

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

23.10.2002

Geschäftszahl

99/08/0157

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde des S in L, vertreten durch Dr. Georg Maxwald und Dr. Georg Bauer, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Dametzstraße 51, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 9. September 1999, Zl. 120.073/1-7/99, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77, 2. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, 1090 Wien, Roßauer Lände 3, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert Stifter Straße 65, 4. Arbeitsmarktservice, Landesgeschäftsstelle Oberösterreich, 4020 Linz, Europaplatz 9, 5. M, Fleischer in K), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Am 2. Oktober 1995 hat der Beschwerdeführer mit einer näher bezeichneten GmbH (in der Folge nur: GmbH) nachstehenden als Werkvertrag bezeichneten Vertrag abgeschlossen (Schreibweise wie im Original):

"Werkvertrag

zwischen

... Ges.m.b.H.

(Auftraggeber)

und

Firma (Beschwerdeführer)

(Auftragnehmer)

wird folgender Werkvertrag geschlossen:

1. Vertragsgegenstand

Der Auftragnehmer führt als Spezialunternehmer für den Auftraggeber Schlacht-, Zerlege-, Auslöse-, Zuschneide- und Sortierarbeiten von Schweine-, Rind- und Kalbfleisch durch. Die zu erbringenden Leistungen richten sich nach dem Bedarf des Auftraggebers.

2. Personen der Vertragserfüllung

Der Auftragnehmer kann den Vertrag durch Subunternehmer, Arbeitnehmer und Hilfskräfte erfüllen. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, bei der Auswahl dieser Kräfte die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorzunehmen.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich des Weiteren, vereinbarte Termine einzuhalten.

3. Durchführung

Der Auftragnehmer bzw. die von ihm beauftragten Subunternehmer und anderen Beschäftigten unterliegen nicht den Weisungen des Auftraggebers hinsichtlich der Durchführung der Tätigkeit. Es ist dem Auftragnehmer und seinen Subunternehmern und Beschäftigten jedoch bekannt, dass die zur Verfügung gestellten Räume nur zu den vereinbarten Zeiten für den Auftragnehmer und seine Subunternehmer und Beschäftigte zugänglich sind. Der Auftragnehmer bzw. die Subunternehmer stellen Kleidung, Arbeitsgerätschaft und Werkzeuge selbst.

4. Vergütung

Die Vergütung des Auftragnehmers richtet sich nach den Vereinbarungen. Sie ist immer bezogen auf Kilogramm oder Stück. Die Rechnungsstellung erfolgt wöchentlich und ist sofort zu begleichen. Die vereinbarten Preise sind Nettopreise.

5. Gewährleistung

Der Auftragnehmer haftet für sich und seine Subunternehmer dem Auftraggeber gegenüber auch für Verschnitt. In diesem Falle hat der Auftragnehmer, ohne dass es einer besonderen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf, auf Aufforderung dem Auftraggeber unverzüglich und kostenlos die Nachbesserung durch Nachschnitt durchzuführen. Ist die Nachbesserung nicht möglich oder bleibt sie erfolglos, so mindert sich unbeschadet von Schadenersatzansprüchen die dem Auftragnehmer zustehende Vergütung entsprechend.

6. Abnahme

Die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung wird vom zuständigen Abteilungsleiter des Auftraggebers abgenommen. Es erfolgt eine Kontrolle in Hinblick auf die Menge und Qualität.

7. Abwerbeverbot

Die Vertragsparteien vereinbaren ein gegenseitiges Abwerbeverbot. Sollte eine der Parteien dieses Abwerbeverbot verletzen, wobei der Nachweis jeweils der Gegenseite obliegt, ist sie verpflichtet, die Kosten zur Anwerbung einer gleichwertigen Fachkraft zu tragen oder wahlweise dreitausend Deutsche Mark Vertragsstrafe zu zahlen.

8. Schlussbestimmungen

Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Der Vertrag ist gültig ab ... und kann schriftlich mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen aufgelöst werden.

Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen hiervon nicht berührt. Die Parteien werden an Stelle der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmungen eine solche Bestimmung vereinbaren, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung in rechtlich zulässiger Form am nächsten kommt."

Der Fünftmitbeteiligte hat bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse die Selbstversicherung in der Krankenversicherung beantragt. In diesem Zusammenhang hat er einen zwischen ihm und dem Beschwerdeführer abgeschlossenen als Werkvertrag bezeichneten Vertrag vorgelegt. Dieser lautet wie folgt:

"Werkvertrag

abgeschlossen zwischen:

Herrn ... (Beschwerdeführer) ... (im Folgenden Auftraggeber genannt) einerseits und

Herrn ... (Fünftmitbeteiligter) ... (im Folgenden Auftragnehmer genannt) andererseits.

1.)

Art und Umfang des Werkvertrages:

Der Auftragnehmer führt im Auftrag des Auftraggebers im ... Schlachthof Spezialarbeiten im Zusammenhang mit der Fleischzerlegung durch, wobei die Hauptbeschäftigung im Auslösen von Fleischknochen besteht. Dem Auftragnehmer ist bekannt, dass diese Tätigkeit gleichzeitig von mehreren Auftragnehmern ausgeübt wird. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, das erforderliche Werkzeug, soweit es nicht vom Schlachthof zur Verfügung gestellt wird, selbst beizubringen und hat für eine entsprechende Instandhaltung auf eigene Kosten zu sorgen.

2.)

Beginn des Werkvertrages:

Das Vertragsverhältnis beginnt am 11.09.95 und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

3.)

Ort der Leistung:

Die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen sind im Schlachthof L auszuführen, wobei der Umfang der zu erbringenden Leistungen insbesondere durch die im Schlachthof zu bearbeitende Fleischmenge vorgegeben wird.

4.)

Entgelt für die anfallende Leistung:

Die Abrechnung der erbrachten Leistung erfolgt mindestens wöchentlich, wobei der Auftragnehmer verpflichtet ist, seinen Anteil der im Schlachthof L erbrachten Leistung entsprechend der vereinbarten Quotenregelung in Rechnung zu stellen. Zusätzlich erhält der Auftragnehmer die gesetzliche Umsatzsteuer, derzeit 20 %.

Ausdrücklich wird festgehalten, dass es sich bei der gegenständlichen Vereinbarung um keinen Dienstvertrag handelt und daher der Auftragnehmer in keinem Dienstverhältnis zum Auftraggeber steht. Weiters wird festgehalten, dass der Auftragnehmer keinerlei Anspruch auf Urlaub, auf Urlaubszuschüsse oder Weihnachtsremunerationen, auf Entlohnung im Krankenstand sowie auf Überstunden- oder Nachtstundenentlohnung hat.

Der Auftragnehmer hat für die Einkommensbesteuerung Vorsorge zu treffen und ist nicht versichert. Wird eine Kranken- und Pensionsversicherung angestrebt, so hat der Auftragnehmer selbst Sorge dafür zu tragen.

5.)

Vertretungsmöglichkeit:

Der Auftragnehmer ist jederzeit berechtigt, sich bei der vorne angeführten Tätigkeit vertreten zu lassen. Ist ihm die Namhaftmachung einer Vertretung nicht möglich, so hat er dies dem Auftraggeber so rechtzeitig bekannt zu geben, dass der Auftraggeber für eine Vertretung zum geregelten Ablauf der zu erledigenden Tätigkeit sorgen kann.

6.)

Kündigungsbestimmungen:

Der Vertrag kann jederzeit ohne Angabe von Gründen und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist jeweils zum Ablauf eines Arbeitstages aufgekündigt werden.

7.)

Sonstiges:

Soweit in diesem Vertrag keine gesonderten Regelungen enthalten sind, gelten die Bestimmungen des ABGB."

