

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/9/4 2011/08/0318

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.09.2013

## Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde des E.F. in S., vertreten durch Dr. Alexander Rehr, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Alpenstraße 54, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Salzburg vom 27. Juni 2011, Zl. UVS- 38/10197/17-2011, 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 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als Dienstgeber zu verantworten, dass D.A. und J.M. zumindest am 9. April 2010 als geringfügig Beschäftigte und damit gemäß § 7 Abs. 3 lit. a ASVG nur in der Unfallversicherung pflichtversicherte Dienstnehmer in seinem Kebabstand R. beschäftigt worden seien, ohne die Beschäftigten vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet zu haben. Er habe § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 und § 111 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG verletzt und werde mit Geldstrafen von je EUR 2.180,-- (Ersatzfreiheitsstrafen von je sechs Tagen und zehn Stunden) bestraft.

Im Kebabstand R. des Beschwerdeführers würden täglich von 15.00 Uhr bis 2.00 Uhr (bzw. von Donnerstag bis Samstag bis 5.00 Uhr) morgens Speisen, insbesondere Kebab und Pizza, sowie Getränke verabreicht. Der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Salzburg (im Folgenden: AMS) sei am 15. März 2010 anonym zur Kenntnis gebracht worden, dass in dem Kebabstand meistens zwei ausländische männliche Mitarbeiter von ca. 19.00 Uhr bis 5.00 Uhr bzw. 6.00 Uhr morgens als Kebab- und Pizzakoch bzw. Verkäufer beschäftigt würden. Anlässlich einer vom Finanzamt Salzburg-Stadt am 9. April 2010 durchgeführten Kontrolle seien im Kebabstand R. um 19.30 Uhr eine Kundschaft, der hinter dem Verkaufstresen arbeitende syrische Staatsangehörige D.A. sowie der irakische Staatsangehörige J.M. im hinteren Lokalbereich am Küchenarbeitsplatz angetroffen worden. Die angetroffenen

Beschäftigten hätten versucht, sich der Kontrolle durch Flucht zu entziehen. Der Beschwerdeführer habe nicht bestritten, dass die genannten Personen arbeitend angetroffen worden seien. Er habe angegeben, D.A. gebeten zu haben, seiner Frau im Lokal kurz behilflich zu sein, falls viel los wäre.

D.A. habe sich am Kebabspieß befunden. Er habe eine zunächst noch im Lokal verbliebene Kundschaft mit Kind bedient, wobei "eindeutig erkennbar etwas hinübergereicht" worden sei. J.M. habe zugestanden, "ungefähr 10 Minuten lang Salat geschnitten zu haben". Dies würden auch die bei der Kontrolle hergestellten Lichtbilder sowie die Aussage des Zeugen D.A. bestätigen, wonach er J.M. vor der Kontrolle gesagt habe, "er solle hinten den Salat schneiden." D.A. habe für seine Hilfe im Lokal Essen und Trinken, manchmal auch Zigaretten bekommen. Er habe vor der belangten Behörde zugestanden, schon wiederholt im Lokal des Beschwerdeführers ausgeholfen zu haben, "z.B., wenn die Gattin des (Beschwerdeführers) alleine gewesen war, Tische abgeräumt, Essen oder Getränke ausgegeben und vom (Beschwerdeführer) manchmal Essen, Trinken oder Zigaretten erhalten zu haben, wenn er diesem gesagt hatte, kein Geld zu haben." Beide bei der Kontrolle angetroffenen Beschäftigten hätten für ihre Mithilfe vom Beschwerdeführer jedenfalls Naturalleistungen erhalten. Die Hilfstätigkeiten seien notwendig gewesen, wenn der Beschwerdeführer oder dessen Ehegattin als einzige Angestellte verhindert oder mit den anfallenden Arbeiten alleine überfordert gewesen seien. Die vom Beschwerdeführer behauptete Unternehmensführung (nur mit seiner Ehegattin gemeinsam bzw. in den Nachtstunden alleine täglich von 15.00 Uhr bis 2.00 Uhr bzw. 5.00 Uhr morgens), sei - bei gleichzeitiger Verantwortung für eine Familie mit vier Kindern - dauerhaft nicht zu bewerkstelligen und unglaubwürdig.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, bei einfachen Tätigkeiten, die - wie im vorliegenden Fall - in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben würden und die typischerweise den Inhalt eines Dienstverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden würden, könne in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses vorausgesetzt und von einer Meldepflicht nach dem ASVG ausgegangen werden. Atypische Umstände, die einer solchen Deutung entgegenstünden, seien nicht hervorgekommen. Mangels einer feststellbaren familiären oder freundschaftlichen Bindung der arbeitenden Personen zum Beschwerdeführer seien die festgestellten Hilfstätigkeiten weder als "Familiendienst" noch als spontane freiwillige Gefälligkeitshandlung anzusehen. Mangels Vereinbarung eines Entgeltes oder von Unentgeltlichkeit sei ein angemessenes, sich am Ortsgebrauch orientierendes Entgelt als bedungen anzunehmen.

