Bestrafung nach dem ASVG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Straferkenntnis vom 13. August 2014 sprach die belangte Behörde den Revisionswerber schuldig, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der D GmbH (im Folgenden nur: GmbH) zu verantworten, dass diese am 28. Mai 2014 die Arbeitnehmer C, I und U auf einer Baustelle in H beschäftigt habe, ohne die Genannten vor dem jeweiligen Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Er habe hierdurch Verwaltungsübertretungen nach § 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG begangen und werde hierfür gemäß § 111 Abs. 2 ASVG in Verbindung mit § 9 VStG mit drei Geldstrafen von jeweils EUR 2.180,-- (Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils sechs Tagen) zuzüglich Kosten belegt. Die GmbH hafte für die Geldstrafen und die Kosten nach § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.

1.2. Der Revisionswerber erhob gegen das Straferkenntnis - soweit es die unterbliebene Anmeldung des C und I betraf - Beschwerde. Er brachte vor, die beiden Genannten seien nicht für die GmbH, sondern für ein von dieser mit "Auftragsschreiben" vom 17. März 2014 beauftragtes Subunternehmen, nämlich die S s.r.o. (im Folgenden nur: s.r.o.), eine Gesellschaft nach slowakischem Recht mit Sitz in Bratislava, tätig gewesen. C und I seien bereits einige Zeit vor der Betretung auf der Baustelle von der s.r.o. ordnungsgemäß (bei der slowakischen Sozialversicherung) angemeldet worden, und zwar C am 15. sowie I am 17. April 2014. 2.1. Mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - die Beschwerde als unbegründet ab.

2.2. Das Verwaltungsgericht traf folgende Feststellungen:

Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 28. Mai 2014 seien C und I gemeinsam mit U (in Ansehung dessen der Tatvorwurf nicht bestritten wurde) sowie S, der als einziger bei der österreichischen Sozialversicherung gemeldet gewesen sei, arbeitend angetroffen worden.

C und I hätten auf der Baustelle bereits einige Wochen Hilfsarbeiten ausgeführt. Die Arbeiten seien ihnen von S zugeteilt worden, der als Vorarbeiter fungiert und die Aufsicht ausgeübt habe. S sei es auch gewesen, der bei seinem Vorgesetzten die Hilfsarbeiter angefordert habe, weil sonst die Arbeiten nicht bewältigt werden könnten.

C und I seien von S jeweils mit einem Firmenfahrzeug der GmbH von einem Treffpunkt in W zur Baustelle und nach Beendigung der wöchentlich mehrtägigen Arbeitseinsätze wieder nach W zurück gebracht worden. Während der Arbeitseinsätze hätten C, I und S gemeinsam in einer Unterkunft genächtigt.

C und I hätten schon davor auf anderen Baustellen für die GmbH gearbeitet und seien von dieser vom 27. Jänner bis zum 7. April 2014 bei der österreichischen Sozialversicherung gemeldet gewesen. Im Zeitpunkt der Kontrolle sei keine derartige Meldung in Österreich vorgelegen.

2.3. Das Verwaltungsgericht gab in der Folge den Akteninhalt weitläufig wieder, darunter auch ein "Auftragsschreiben" der GmbH an die s.r.o. vom 17. März 2014 über "Diverse Bau- und Adaptierungsarbeiten".

2.4. In der Beweiswürdigung hielt das Verwaltungsgericht unter anderem fest, es bestünden (näher erörterte) Zweifel an der Richtigkeit der Angaben des Revisionswerbers und der Zeugen, wonach C und I ab dem 8. April 2014 in einem Dienstverhältnis zur s. r.o. gestanden seien.

Auch das Auftragsschreiben vom 17. März 2014 und die (fremdsprachigen) slowakischen "Sozialversicherungsmeldungen" - in denen neben den Namen und Geburtsdaten von C und I jeweils die s. r.o. und die Daten "8.4.2014" sowie "15.4.2014" (hinsichtlich C) bzw. "17.4.2014" (hinsichtlich I) angeführt wurden - könnten die Zweifel nicht beseitigen.

Die Frage müsse jedoch nicht näher geprüft und nicht endgültig geklärt werden, zumal der Sachverhalt gleich zu beurteilen sei, ob nun C und I im Zeitpunkt der Kontrolle in einem Dienstverhältnis zur GmbH oder in einem Dienstverhältnis zur s. r.o. gestanden seien.

2.5. Rechtlich führte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen aus:

Folge man dem Strafantrag der Finanzpolizei, so seien C und I direkt von der GmbH beschäftigt worden und habe diese daher als Dienstgeberin die Pflicht zur Erstattung der Anmeldungen getroffen.