Mit Bescheid vom 3. Mai 1996 hat die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse festgestellt, dass der Fünftmitbeteiligte hinsichtlich seiner Beschäftigung beim Beschwerdeführer als Dienstnehmer in der Zeit vom 11. September 1995 bis 14. Jänner 1996 der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (Vollversicherung) sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei.

In seinem dagegen erhobenen Einspruch hat der Beschwerdeführer ausgeführt, er sei zuvor mehrere Jahre im Auftrag der Firma K. im Schlachthof L in der Fleischzerlegung beschäftigt gewesen. Er sei Partieführer einer Arbeitspartie von rund 20 Personen gewesen. Die Firma K. habe jeweils 55 % der von der GmbH (es handelt sich um die GmbH, mit der der Beschwerdeführer den eingangs dargestellten Werkvertrag geschlossen hat) bezahlten Beträge zur Verteilung an die Arbeitspartie weitergegeben und einen Anteil von 45 % behalten. Etwa im Sommer sei er gefragt worden, ob er nicht diese Tätigkeit selbst unmittelbar für die GmbH machen möchte. Er habe mit seiner Arbeitspartie gesprochen. Die Mitglieder hätten sich alle interessiert gezeigt, weil dann auch die bis dahin von der Firma K. einbehaltene Spanne hätte aufgeteilt werden können. Er habe sich auch noch bei einem Steuerberater erkundigt. Dieser habe ihm bestätigt, dass eine solche Tätigkeit problemlos möglich sei und bei Abschluss von Werkverträgen keine Sozialversicherungspflicht bestehe. Zur Vorsicht habe der Steuerberater den von ihm ausgearbeiteten Mustervertrag auch noch der Gebietskrankenkasse vorgelegt, die mit Schreiben vom 14. September 1995 ebenfalls bestätigt habe, dass wegen des uneingeschränkten Vertretungsrechtes keine Dienstverhältnisse bestehen würden. Erst nach diesen Auskünften habe er die Tätigkeit auf Grund des Werkvertrages mit der GmbH begonnen. Mit dem schon vorher in seiner Arbeitspartie arbeitenden Personen habe er entsprechend dem begutachteten Muster Werkverträge abgeschlossen.

Neben seiner Arbeitspartie hätten noch zwei weitere Arbeitspartien im Schlachthof gearbeitet. Eine davon habe ausschließlich aus Dienstnehmern der GmbH bestanden. Die Arbeitspartien hätten grundsätzlich getrennt gearbeitet. Die Arbeitszeiten hätten sich nach der jeweils anfallenden Fleischmenge, die vorher nicht bekannt gegeben worden sei, gerichtet. Es sei aber richtig, dass etwa um 4 Uhr begonnen und meistens zwischen 12 Uhr und 14 Uhr die Arbeit beendet worden sei. Die Entlohnung sei nach einem Kilopreis erfolgt, der von ihm der GmbH in Rechnung gestellt worden sei. Von dem eingegangenen Betrag habe er sich einen Anteil von 7 % einbehalten und den Rest auf die Mitglieder der Arbeitspartie, sich eingeschlossen, aufgeteilt. Er habe wie alle anderen Mitglieder der Arbeitspartie bei der Fleischzerlegung mitgearbeitet. Der Anteil der einzelnen Personen an den eingegangenen Zahlungen sei im Vorhinein vereinbart worden.

Die einzelnen Mitglieder der Arbeitspartie seien nicht immer die selben gewesen. Manchmal hätten einzelne Personen Bekannte mitgenommen oder in ihrer Vertretung geschickt. Vor allem aber sei es häufig vorgekommen, dass einzelne Personen entweder ohne vorherige Mitteilung nicht gekommen seien oder haben ausrichten lassen, dass sie keine Zeit hätten und ihnen die Namhaftmachung eines Vertreters nicht möglich sei. In solchen Fällen habe es nie irgendwelche Konsequenzen gegeben.

