

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 82/08/0180

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident DDr. Heller und die Hofräte Dr. Liska, Dr. Knell, Dr. Puck und Dr. Sauberer als Richter, im Beisein des Schriftführers Rat Dr. Novak, über die Beschwerde 1. der B & Co Gesellschaft m.b.H. in W und 2. des Dipl.-Ing. CB in W, vertreten durch Dr. Viktor Cerha, Rechtsanwalt in Wien I, Parkring 2, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 24. Februar 1981, Zl. 125.258/5-6/1980, betreffend Versicherungspflicht des Zweitbeschwerdeführers nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Wiener Gebietskrankenkasse in Wien X, Wienerbergstraße 15-19, 2. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten in Wien II, Friedrich Hillegeiststraße 1, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in Wien XX, Adalbert Stifterstraße 65), zu Recht erkannt:

Die Beschwerde des Zweitbeschwerdeführers wird zurückgewiesen.

Die Beschwerde der erstbeschwerdeführenden Partei wird abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben zu gleichen Teilen dem Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) Aufwendungen in der Höhe von S 460,-- und der mitbeteiligten Wiener Gebietskrankenkasse Aufwendungen in der Höhe von S 9.270,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren der Wiener Gebietskrankenkasse wird abgewiesen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

1.1. Mit Bescheid vom 12. September 1978 sprach die mitbeteiligte Wiener Gebietskrankenkasse aus, daß der Zweitbeschwerdeführer zur erstbeschwerdeführenden Gesellschaft in keinem die Voll- (Kranken-, Unfall-,

Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG 1958 begründenden Beschäftigungsverhältnis stehe. Die für den Zweitbeschwerdeführer am 29. August 1978 erstattete Anmeldung ab 16. Dezember 1976 werde abgelehnt. Der Begründung dieses Bescheides zufolge seien am Stammkapital der erstbeschwerdeführenden Gesellschaft der Zweitbeschwerdeführer sowie Dr. MH (der Beschwerdeführer zu hg. Zl. 82/08/0181) mit je 50 % beteiligt gewesen. Mit Abtretungsvertrag vom 15. Dezember 1976 seien die Gesellschaftsanteile beider Gesellschafter an die C Holding Gesellschaft m.b.H. abgetreten worden, sodaß diese nunmehr alleinige Gesellschafterin der Erstbeschwerdeführerin sei. Der Zweitbeschwerdeführer habe in der am 29. August 1978 aufgenommenen Niederschrift angegeben, daß er auf Grund seiner beruflichen Qualifikation in seinem Arbeitsbereich völlige Handlungsfreiheit und Entscheidungsgewalt besitze. Seine Arbeitszeit richte sich nach Arbeitsanfall, Bedarf und Einteilung im eigenen Ermessen. Diese Angaben seien auch von den Geschäftsführern der C Holding Gesellschaft m.b.H. bestätigt worden.

Die Erstbeschwerdeführerin erhob Einspruch.

1.2. Mit Bescheid vom 14. Mai 1980 wies der Landeshauptmann von Wien den Einspruch der Erstbeschwerdeführerin ab und stellte fest, daß der Zweitbeschwerdeführer zur erstbeschwerdeführenden Gesellschaft ab 16. Dezember 1976 in keinem die Vollversicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG begründenden Beschäftigungsverhältnis stehe.

Nach der Begründung dieses Bescheides stünden 100 % der Anteile an der erstbeschwerdeführenden Gesellschaft im Eigentum der C Holding Gesellschaft m.b.H. Am Stammkapital dieser Gesellschaft seien der Zweitbeschwerdeführer mit 34 %, Dr. MH, mit 39 %, IH mit 10 %, UB und VB mit je 7,5 % sowie Dr. GC und Dr. DC mit je 1 % der Geschäftsanteile beteiligt; als Geschäftsführer fungierten Dr. G und Dr. DC.

