

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

26.05.2014

Geschäftszahl

2013/08/0194

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofrätin Dr. Julcher sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde des K R in Wien, vertreten durch Mag. Axel Bauer, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Favoritenstraße 26/6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 24. Juli 2013, Zl. UVS-07/A/37/6541/2012-2, betreffend Bestrafung nach dem ASVG (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der K-GmbH mit Sitz in W zu verantworten, dass es diese Gesellschaft als Dienstgeberin unterlassen habe, den von ihr am 21. Juni 2011 in ihrem Gastgewerbebetrieb in W als Aushilfsbarkeeper und -koch beschäftigten, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherten RK vor seinem Arbeitsantritt am 2. Februar 2010 beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG begangen, weswegen über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.450,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Tagen und 14 Stunden) verhängt wurde.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges aus, es sei auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzunehmen, dass der nepalesische Staatsangehörige RK jedenfalls in der Zeit von 2. Februar 2010 bis 21. Juni 2011 in dem von der K-GmbH geführten Lokal als Hilfskraft in der Küche und an der Bar ohne vorherige Anmeldung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse gearbeitet habe. RK sei zwar nominell mit 40 Prozent an der K-GmbH beteiligt gewesen (während der Beschwerdeführer mit 60 Prozent beteiligt gewesen sei), habe jedoch keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft genommen. Er habe ausschließlich in der Küche und an der Bar des Lokals gearbeitet und den als einzigen zur Vertretung der Gesellschaft nach außen berufenen Beschwerdeführer beim Einkaufen und bei der Festlegung der Speisekarte unterstützt sowie diesen über relevante Geschehnisse in der Küche informiert; in darüber hinausgehende, für die Gesellschaft wesentliche oder diese selbst betreffende Entscheidungsprozesse sei er nicht einbezogen gewesen.

Beweiswürdigend setzte die belangte Behörde nach Wiedergabe der Angaben der in der Berufungsverhandlung einvernommenen Personen im Wesentlichen fort, RK sei bei einer auf Grund einer anonymen Anzeige durchgeführten Kontrolle im gegenständlichen Lokal angetroffen worden und habe ein - auch in seiner Muttersprache gehaltenes - Formblatt ausgefüllt, in dem er angegeben habe, seit Jänner 2010 im gegenständlichen Lokal als Barkeeper und Koch zu arbeiten und für seine stundenweise Tätigkeit im Lokal (in der Regel vier Tage pro Woche jeweils zwei bis drei Stunden) EUR 800,-- im Monat zu erhalten; sein Chef sei der Beschwerdeführer. Der Beschwerdeführer selbst habe bei dieser niederschriftlichen Befragung angegeben, dass RK Minderheitsgesellschafter und seine Aufgabe das Kontrollieren sei. RK helfe auch manchmal in der Küche und an der Bar, habe keinerlei Entscheidungsgewalt; die Personaleinstellungen würden allein vom Beschwerdeführer getätigt, doch sitze RK oft dabei. Den Wareneinkauf würden sie gemeinsam tätigen; RK

arbeite nicht als Kellner, sondern ausschließlich in der Küche und an der Bar, er erhalte EUR 700,-- bis 800,-- pro Monat und habe bisher noch keinen Anteil am Gewinn oder Umsatz bekommen.

In der Berufungsverhandlung habe der Beschwerdeführer von seiner Erstaussage abweichende Angaben gemacht und zusammengefasst behauptet, dass RK in wesentliche Entscheidungsprozesse der Gesellschaft eingebunden gewesen sei und tatsächlich nicht nur Tätigkeiten mache, die üblicherweise von Arbeitskräften durchgeführt würden (wozu er aber nur anführte, dass sie "am Abend zusammensitzen und alles gemeinsam machen" und beide "fast immer gemeinsam einkaufen gehen würden"). RK habe in dieser Verhandlung ausgesagt, im Rahmen seiner Tätigkeit als Zeitungszusteller EUR 7.000,-- angespart und in die K-GmbH eingebracht zu haben; er arbeite zu bestimmten Zeiten im Lokal und sei Mitgesellschafter. Dies habe er so beschrieben, dass er in der Küche arbeite und den anderen dort tätigen Personen (wozu es divergierende Aussagen des Beschwerdeführers und RK gegeben habe: während der Beschwerdeführer behauptet habe, dass in der Küche außer RK nur er selbst und seine Frau gearbeitet hätten, habe RK von einem KS und zwei anderen Personen, deren Namen er nicht wisse, gesprochen) gesagt habe, was sie zu machen hätten. Er bestimme mit dem Beschwerdeführer gemeinsam die Speisekarte und berichte ihm, wie die Arbeitskräfte in der Küche arbeiten würden (was im Übrigen überflüssig wäre, wenn tatsächlich nur der Beschwerdeführer selbst und dessen Frau dort tätig gewesen wären). RK habe selbst jedoch auch bestätigt, dass er weder in finanzielle noch unternehmensleitende Belange einbezogen gewesen sei noch auf gesellschaftsrelevante Entscheidungen tatsächlich Einfluss genommen habe. Diesbezügliche Fragen habe er im Wesentlichen stets damit beantwortet, dass ihm die entsprechenden Sprachkenntnisse fehlen würden und dass dies alles der Beschwerdeführer mache bzw. wisse. Seine Fragen an den Beschwerdeführer hinsichtlich der finanziellen Situation der Gesellschaft seien von diesem immer damit beantwortet worden, dass es manchmal besser und manchmal schlechter gehe. Dies seien wohl kaum Auskünfte, die geeignet wären, einen "echten" Mitgesellschafter zufrieden zu stellen.