Er sei der Meinung, dass die im Vertrag zwischen ihm und den seiner Arbeitspartie angehörnden Personen festgelegten Rechte ein Dienstverhältnis und damit eine Sozialversicherungspflicht ausschließen. Die einzelnen Personen hätten bei der Gestaltung ihrer Tätigkeit Freiräume gehabt, die bei einem Dienstverhältnis nicht gegeben seien. Es seien auch das Risiko und die Vorteile aus der gemeinsamen Tätigkeit in jeder Hinsicht geteilt worden. Sollte man trotzdem von einer Sozialversicherungspflicht ausgehen, so könne er - der Beschwerdeführer - auf keinen Fall Dienstgeber der Arbeitspartie gewesen sein. Diesfalls seien alle Personen Dienstnehmer der GmbH gewesen.

Der Landeshauptmann von Oberösterreich hat mit Bescheid vom 26. November 1997 dem Einspruch keine Folge gegeben; der bekämpfte Bescheid ist dahingehend abgeändert worden, dass die Vollversicherung nur in der Zeit vom 11. September 1995 bis 24. Dezember 1995 bestanden habe.

In der Begründung hat die Einspruchsbehörde dazu ausgeführt, der Fünftmitbeteiligte habe angegeben, nur in dem im Spruch festgelegten Zeitraum für den Beschwerdeführer gearbeitet zu haben. Darüber hinaus seien nach der vorgelegten Beitragsrechnung nur für diesen Zeitraum Beiträge nachverrechnet worden.

Für die Beurteilung des Beschwerdefalles sei wesentlich, dass der Beschwerdeführer und die für ihn tätigen Personen vor Abschluss der (oben wiedergegebenen) Werkverträge im Auftrag der Firma K. die gleiche Tätigkeit im Rahmen eines abhängigen Dienstverhältnisses ausgeführt haben. Die Firma K. sei in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis zur GmbH gestanden. Die tatsächliche Tätigkeit habe sich in keiner Weise geändert. Auf Grund des Werkvertrages sei nur der Beschwerdeführer gegenüber der GmbH leistungs verpflichtet und habe auch nur er nach den Vertragsbestimmungen Anspruch auf die vereinbarte Entlohnung gehabt. Ihm sei die Organisation, die Entlohnung, die Kontrolle der Arbeitsleistung und die Qualitätskontrolle oblegen. Der Beschwerdeführer sei gegenüber der GmbH gewährleistungspflichtig gewesen. Nach dem Werkvertrag sei der Beschwerdeführer gegenüber der GmbH nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen. Die Stellung des Beschwerdeführers sei daher die eines Dienstgebers gewesen.

Nach Punkt 1. des Werkvertrages zwischen dem Beschwerdeführer und dem Fünftmitbeteiligten sei dieser zur Durchführung der Arbeiten verpflichtet gewesen. Eine generelle Vertretung sei schon auf Grund der Hygienebestimmungen nicht möglich gewesen. Eine Vertretung habe auch tatsächlich nie stattgefunden. Die im Vertrag aufgenommene Vertretungsklausel erweise sich somit als Scheinbestimmung, um die Sozialversicherungspflicht zu umgehen.

