



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Vizepräsidentin Dr.ⁱⁿ Sporrer und die Hofrätin Dr. Julcher als Richterinnen sowie den Hofrat Mag. Cede als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Sasshofer, über die Revision des M B in W, vertreten durch die Orsini und Rosenberg & Striessnig Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Annagasse 8, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 15. März 2024, VGW-041/046/7237/2023, betreffend Bestrafung nach dem ASVG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2./20. Bezirk), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 Mit dem angefochtenen, im Beschwerdeweg ergangenen Erkenntnis wurde der Revisionswerber gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG bestraft, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der B. GmbH zu verantworten habe, dass es die genannte Gesellschaft als Dienstgeberin unterlassen habe, den Dienstnehmer S.Z. vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger zur Pflichtversicherung anzumelden. Es wurde nach dem zweiten Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG eine Geldstrafe in der Höhe von € 2.500,-- verhängt. Die B. GmbH wurde gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur Haftung für die Geldstrafe, die Verfahrenskosten und die Kosten des Beschwerdeverfahrens verpflichtet.
- 2 Das Landesverwaltungsgericht stellte fest, dass der usbekische Staatsangehörige S.Z. von 2. Jänner 2021 bis 1. Februar 2022 als geringfügig beschäftigter Arbeiter für die B. GmbH tätig und zur Sozialversicherung angemeldet gewesen sei. Er sei in der Backstube der B. GmbH mit dem Backen eines speziellen Fladenbrots in einem dort befindlichen Lehmofen betraut gewesen. In dieser Backstube, die nach wie vor von der B. GmbH betrieben werde, werde - abgesehen vom Fladenbrot aus dem Lehmofen - auch maschinengefertigtes Pitabrot hergestellt.





- 3 Als sich herausgestellt habe, dass S.Z. nicht zur unselbständigen Arbeitsaufnahme berechtigt gewesen sei, sei er abgemeldet und (vorerst) nicht weiter beschäftigt worden.
- 4 Am 12. Jänner 2023 habe S.Z. mit der B. GmbH eine Vereinbarung unterzeichnet, wonach ihm die Gesellschaft die Nutzung des Lehmofens in der Firmenbackstube überlasse, wo S.Z. selbständig Fladenbrote erzeugen sollte. Die Lokalmiete sei mit 340,-- Euro festgelegt worden, zusätzlich sei vereinbart worden, dass S.Z. die Gasrechnung für den Lehmofen zu begleichen habe. S.Z. habe in der Folge mit Wirksamkeit vom 17. Jänner 2023 das Handelsgewerbe mit Ausnahme des reglementierten Handelsgewerbes sowie das Bäckergerwerbe angemeldet. Eine Eintragung in das Gewerberegister sei allerdings nicht erfolgt.
- 5 In der Backstube habe S.Z. in der Folge, beginnend mit Februar 2023 bis 6. März 2023 (dem Tag, an dem er bei einer fremdenpolizeilichen Kontrolle in der Bäckerei angetroffen und festgenommen wurde) dieselben Tätigkeiten (Backen von speziellen Fladenbrot in einem Lehmofen) ausgeübt wie zuvor als Dienstnehmer der B. GmbH. Er habe über kein eigenes Firmenlogo, kein eigenes Geschäftspapier und kein eigenes Arbeitsmaterial verfügt, das heiße, dass ihm nicht nur der Lehmofen, sondern auch das Mehl und die anderen Ingredienzien für die Herstellung von Fladenbrot von der B. GmbH zur Verfügung gestellt worden seien. Der Verkauf des Fladenbrots sei in erster Linie an jene Kunden (meist Restaurants) erfolgt, an die zuvor schon die B. GmbH das von S.Z. (damals noch als ihrem Dienstnehmer) gebackene Fladenbrot geliefert hätte. Auch ein Steuerberater sei S.Z. von der B. GmbH zur Verfügung gestellt worden, dieser habe jedoch für S.Z. eine eigene Honorarnote ausgestellt. Die B. GmbH habe beabsichtigt, sich anteilmäßig an dem Geschäft mit dem von S.Z. gebackenen Brot zu beteiligen.
- 6 In rechtlicher Hinsicht schloss das Landesverwaltungsgericht, dass zwischen der B. GmbH und S.Z. ein Dienstverhältnis vorgelegen sei. Daran vermöge auch die mit Vertrag vom 12. Jänner 2023 abgeschlossene Vereinbarung, wonach S.Z. sich im Betrieb der B. GmbH lediglich eingemietet habe und dort selbständig tätig gewesen sei, nichts zu ändern, zumal es sich um eine reine