Unter Anwendung von § 539a ASVG betreffend die wirtschaftliche Betrachtungsweise und die Unbeachtlichkeit von Scheingeschäften bei der Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG stelle sich in einer Gesamtschau der Angaben des Beschwerdeführers und des RK die Situation so dar, dass RK regelmäßig zumindest stundenweise in der Küche und an der Bar des gegenständlichen Lokals tätig gewesen sei, dass sich seine Einflussnahme lediglich auf die Gestaltung der Speisekarte bezogen habe und dass er im Übrigen in Entscheidungsprozesse der Gesellschaft nur insofern einbezogen gewesen sei, als er bei wichtigen Entscheidungen (die der Beschwerdeführer jedoch alleine getroffen habe) zwar anwesend gewesen sei, nicht jedoch entscheidend oder auch nur beratend mitbestimmt habe. Nach den vorliegenden Aussagen sei er nicht einmal bezüglich des Lebensmitteleinkaufes alleine entscheidungsbefugt gewesen, sondern habe er dies stets gemeinsam mit dem Beschwerdeführer erledigt. Erwähnenswert sei dabei auch, dass nach den hiezu übereinstimmenden Angaben RK bereits vor seiner Tätigkeit als "Gesellschafter" für den Beschwerdeführer mit einer saisongebundenen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung gearbeitet habe; diese Ersttätigkeit habe sich von seiner nunmehrigen Tätigkeit nur in der Bezeichnung des Entgelts bzw. der Abwicklung der Auszahlung unterschieden (während der bewilligten Tätigkeit habe der Beschwerdeführer regelmäßig ein Gehalt an RK überwiesen, in der späteren Tätigkeit habe RK sich einfach gewisse Beträge aus der Kasse genommen).

Der Beweiswürdigung seien - so die belangte Behörde weiter - im Wesentlichen die Erstangaben des Beschwerdeführers und des Zeugen RK sowie die damit übereinstimmenden Aussagen aus der Verhandlung als zutreffend zugrunde zu legen, da die Erstangaben im unmittelbaren Zusammenhang mit der Kontrolle gemacht worden seien und ihre Richtigkeit vom Beschwerdeführer niemals (fundiert) bestritten worden sei; den Angaben in der Berufungsverhandlung sei nur insoweit zu folgen, als diese mit den Erstangaben übereinstimmen bzw. vereinbar gewesen seien. Der Behauptung von RK in der Verhandlung, beim Ausfüllen des Personenblattes keine ausreichenden Sprachkenntnisse gehabt bzw. "in Stress" gewesen zu sein, wurde entgegengehalten, dass dieses Personenblatt auch in der aktenkundigen Muttersprache von RK (in Hindi) gehalten, das Lokal zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht sehr gut besucht gewesen sei und sich die Kontrollorgane nach deren glaubwürdigen Aussagen offensichtlich ausreichend Zeit für einen geordneten Ablauf der Kontrolle genommen hätten.

Die belangte Behörde kam nach Zitierung der maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen zum Ergebnis, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt des gegenständlichen Sachverhaltes jener eines Arbeitsverhältnisses im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gewesen sei, sodass die K-GmbH als Dienstgeberin des RK und die Eingehung eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und RK als bloßes Scheingeschäft zu bezeichnen sei. RK sei zwar formell an der Gesellschaft beteiligt gewesen, habe diese Funktion jedoch nur pro forma innegehabt und de facto ausschließlich Arbeitsleistungen erbracht, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden würden. Seine Tätigkeit habe sich auf Küchen- und Barhilfstätigkeiten beschränkt und in keinem relevanten Punkt von jenen Tätigkeiten unterschieden, die er zuvor als nach dem AuslBG bewilligte, ordnungsgemäß beschäftigte Arbeitskraft für den Beschwerdeführer erbracht gehabt habe, und damit von einer solchen, die üblicherweise in einem Arbeitsverhältnis erbracht werde.

Davon ausgehend sah die belangte Behörde die inkriminierte Verwaltungsübertretung durch den Beschwerdeführer sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht als erfüllt an und legte im Weiteren ihre Strafbemessungsgründe dar, wobei sie wegen zwei bereits vorliegender rechtskräftiger Bestrafungen wegen gleichgelagerter Verwaltungsübertretungen den zweiten Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG anwandte.