Der Zweitbeschwerdeführer habe laut Niederschrift vom 29. August 1978 angegeben, daß sich seine Tätigkeit für die Erstbeschwerdeführerin, die er neben seiner Funktion als Geschäftsführer ausübe, auf die gesamte Produktion, die Entwicklung und den technischen dominierenden Verkauf erstrecke. Das Arbeitsgebiet sei zwischen ihm und Dr. H zweigeteilt. Auf Grund seiner beruflichen Qualifikation habe der Zweitbeschwerdeführer in seinem Arbeitsbereich völlige Handlungsfreiheit und Entscheidungsgewalt, er sei an keinerlei Weisungen gebunden, unbeschadet dessen, daß er bei seiner Tätigkeit der Generalversammlung gegenüber verantwortlich sei. Seine berufliche Tätigkeit und Fähigkeit stelle er ausschließlich der Erstbeschwerdeführerin zu Verfügung. Für die C Holding Gesellschaft m.b.H. werde er nur im Rahmen der Hauptversammlung als Gesellschafter tätig. Mit der erstbeschwerdeführenden Gesellschaft sei eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart worden, von Montag bis Freitag, zumindest acht Stunden pro Tag; die Gestaltung und Abwicklung der Arbeitszeit sei jedoch dahin gehend zu definieren, daß der zeitliche Beginn der Arbeitszeit als fix anzusehen sei, und zwar in Anlehnung an die Öffnungszeiten des Unternehmens; das Ende der täglichen Arbeitszeit richte sich jedoch nach Arbeitsanfall und Bedarf, nach den Gegebenheiten, obliege dem Ermessen und der Einteilung des Zweitbeschwerdeführers, sei variabel, keinesfalls fix und starr.

Es stehe daher fest, daß der Zweitbeschwerdeführer gemeinsam mit Dr. MH selbstständig in partnerschaftlicher Weise die erstbeschwerdeführende Gesellschaft führe, wobei den tatsächlichen Verhältnissen nach weder von einer Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit und Arbeitsfolge, noch von einer Überwachung der Tätigkeit des Zweitbeschwerdeführers, somit nicht von der geforderten Unterordnung unter einen Dienstgeberwillen, gesprochen werden könne. Die beiden Geschäftsführer hätten in ihrem Arbeitsbereich völlige Handlungsfreiheit und seien dabei an keinerlei Weisungen gebunden.

Eine lediglich auf der Organstellung des (Fremd-)Geschäftsführers nach dem GesmbH-Gesetz resultierende Abhängigkeit vermöge die Annahme eines

sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht zu rechtfertigen. Da die Erstbeschwerdeführerin zu 100 % im Eigentum der C Holding Gesellschaft m.b.H. stehe, an der der Zweitbeschwerdeführer selbst wiederum zu 34% beteiligt sei, sei er in der Lage, auch an der Willensbildung in der Generalversammlung teilzunehmen.

Die erstbeschwerdeführende Partei erhob Berufung, in der u.a. gerügt wurde, die Einspruchsbehörde sei auf die in der Niederschrift vom 29. August 1978 festgehaltene Aussage des Zweitbeschwerdeführers nicht eingegangen, daß ein mündlicher Dienstvertrag bestanden habe.

1.3. Mit Bescheid vom 24. Februar 1981 gab der Bundesminister für soziale Verwaltung der Berufung der erstbeschwerdeführenden Gesellschaft keine Folge und bestätigte den Bescheid des Landeshauptmannes aus seinen zutreffenden Gründen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliege, sei nicht der der Anstellung zugrunde liegende Vertrag, sondern die tatsächliche Gestaltung der Beschäftigung ausschlaggebend. Es stehe außer Zweifel, daß der Zweitbeschwerdeführer in seinem Arbeitsbereich selbständig tätig sei. Nach den eigenen Angaben des Genannten in der Niederschrift vom 29. August 1978 verfüge er über völlige Handlungsfreiheit und Entscheidungsgewalt. Dies werde zunächst noch durch seine Angaben vom 19. November 1980 über die mit der C Holding Gesellschaft m.b.H. mündlich getroffenen Abmachungen erhärtet. Nach diesen Angaben sei er für den technischen und chemischen Bereich eigenverantwortlich tätig, er unterliege lediglich einem Weisungsrecht der jährlichen Gesellschafterversammlung, von dem bisher allerdings noch nie Gebrauch gemacht worden sei.

1.4. Die gegen diesen Bescheid erhobene Verfassungsgerichtshofbeschwerde wurde mit Beschluß dieses Gerichtshofes vom 28. Juni 1982, B 218/81, zu behandeln abgelehnt und dem Verwaltungsgerichtshof antragsgemäß nach Art. 144 Abs. 3 B-VG zur Entscheidung abgetreten.