In seiner dagegen erhobenen Berufung hat der Beschwerdeführer ausgeführt, seit Beginn seiner Tätigkeit im Schlachthof L - zunächst über die Firma M. und die Firma K., dann auf Werkvertragsbasis und jetzt über die Firma G. - habe er praktisch immer die selbe Arbeit gemacht und auf die gleiche Weise mit anderen Personen zusammengearbeitet. Er habe daher auch keine rechtlichen Probleme gesehen, als seiner Arbeitspartie nach der Vertragsauflösung mit der Firma K. die Fortsetzung der Tätigkeit direkt für die GmbH angeboten worden sei. Nur auf Grund seiner Funktion als Partieführer sei er Ansprechpartner gewesen. Er habe wegen der vorhandenen Meisterprüfung die Gewerbeberechtigung erworben. Die Umsetzung des Angebotes habe er durch die Werkverträge vorgenommen. Er sei davon ausgegangen, dass er und die anderen Mitglieder der Arbeitspartie als Erwerbsgemeinschaft selbstständig tätig seien. Erst im Zuge einer Beitragsprüfung sei ihm erklärt worden, es handle sich in Wahrheit um Dienstverträge. Auch wenn man dieser - für ihn nicht nachvollziehbaren - Auffassung folge, könne er nicht allein wegen seiner Funktion als Partieführer als Dienstgeber angesehen werden. Vielmehr müsste in diesem Fall die Stellung des Dienstgebers der GmbH zukommen. Die Mitglieder der Arbeitspartie hätten vor Abschluss der Werkverträge im Auftrag der Firma K. die gleiche Tätigkeit im Rahmen eines abhängigen Dienstverhältnisses ausgeführt. Allerdings sei mit dieser Firma nicht vereinbart gewesen, dass sich jede der beteiligten Personen bei der Erbringung der Arbeit vertreten lassen könne. Es habe auch keine Möglichkeit bestanden, einfach der Arbeit fernzubleiben, wenn man nicht arbeiten habe können oder wollen.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde der Berufung keine Folge gegeben und den bekämpften Bescheid bestätigt. In der Begründung hat sie nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzesziten die Werkverträge inhaltlich wiedergegeben. Sodann sind die Aussagen des Fünftmitbeteiligten sowie einzelner Mitglieder der Arbeitspartie, eines Abteilungsleiters der GmbH und des Beschwerdeführers vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse wiedergegeben worden. Anschließend sind auch die im Rahmen des Einspruchsverfahrens ergänzenden Erhebungen der Einspruchsbehörde auszugsweise wiedergegeben worden. Die vom Beschwerdeführer im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgelegte schriftliche Stellungnahme ist ebenso auszugsweise wiedergegeben worden wie seine über Auftrag der Berufungsbehörde abgelegte Aussage vor der Einspruchsbehörde.

Der zwischen dem Beschwerdeführer und dem Fünftmitbeteiligten abgeschlossene Werkvertrag sehe zwar eine Vertretungsmöglichkeit vor, jedoch ergebe sich aus den übereinstimmenden Aussagen der Zeugen E. und P. sowie des Fünftmitbeteiligten, dass es nie zu einer Vertretung gekommen sei. Dies schließe zwar noch nicht zwingend aus, dass die Möglichkeit, sich beliebig vertreten zu lassen, bestanden hätte, stelle aber doch ein Indiz dafür dar, dass diese Möglichkeit nicht bestanden habe. Der Zeuge P. habe dazu überdies angegeben, der Beschwerdeführer habe seine Mitarbeiter "hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit durch Dritte" so informiert, "dass wir dies bei der Gebietskrankenkasse so angeben sollen". Diese Aussage erscheine schon deshalb glaubhaft, weil sie aus einer Zeit stamme, während der der Zeuge P. aus gesundheitlichen Gründen nicht mit