Lege man das Vorbringen des Revisionswerbers zugrunde, wonach C und I im Tatzeitpunkt Dienstnehmer der s.r.o. gewesen seien, so sei gleichfalls die GmbH zur Erstattung der Anmeldungen verpflichtet gewesen. Diesfalls sei nämlich von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen, bei der nach § 3 Abs. 3 dritter Satz ASVG als im Inland beschäftigt auch Personen gälten, die gemäß § 16 AÜG (im Rahmen einer grenzüberschreitenden Überlassung) bei einem inländischen Betrieb beschäftigt seien. Mit Blick auf § 4 AÜG könne dabei eine Arbeitskräfteüberlassung selbst dann vorliegen, wenn die Arbeitskräfte in Erfüllung von Werkverträgen eingesetzt würden, es den Vertragspartnern aber - wie hier - nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf die Zurverfügungstellung der Arbeitskräfte ankomme. Vorliegend seien daher C und I, die gemäß § 3 Abs. 3 dritter Satz ASVG als im Inland beschäftigt gälten und als deren Dienstgeberin im Sinn des § 35 Abs. 2 ASVG die GmbH zu erachten sei - unabhängig von Sozialversicherungsmeldungen im Sitzstaat des ausländischen Überlassers (der s.r.o.) - der Pflichtversicherung in Österreich unterlegen und deshalb beim zuständigen Versicherungsträger anzumelden gewesen.

Nach dem Vorgesagten habe der Revisionswerber daher in beiden aufgezeigten Fallvarianten den objektiven und (wie näher erörtert wird) auch den subjektiven Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung erfüllt.

2.6. Das Verwaltungsgericht sprach ferner aus, dass die Revision gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht zulässig sei.

3.1. Gegen dieses Erkenntnis wendet sich die außerordentliche Revision, deren Zulässigkeit (unter anderem) damit begründet wird, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu der Frage, ob § 16 AÜG (entgegen der Regelung des § 16a AÜG) auch auf eine grenzüberschreitende Überlassung im EWR anzuwenden sei.

3.2. Eine Revisionsbeantwortung wurde nicht erstattet.

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

Die Revision ist aus dem geltend gemachten Grund zulässig und im Sinn der nachfolgenden Erwägungen auch berechtigt.

5.1. Laut dem BestreitungsVorbringen des Revisionswerbers seien C und I nicht für die GmbH, sondern für die s.r.o. tätig gewesen; die beiden seien auch bereits ab dem 15.

bzw. 17. April 2014 bei der slowakischen Sozialversicherung angemeldet gewesen. Der Sache nach geht der Revisionswerber somit davon aus, dass die s.r.o. die Dienstgeberin gewesen sei, C und I dem slowakischen Sozialversicherungsrecht unterlegen und nur vorübergehend der GmbH als Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt worden seien, sodass das österreichische Sozialversicherungsrecht nicht anzuwenden und die GmbH nicht als Dienstgeberin zu erachten sei und folglich auch eine Bestrafung des Revisionswerbers nicht in Betracht komme.

5.2. Das Verwaltungsgericht traf zu diesem Vorbringen jedoch keine (hinreichenden) Tatsachenfeststellungen, zumal nach seiner Ansicht nicht näher geprüft und nicht endgültig geklärt werden müsse, ob C und I im Tatzeitpunkt in einem Dienstverhältnis entweder zur GmbH oder zur s.r.o. gestanden seien, sei doch in beiden Fällen der Sachverhalt gleich (nämlich im Sinn einer Verpflichtung der GmbH zur Erstattung der Anmeldungen) zu beurteilen.

Das Verwaltungsgericht unterlag dabei jedoch einem Rechtsirrtum. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, kommt dem BestreitungsVorbringen sehr wohl entscheidende Bedeutung zu und bedarf es diesbezüglicher

Feststellungen, ist doch für die Falllösung wesentlich, ob C und I im Tatzeitpunkt dem slowakischen oder dem österreichischen Sozialversicherungsrecht unterlegen sind sowie ob die s.r.o. oder die GmbH als Dienstgeberin zu erachten ist und folglich eine Bestrafung des Revisionswerbers (als zur Vertretung der GmbH nach außen Berufener) in Betracht kommt oder nicht.

6. Voranzustellen ist, dass das Verwaltungsgericht - soweit es an die Regelung des § 3 Abs. 3 dritter Satz ASVG anknüpfte, wonach auch Personen, die gemäß § 16 AÜG bei einem inländischen Betrieb beschäftigt werden, als im Inland beschäftigt gelten - außer Acht ließ, dass die genannten Vorschriften bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durch die zwingenden Koordinierungsbestimmungen des EU-Rechts verdrängt werden, was auch im § 16a AÜG klar zum Ausdruck kommt (vgl. *Julcher* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), Der SV-Komm (179. Lfg.), § 35 ASVG Rz 38).