1.5. In der vor dem Verwaltungsgerichtshof ergänzten Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend gemacht. Der Zweitbeschwerdeführer könne als Minderheitsgesellschafter der C Holding Gesellschaft m.b.H. keinen beherrschenden Einfluß auf diese ausüben, umsoweniger auf deren erstbeschwerdeführende Tochtergesellschaft. Mangels Sachgütern des Arbeitenden liege somit eine wirtschaftliche Abhängigkeit vor. Dem Zweitbeschwerdeführer werde ein fixer Monatsgehalt gewährt; für das Dienstverhältnis hätten die Kündigungsfristen des Angestelltengesetzes zu gelten; es liege Gebundenheit hinsichtlich der Arbeitszeit vor, wobei dem Zweitbeschwerdeführer ein so weitgehendes Selbstbestimmungsrecht, Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit selbst zu bestimmen, gar nicht gewährt werde; es bestehe eine Bindung an Arbeitsort und Arbeitsfolge, da dem Zweitbeschwerdeführer die kaufmännische Leitung des Unternehmens übertragen sei; es bestehe persönliche Leistungspflicht und eine Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften dadurch, daß den Geschäftsführern bei prinzipieller Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit jeweils bestimmte Aufgabengebiete zugewiesen worden seien und eine Berichtspflicht an die Gesellschafterversammlung bestehe. Die Geschäftsführer seien an die Beschlüsse der Gesellschafter gebunden und der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die von den Gesellschaftern über den Umfang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis festgesetzt seien. Persönliche Abhängigkeit könne auch dann gegeben sein, wenn sich zufolge der Kenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten des Beschäftigten die Erteilung von Weisungen erübrige; dies gelte auch dann, wenn die Art der Arbeit so beschaffen sei, daß sich daraus allein schon die Freistellungen von Weisungen ergebe. Hier handle es sich um einen Produktionsbetrieb der chemischen Industrie, in dem Spezialprodukte erzeugt würden; die Gesellschafterin der erstbeschwerdeführenden Gesellschaft habe nicht die erforderlichen Spezialkenntnisse, um in diese speziellen Tätigkeiten des Geschäftsführers täglich einzugreifen; dies ändere aber nichts an der grundsätzlichen Weisungsbefugnis des Arbeitgebers. Was die disziplinarische Verantwortlichkeit anlange, so könne die

Bestellung zum Geschäftsführer jederzeit widerrufen werden; darüber hinaus könne das Dienstverhältnis nach dem Angestelltengesetz aufgekündigt werden. Auch fehle es dem Zweitbeschwerdeführer an der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die Betriebsmittel.

1.6. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt. Die mitbeteiligte Wiener Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet.

1.7. Unter anderem aus Anlaß dieses Beschwerdefalles hat der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG beim Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt, den Wortlaut „Kranken-“ im § 4 Abs. 1 ASVG als verfassungswidrig aufzuheben. Mit Erkenntnis vom 1. Juli 1983, G 49/82 und Folgezahlen, hat der Verfassungsgerichtshof diesem Antrag keine Folge gegeben und die genannte Gesetzesbestimmung nicht als verfassungswidrig aufgehoben.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. Der Zweitbeschwerdeführer ist im Verwaltungsverfahren nicht als Partei eingeschritten; mit dem angefochtenen Bescheid wurde - dementsprechend - ausschließlich über die Berufung der erstbeschwerdeführenden Gesellschaft abgesprochen. Der Umstand, daß der Verwaltungsrechtszug von der Erstbeschwerdeführerin ausgeschöpft wurde, steht der Annahme des Prozeßhindernisses der mangelnden Instanzenzugerschöpfung in Ansehung der Person des Zweitbeschwerdeführers nicht entgegen (vgl. die hg. Beschlüsse vom 2. Februar 1949, Slg. N. F. Nr. 675/A, und vom 19. Februar 1951, Slg. N. F. Nr. 1944/A). Da der Zweitbeschwerdeführer die Bescheide aller Instanzen unbekämpft ließ, war seine Beschwerde mangels Erschöpfung des Instanzenzuges gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen (vgl. die hg. Beschlüsse vom 20. April 1977, Zl. 960/76, und vom 13. Februar 1981, Zl. 3163/79); dies ungeachtet der Aufnahme des Zweitbeschwerdeführers in die Zustellverfügung des angefochtenen Bescheides (vgl. hiezu auch den hg. Beschluß vom 20. November 1981, Zl. 81/08/0121).

2.2. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Die Beantwortung der Frage, ob bei der Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht' (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist. Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nach der neueren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Arbeitsempfängers) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. dazu die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Juni 1976, Zl. 415/75 = ZfVB 1976/4/856, (zum IESG) vom 20. Mai 1980, Slg. N. F. Nr. 10.140/A = ZfVB 1981/3/886, sowie vom 13. September 1985, Zl. 84/08/0016 = ZfVB 1986/5/2130).

2.3. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob der Zweitbeschwerdeführer als Geschäftsführer den dargestellten Umständen einer Fremdbestimmung durch die in der Generalversammlung organisierten Gesellschafter der Erstbeschwerdeführerin unterlag oder nicht.