Umgehungskonstruktion handle, die notwendig geworden sei, nachdem sich herausgestellt habe, dass S.Z. keiner unselbständigen Tätigkeit im Bundesgebiet nachgehen dürfe. Die deshalb erfolgte Abmeldung als Dienstnehmer und seine im Jänner 2023 begonnene erneute Beschäftigung als „selbständiger“ Bäcker bei unveränderter Tätigkeit am selben Arbeitsplatz wie zuvor vermöge nichts an der Eigenschaft des S.Z. als Dienstnehmer zu ändern. In diesem Zusammenhang seien sowohl die Bestellung eines Steuerberaters als auch der Umstand, dass S.Z. statt eines Gehalts eine Beteiligung am Erlös des Verkaufspreises des Brots abzüglich einer noch nicht näher festgelegten Miete für Lokal und Lehmofen samt Energiekosten erhalten sollte, bloß Teil einer rechtlichen Umgehungskonstruktion.

- 7 Im Ergebnis bestätigte das Landesverwaltungsgericht schließlich das erstinstanzliche Straferkenntnis.
- 8 Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG sprach das Landesverwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 9 Nach der genannten Verfassungsbestimmung ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 10 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 11 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.



- 12 Unter diesem Gesichtspunkt macht der Revisionswerber zusammengefasst geltend, dass das Landesverwaltungsgericht keine Erhebungen zu den Merkmalen der persönlichen Abhängigkeit des S.Z. durchgeführt und die entsprechenden Kriterien auch nicht in seine Beurteilung einbezogen habe.
- 13 Es entspricht aber der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass dann, wenn jemand - wie im vorliegenden Fall - bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht berechtigt ist, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also eine Vermutung der genannten Art für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (vgl. etwa VwGH 23.10.2017, Ra 2015/08/0135, mwN).
- 14 Im Sinn solcher atypischen Umstände wurde vom Revisionswerber das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit behauptet, wobei der im Betrieb der B. GmbH befindliche Ofen von S.Z. für die Ausübung dieser Tätigkeit gemietet worden sei. Dass das Landesverwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung aber zum Ergebnis gekommen ist, es handle sich dabei nur um eine Scheinvereinbarung, zumal S.Z. die gleiche Arbeit verrichtet habe wie zuvor als zur Sozialversicherung angemeldeter Dienstnehmer, ist nicht zu beanstanden. Es durfte daher - da der Revisionswerber in der Bäckerei als Bäcker arbeitend angetroffen worden war - ohne zusätzliche „weitwendige Untersuchungen“ (vgl. etwa VwGH 24.7.2018, Ra 2017/08/0045) von einem Dienstverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG ausgegangen werden.
- 15 Die Innehabung einer Gewerbeberechtigung steht einer Pflichtversicherung nach dem genannten Tatbestand nicht entgegen; subsidiär gegenüber der Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG (und daher bei Innehabung einer einschlägigen Gewerbeberechtigung ausgeschlossen) ist nur die Pflichtversicherung der freien Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG



(vgl. VwGH 31.1.2023, Ra 2021/08/0153, mwN). Diese Unterscheidung lässt die Revision mit ihrem diesbezüglichen Zulässigkeitsvorbringen außer Acht.

- 16 Soweit sich die Revision noch gegen den Ausspruch betreffend die Haftung der B. GmbH wendet, geht dieses Vorbringen ins Leere, weil die Revision nicht (auch) von der GmbH erhoben wurde. Der Revisionswerber selbst war nicht Adressat dieses Ausspruchs und konnte dadurch nicht in Rechten verletzt werden.
- 17 In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Sie war daher insgesamt gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

W i e n , am 6. August 2024