Geht es daher - wie hier - um grenzüberschreitende Beschäftigungen zwischen Mitgliedstaaten der EU, so gelten in erster Linie die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004), die festlegen, welchem der beteiligten Staaten bei einer grenzüberschreitenden Überlassung von Arbeitskräften das Versicherungsrecht zukommt.

7. Im Rahmen der Prüfung nach EU-Recht ist vorweg festzuhalten, dass nach der Aktenlage für C und I keine A1-Bescheinigungen für entsandte Arbeitnehmer durch den slowakischen Träger auf Grund des Art. 12 Abs. 1 VO 883/2004 ausgestellt wurden. Folglich besteht keine (durch solche Bescheinigungen bewirkte) bindende Feststellung, dass C und I dem slowakischen Sozialversicherungsrecht unterlegen seien (vgl. näher VwGH 10.10.2018, Ro 2016/08/0013, 0014).

Das Fehlen von A1-Bescheinigungen bedeutet allerdings nicht, dass damit zwangsläufig die Anwendung des slowakischen Sozialversicherungsrechts ausgeschlossen und die Anwendung des österreichischen Sozialversicherungsrechts geboten wäre. Es bedarf vielmehr einer eigenständigen Prüfung nach den einschlägigen Rechtsvorschriften (vor allem Art. 11 f VO 883/2004), ob das Versicherungsrecht hinsichtlich der betreffenden Arbeitnehmer der Slowakei oder Österreich zukommt (vgl. *Julcher* aaO, § 35 ASVG Rz 38).

8.1. Nach Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 sind auf eine Person, für die die Verordnung gilt, stets nur die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats anwendbar, wobei dies - vorbehaltlich der vorgesehenen Ausnahmen - grundsätzlich jener Staat ist, in dem die Person eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004; Beschäftigungsstaatsprinzip). Es kommt dabei auf den Ort an, wo die betreffende Person die mit der Tätigkeit verbundenen Handlungen tatsächlich konkret ausführt; indes ist unerheblich, in welchem Staat sich der Wohnsitz des Arbeitnehmers bzw. des Selbständigen oder der Sitz des Arbeitgebers befindet (vgl. *Pörtl* in *Spiegel* (Hrsg.), Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht (70. Lfg.), Art. 11 VO 883/2004 Rz 2/1, 11; *Spiegel* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), Der SV-Komm (200. Lfg.), § 3 ASVG Rz 56 ff).

8.2. Ausnahmen vom Beschäftigungsstaatsprinzip sind in Art. 12 VO 883/2004 vorgesehen. Nach dessen Abs. 1 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines gewöhnlich dort tätigen Arbeitgebers eine Beschäftigung ausübt und von diesem in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, weiterhin den Vorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer der Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und die Person nicht eine andere entsandte Person ablöst.

Die wesentlichsten Grundsätze für die Anwendung der soeben erörterten Regelung sind in Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO 883/2004 (im Folgenden: VO 987/2009) sowie im Beschluss A2 der Verwaltungskommission vom 12. Juni 2009 und im (auf Basis der Z 7 des Beschlusses A2 ausgearbeiteten) Praktischen Leitfaden der Verwaltungskommission (im Folgenden: Entsendeleitfaden) zusammengefasst (vgl. eingehend *Spiegel* aaO, § 3 ASVG Rz 64 ff; *Pörtl* aaO, Art. 12 VO 883/2004 Rz 3 ff; Art. 14 VO 987/2009 Rz 4 ff):

Demnach muss der entsendende Dienstgeber in seinem Niederlassungsstaat (Entsendestaat) - unter Würdigung sämtlicher von ihm ausgeübter Tätigkeiten (im Sinn einer Gesamtschau) - nennenswerte geschäftliche Tätigkeiten fortgesetzt entfalten, die nicht bloß in rein internen Verwaltungstätigkeiten bestehen dürfen, und er muss derartige Tätigkeiten zwangsläufig bereits vor der ersten Entsendung für einige Zeit ausgeübt haben (vgl. näher Art. 14 Abs. 2 VO 987/2009; Z 1 Beschluss A2; Pkt. I/3. Entsendeleitfaden). Auch der entsandte Dienstnehmer muss ein Naheverhältnis zum Entsendestaat aufweisen, indem er dessen Rechtsvorschriften schon unmittelbar vor dem Beginn der Entsendung unterlegen ist, sei es auf Grund eines Dienstverhältnisses mit demselben oder mit einem anderen Dienstgeber (wobei das Dienstverhältnis auch nur zwecks Entsendung eingegangen worden sein kann), sei es aus einem anderen Grund (etwa selbständige Erwerbstätigkeit, Bezug von Arbeitslosengeld, Studium etc.); die Zugehörigkeit zum Entsendestaat soll - um Missbrauch zu vermeiden -

mindestens einen Monat lang gedauert haben, wobei es sich aber bloß um einen Richtwert handelt, bei kürzeren Zeiträumen erfolgt eine Bewertung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände (vgl. näher Art. 14 Abs. 1 VO 987/2009; Z 1 Beschluss A2; Pkt. I/5. Entsendeleitfaden). Zwischen dem Dienstgeber und dem