Obwohl gegen den Beschwerdeführer bereits eine einschlägige Vormerkung wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 33 Abs. 1 und 2, § 111 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG vorliege und ihm deshalb die Vorschriften über die Meldepflicht bekannt sein müssten, habe er "am Tattag kein Kontrollsystem zur wirksamen Vermeidung weiterer Gesetzesverstöße errichtet". Insofern gehe sein ohnedies nicht glaubwürdiges Vorbringen ins Leere, von den verfahrensgegenständlichen Arbeiten des J.M. nichts gewusst und die Mithilfe des D.A. nur für den Fall erbeten zu haben, dass viel los wäre.

Die Lebensverhältnisse des verheirateten, für vier Kinder sorgspflichtigen Beschwerdeführers, der bei fehlendem Vermögen ein monatliches Einkommen von ca. EUR 1.200,- erziele, seien unterdurchschnittlich. Dies habe aber keine Straferabsetzung bewirken können. Angesichts der auf gleicher schädlicher Neigung beruhenden Vorstrafe, der Vielzahl weiterer rechtskräftiger Vormerkungen im Zusammenhang mit der Gewerbeordnung, des anzulastenden Verschuldens und der mit den Meldepflichtverletzungen verbundenen sozialschädlichen Folgen in Form der Beitragshinterziehung, des Unterbleibens einer sozialversicherungsrechtlichen Absicherung der Beschäftigten und des verursachten Verwaltungsaufwandes, würden sich die für die Wiederholungstaten jeweils in der Mindesthöhe gemäß § 111 Abs. 2 ASVG verhängten Strafen als angemessen und geboten erweisen, um dem Beschwerdeführer das Unrecht seiner Taten vor Augen zu führen, ihn sowie die Allgemeinheit in Hinkunft von weiteren Verwaltungsübertretungen abzuhalten und einer gänzlichen Aushöhlung des Verwaltungsstrafrechts entgegenzuwirken.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Verwaltungsakten und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen hat:

Die Beschwerde bringt vor, den Feststellungen zufolge sei J.M. Geld gestohlen worden. Deshalb sei er bei seinem Bekannten D.A. eingezogen, dessen Familie mit der Familie des Beschwerdeführers "sehr nahe bekannt" sei, weil sein Vater Taufpate des Cousins des Beschwerdeführers sei. Wie die Dolmetscherin in der Verhandlung bestätigt habe, "bedeutet dieser Umstand im arabischen Raum eine Art Verwandtschaftsverhältnis."