Unterliegt ein Geschäftsführer in rechtlicher Hinsicht einer derartigen Fremdbestimmung der in der Generalversammlung organisierten Gesellschafter, so steht freilich - nach der insofern auch auf einen Fremd-Geschäftsführer (also einen Geschäftsführer, der nicht zugleich auch Gesellschafter der Gesellschaft m.b.H. ist) anzuwendenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum geschäftsführenden Gesellschafter - nicht ohne weiteres seine Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG fest. Es ist vielmehr auch zu prüfen, inwieweit nicht doch auf Grund der tatsächlichen Umstände, unter denen der Geschäftsführer beschäftigt ist, eine Fremdbestimmung seitens der in der Generalversammlung organisierten Gesellschafter in den für die persönliche Abhängigkeit wesentlichen Umständen auszuschließen ist (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. September 1984, Zl. 83/08/0023 = ZfVB 1985/2/611, und vom 20. Juni 1985, Zl. 83/08/0244 = ZfVB 1986/2/679).

2.4. Auf dem Boden dieser Rechtslage ist der angefochtene Bescheid nicht rechtswidrig. Denn die belangte Behörde konnte - mängelfrei und schlüssig - auf Grund des Vorbringens des Zweitbeschwerdeführers in den niederschriftlichen Vernehmungen vom 29. August 1978 und vom 19. November 1980 davon ausgehen, daß er gegenüber der Generalversammlung der Erstbeschwerdeführerin weder an Ordnungsvorschriften über das arbeitsbezogene Verhalten gebunden war noch diesbezügliche Weisungs- und Kontrollbefugnisse seitens der Generalversammlung, das ist der C Holding Ges.m.b.H., bestanden.

Diese Schlußfolgerungen der belangten Behörde vermögen sich insbesondere auf die eigenen Angaben des Zweitbeschwerdeführers anlässlich seiner niederschriftlichen Einvernahme vom 29. August 1978 zu stützen, bei der er aussagte, er habe auf Grund seiner beruflichen Qualifikation auf seinem Arbeitsbereich völlige Handlungsfreiheit und Entscheidungsgewalt, er sei an keinerlei Weisungen gebunden, unbeschadet daß er bei seiner Tätigkeit der Generalversammlung gegenüber verantwortlich sei. Diese Unabhängigkeit von der Generalversammlung hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens des

Zweitbeschwerdeführers kommt auch in seiner Schilderung über die Gestaltung seiner Arbeitszeit (vereinbart seien wöchentlich 40 Stunden, zumindest acht Stunden pro Tag) zum Ausdruck, wonach deren Beginn zwar fix sei, das Ende sich aber nach dem Arbeitsanfall und Bedarf, nach den Gegebenheiten, richte, seinem Ermessen und seiner Einteilung obliege, variabel, keinesfalls fix und starr sei. Laut Niederschrift vom 19. November 1980 sei ein direktes Weisungsrecht durch die Gesellschafterversammlung im bisherigen Zeitraum nicht ausgeübt worden, was nicht ausschließe, daß dies einmal der Fall sein könnte.

Bei dieser Beweislage ist die Auffassung der belangten Behörde im Ergebnis nicht rechtsirrig, wenn sie - ungeachtet der Behauptung eines mündlichen Dienstvertrages - das Vorliegen eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG verneinte, kann doch gerade auf dem Boden der niederschriftlich festgehaltenen Aussagen des Zweitbeschwerdeführers der behauptete Dienstvertrag sinnvollerweise - will man nicht wie die belangte Behörde das vertraglich Bedungene zur Gänze unbeachtet lassen - nur als ein sogenannter „freier Dienstvertrag“ aufgefaßt werden, dem entscheidende Wesensmerkmale eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, insbesondere die Weisungsgebundenheit hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens, fehlen (vgl. zu den Begriffen des freien und des abhängigen Dienstvertrages u.a. das zum IESG ergangene hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. N. F. Nr. 10.140/A = ZfVB 1981/3/886).

2.5. Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, daß die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Bescheid in ihren Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden ist.

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

2.6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47, 48 Abs. 2 Z. 1, 48 Abs. 3 Z. 2 und 51 VwGG in Verbindung mit Art. I Z. 4 und 7 sowie Art. III Abs. 2 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 243/1985. Das Schriftsatzaufwandpauschale für die Gegenschrift (ein Schriftsatz) der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse - sie wendet sich gegen die in dem einheitlichen Beschwerdeschriftsatz erhobene Beschwerde der beiden beschwerdeführenden Parteien; der angefochtene Bescheid enthält einen einheitlichen Abspruch - gebührt nur im einfachen Ausmaß; das Mehrbegehren war abzuweisen.

2.7. Soweit Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zitiert wurden, die in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Gerichtshofes nicht veröffentlicht sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen.

W i e n , am 9. April 1987