Über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens durch die belangte Behörde erwogen:

1. 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. Die An (Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer (u.a.) als Dienstgeber entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 ASVG von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von EUR 730,-- bis zu EUR 2.180,--, im Wiederholungsfall von EUR 2.180,-- bis zu EUR 5.000,-- (bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu zwei Wochen).

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 den §§ 5 und 6 von der Versicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinn dieses Bundesgesetzes, wenn er 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.

2. Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

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 wendet sich zusammengefasst gegen die Annahme, dass es sich bei der Gesellschaftsgründung der K-GmbH um ein Umgehungsgeschäft gehandelt habe, bekämpft die Beweiswürdigung der belangten Behörde und erachtet den Sachverhalt zur Frage der wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit des RK als ergänzungsbedürftig.

Dem ist Folgendes zu erwidern:

Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung der belangten Behörde wendet, ist darauf zu verweisen, dass die Beweiswürdigung ein Denkprozess ist, der nur insoweit einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorgangs handelt bzw. darum, ob die Beweisergebnisse, die in diesem Denkvorgang gewürdigt wurden, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden sind. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt daher der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053).

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid nachvollziehbar dargelegt, warum sie im Wesentlichen den Erstangaben des RK und des Beschwerdeführers aus Anlass der Kontrolle gefolgt ist und mangels einer relevanten Mitwirkung von RK an der Unternehmensgestaltung im Sinne der Ausübung von Gesellschafterrechten die von ihm ausgeübte Tätigkeit als eine üblicherweise in einem Arbeitsverhältnis zu erbringende gesehen hat. Wenn die Beschwerde dem entgegenhält, dass der Zeuge RK sich nicht in juristischer Terminologie auszudrücken vermöge und nicht in der Lage sei, zwischen einer Lohnauszahlung und einer Entnahme aus der Firmenkasse als Vorwegdividende zu unterscheiden, so wird völlig ausgeblendet, dass der Beschwerdeführer selbst bei der Kontrolle angegeben hat, dass RK "bis jetzt (Anm.: also zu einem Zeitpunkt, als

RK bereits mehr als 16 Monate in diesem Lokal tätig war) keinen Anteil am Gewinn oder am Umsatz bekommen hat".

Soweit der Beschwerdeführer weiters vermeint, dass die gesellschaftsvertragliche Regelung zwischen ihm und RK die Vermutung der Richtigkeit für sich habe, ist darauf hinzuweisen, dass auch eine (wie im Beschwerdefall) vierzigprozentige Beteiligung des Gesellschafters einer GmbH seine Dienstnehmereigenschaft im Sinn des ASVG noch nicht ausschließt, solange er nicht - insbesondere als Mehrheitsgesellschafter - einen beherrschenden Einfluss ausübt. Wesentlich ist, ob der Gesellschafter tatsächlich in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit tätig wird.

Dies hat die belangte Behörde auf Basis ihrer im Rahmen einer schlüssigen Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen zu Recht bejaht. Vom Beschwerdeführer ist auch im Verwaltungsverfahren nicht konkret bestritten worden, dass RK ausschließlich Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbracht habe, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden; ebensowenig konnte er glaubhaft darlegen, dass RK betreffend der Führung und der Geschäfte der Gesellschaft tatsächlich irgendeine Art von Einfluss ausgeübt habe.

Angesichts dessen vermag der Beschwerdeführer auch mit seinen weiteren Behauptungen, wonach es für ein gewolltes (bloßes) Dienstverhältnis nicht der mit erheblichem finanziellen Aufwand verbundenen Gesellschaftsgründung bedurft hätte, sondern neuerlich - wie früher - ein Dienstverhältnis mit RK abgeschlossen werden hätte können, die beweiswürdigende Argumentation der belangten Behörde zu erschüttern. Mit dem weiteren Sachverhaltsvorbringen in der Beschwerde stellt der Beschwerdeführer vielmehr nur eigene Behauptungen bzw. Vermutungen den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung und die daraus resultierende Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde unschlüssig, d. h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedurfte es aber, weil die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar wäre.

Auch der Umstand, dass RK - folgt man dem Beschwerdevorbringen - Beiträge zur Pflichtversicherung nach dem GSVG (offenbar nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG) bezahlt hat, steht der Pflichtversicherung nach dem ASVG nicht entgegen.

Ausgehend davon, dass die belangte Behörde als Ergebnis ihrer Gesamtbetrachtung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu Recht das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses angenommen hat, begegnet die Bejahung der Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestandes des § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG keinen Bedenken.

Gegen die Strafbemessung wurde vom Beschwerdeführer nichts vorgebracht; auch beim Verwaltungsgerichtshof sind keine Bedenken bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit entstanden.

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

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der (auf "Altfälle" gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013, idF BGBl. II Nr. 8/2014 weiter anzuwendenden) VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008.

Wien, am 26. Mai 2014