Daraus hätte die belangte Behörde ableiten müssen, "dass hier eine enge Beziehung vorliegt und, wenn überhaupt, eine freiwillige Gefälligkeitshandlung vorgelegen hätte." Die belangte Behörde habe keine Feststellungen zum Vorliegen eines meldepflichtigen Dienstverhältnisses, zur angeblichen Anwesenheit von Kundschaften (tatsächlich habe es sich um Besuche von Verwandten des Beschwerdeführers gehandelt) und darüber getroffen, was D.A. "hinübergereicht haben soll". Allein die Tatsache, dass sich D.A. "hinter dem Tresen" befunden haben soll, könne nicht auf eine meldepflichtige und entgeltliche Tätigkeit geschlossen werden. Der angefochtene Bescheid begründe nicht, aus welchen Gründen im gegenständlichen Fall persönliche Abhängigkeit vorliegen sollte.

Die Beschwerde ist nicht berechtigt.

Die Beweiswürdigung der belangten Behörde ist im Rahmen der dem Verwaltungsgerichtshof diesbezüglich zustehenden Kognitionsbefugnis (vgl. § 41 VwGG) nicht zu beanstanden. Die Beschwerde vermag keine Umstände aufzuzeigen, die die Feststellungen unschlüssig erscheinen ließen (vgl. das ebenfalls den Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Verhängung eines Beitragszuschlages iZm den gegenständlichen Beschäftigungen betreffende hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2013, Zl. 2011/08/0123).

Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht atypische Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die dies bestreitende Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man Anderes ableiten könnte (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 16. November 2011, Zl. 2008/08/0262, vom 19. Dezember 2012, Zl. 2012/08/0165, sowie vom 15. Mai 2013, Zl. 2011/08/0130).

Als solche atypischen Umstände macht der Beschwerdeführer das Vorliegen unentgeltlicher Freundschafts- bzw. Gefälligkeitsdienste geltend.

Die Unentgeltlichkeit einer Verwendung bzw. ein Gefälligkeitsdienst ist nicht schon bei bloßem Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten. Die Unentgeltlichkeit muss vielmehr - wenigstens den Umständen nach konkludent - vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten. Eine derartige sachliche Rechtfertigung könnte in persönlichen Beziehungen, in bestimmten wirtschaftlichen Interessen, aber auch in einer idealistischen Einstellung begründet sein. Als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste sind insbesondere kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden. Es ist Sache der Partei, hiezu entsprechende konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. nochmals das Erkenntnis Zl. 2012/08/0165 sowie das hg. Erkenntnis vom 14. März 2013, Zl. 2010/08/0229).

Im vorliegenden Fall kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie schon aus den Behauptungen des Beschwerdeführers keine spezifische Bindung oder Nahebeziehung abzuleiten vermochte, die ein für die Erbringung von Freundschafts- oder Gefälligkeitsdiensten nachvollziehbares Motiv bilden könnten, zumal es sich bei den Arbeiten um solche für den Geschäftsbetrieb des Beschwerdeführers und nicht um solche für ein privates Umfeld gehandelt hatte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2013, Zl. 2011/08/0130). Auch von einem Sohn des Taufpaten eines Cousins bzw. dessen Bekannten ist im Regelfall - ohne das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände - nicht zu erwarten, dass sie im Rahmen eines Gewerbebetriebes Gefälligkeitsdienste für den daraus Gewinn ziehenden Unternehmer leisten. Andere Motive, die die Erbringung von Freundschafts- oder Gefälligkeitsdiensten in wirtschaftlicher, sozialer und emotionaler Sicht nachvollziehbar erscheinen ließen, hat die beschwerdeführende Partei nicht genannt.

Der Verwaltungsgerichtshof hegt auch gegen die - vom Beschwerdeführer nicht bestrittene - Strafbemessung der belangten Behörde keine Bedenken.

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

Die Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBl. II Nr. 455/2008. Wien, am 4. September 2013

### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Beschäftigung gegen Entgelt

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VwGH:2013:2011080318.X00

**Im RIS seit**

02.10.2013

**Zuletzt aktualisiert am**

23.01.2014

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)