Dienstnehmer muss über den Beginn der Entsendung hinaus für deren gesamte Dauer eine arbeitsrechtliche Bindung (die durch ein Bündel von einschlägigen Merkmalen geprägt ist) fortbestehen und die Arbeit tatsächlich für den entsendenden Dienstgeber ausgeführt werden; indes kann der entsandte Arbeitnehmer im Beschäftigungsstaat für mehrere Unternehmen gleichzeitig oder sukzessive tätig sein, sofern die Tätigkeit weiterhin auf Rechnung des entsendenden Arbeitgebers erfolgt (vgl. Z 1 und Z 3 lit. a Beschluss A2; Pkt. I/4. und I/6. Entsendeleitfaden). Nicht zuletzt darf die voraussichtliche Dauer der Entsendung 24 Monate nicht überschreiten und der entsandte Arbeitnehmer auch nicht eine schon vorher entsandte Person bei derselben Arbeit ablösen (vgl. Pkt. I/2. und I/7. Entsendeleitfaden).

8.3. Fehlt es an der Erfüllung auch nur einer der soeben erörterten Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 VO 883/2004, so unterliegen entsandte Arbeitskräfte nicht weiterhin den Rechtsvorschriften des Entsendestaats, sondern kommt das Beschäftigungsstaatsprinzip und damit die Rechtsordnung dieses Staats zur Anwendung (vgl. etwa *Spiegel* aaO, § 3 ASVG Rz 64).

9.1. Vorliegend hat das Verwaltungsgericht - wie schon gesagt - keine hinreichenden Tatsachenfeststellungen getroffen, um im Sinn der vorangehenden Ausführungen beurteilen zu können, ob in Ansehung der s.r.o. sowie des C und I die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 VO 883/2004 erfüllt sind.

Die lückenhaften und unpräzisen Feststellungen lassen nicht zu, die Erfüllung auch nur eines der erforderlichen Kriterien des Art. 12 Abs. 1 VO 883/2004 auszuschließen. Was insbesondere das notwendige Naheverhältnis zum Entsendestaat unmittelbar vor einer Entsendung betrifft, so stellte das Verwaltungsgericht eine Beschäftigung des C und I (zunächst) durch die GmbH auf anderen Baustellen bis zum 7. April 2014 fest. Ob bzw. wann C und I in der Folge ein Beschäftigungsverhältnis mit der s.r.o. eingingen und wann allenfalls ihre Entsendung nach Österreich erfolgte, lässt sich den Feststellungen aber nicht (konkret) entnehmen.

9.2. Das Verwaltungsgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren nach Verfahrensergänzung - im Zuge derer jedenfalls eine Übersetzung der slowakischen "Sozialversicherungsmeldungen" ins Deutsche herbeizuführen sein wird, erscheint doch die genaue Kenntnis des Inhalts dieser Urkunden unerlässlich - die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben, um beurteilen zu können, ob auf die Beschäftigungsverhältnisse des C und I das Versicherungsrecht der Slowakei oder Österreichs zur Anwendung kommt.

9.3. Sollte das Verwaltungsgericht dabei zum Ergebnis gelangen, dass C und I nicht dem slowakischen, sondern dem österreichischen Sozialversicherungsrecht unterlegen sind, so wird in einem weiteren Schritt die strittige Dienstgebereigenschaft der GmbH auf der Grundlage des § 35 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 ASVG zu prüfen sein (vgl. gemäß § 43 Abs. 2 VwGG das zu einer ähnlichen Konstellation ergangene Erkenntnis VwGH 27.8.2019, Ra 2016/08/0074).

Erst im Anschluss daran wird beurteilt werden können, ob dem Revisionswerber - als Geschäftsführer und damit zur Vertretung nach außen Berufener der GmbH - eine Verletzung der Meldepflichten anzulasten ist oder nicht.

10. Das angefochtene Erkenntnis ist daher mit
Rechtswidrigkeit belastet und deshalb gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

11. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung.

Wien, am 29. Jänner 2020

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2020:RA2016080040.L00