dem Beschwerdeführer zusammengearbeitet habe. Dem gegenüber sei bei den Aussagen des Fünftmitbeteiligten und des Zeugen E. zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer deren Dienstgeber und in der Folge deren Partieführer gewesen sei, sodass diese an einem guten Einvernehmen interessiert gewesen seien. Dass der Zeuge P. seine Aussage im Rahmen eines Verfahrens betreffend seine Beschäftigung bei der Firma G. gemacht habe, also jener Firma, welche dem Beschwerdeführer als Dienstgeberin nachgefolgt sei, schade nicht, weil aus dem Inhalt dieser Aussage unmissverständlich hervorgehe, die tatsächliche Ausgestaltung seiner Beschäftigung als Fleischer habe sich unter allen drei Dienstgebern, Firma K., Beschwerdeführer und Firma G. immer gleich dargestellt. Es sei daher davon auszugehen, dass die Zeugen E. und der Fünftmitbeteiligte auf Anraten des Beschwerdeführers angegeben haben, es wäre eine Vertretung durch Dritte theoretisch möglich gewesen, dass jedoch diese Möglichkeit nicht bestanden habe. Die Behauptungen des Beschwerdeführers, die Mitarbeiter seiner Arbeitspartie hätten sich beliebig vertreten lassen können und dies sei auch tatsächlich vorgekommen, seien als reine Schutzbehauptungen zu werten. Dazu komme noch Folgendes: Laut Aussage des Zeugen P. habe der Beschwerdeführer als Dienstgeber sehr genau darauf geachtet, dass Mitarbeiter, welche die von ihm gesteckten Leistungsziele nicht erreichen konnten, sofort weggeschickt worden seien. Letzteres werde vom Beschwerdeführer auch bestätigt, mit der Einschränkung, dass er neuen Mitarbeitern eine gewisse Einarbeitungszeit gewährt habe und dass das gesamte Team schlechte Mitarbeiter ablehne, weil diese die Partie aufgehoben und die Gesamtleistung geschmälert hätten. Auch in dieser Frage sei der Aussage des Zeugen P. zu folgen. Der Beschwerdeführer habe demnach - wie noch auszuführen sein werde - in allen für den Ablauf der Arbeit wesentlichen Fragen die Entscheidungsbefugnis innegehabt. Der Beschwerdeführer habe sich das alleinige Recht vorbehalten, Mitarbeiter wegzuschicken, auch wenn er vielleicht auf die Meinung seiner Mitarbeiter gehört habe. Vor diesem Hintergrund erscheine es völlig unglaublich, dass der Beschwerdeführer es zugelassen hätte, dass sich die Mitarbeiter beliebig haben vertreten lassen. Weiters sei zu berücksichtigen, dass zufolge der übereinstimmenden Aussagen der Zeugen der Beschwerdeführer im Falle einer Behinderung oder Arbeitsunterbrechung unverzüglich zu verständigen gewesen sei. Auch dies spreche gegen die Annahme, dass im Rahmen der gegenständlichen Beschäftigung die Möglichkeit bestanden hätte, sich beliebig vertreten zu lassen. Auch die Aussagen des Fünftmitbeteiligten und des Zeugen E., wonach es Geld nur für die Tage der Anwesenheit gegeben habe, ließen erkennen, dass es sich der Beschwerdeführer vorbehalten habe, im Falle der Verhinderung einzelner Mitarbeiter allein zu entscheiden, ob er die Arbeit auf die Anwesenden aufteile oder allenfalls einen von ihm selbst als geeignet befundenen Ersatz herbeigeht habe. Es sei daher davon auszugehen, dass im Rahmen der streitgegenständlichen Beschäftigungsverhältnisse die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung bestanden habe.

Nach den übereinstimmenden Zeugenaussagen sei die Arbeitszeit von Montag bis Freitag mit 4 Uhr bis 13.30 Uhr fix vorgegeben gewesen. Auch der Arbeitsort sei festgestanden. Der Beschwerdeführer habe die übernommene Arbeit auf die Mitarbeiter aufgeteilt und habe detaillierte Weisungen (Zerkleinern/Entbeinen) erteilt sowie die Arbeit seiner Mitarbeiter ständig überwacht. Die Mitarbeiter seien dem Beschwerdeführer disziplinar verantwortlich gewesen. So hätten sie für Fehlzeiten und geringere Leistungen einen Abzug vom wöchentlichen Entgelt zu erwarten gehabt und hätten wegen geringer Leistung weggeschickt werden können.

Es seien somit alle wesentlichen Elemente der persönlichen Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG als erfüllt anzusehen.

Die Tatsache, dass die Mitarbeiter mit eigenem Gerät und eigener Arbeitskleidung tätig geworden seien, könne nicht dazu führen, dass die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Fünftmitbeteiligten in Zweifel gezogen werden könne.

Es sei zu untersuchen, ob der Beschwerdeführer selbst Dienstgeber im Sinne des § 35 ASVG gewesen sei oder ob er etwa selbst als Dienstnehmer der GmbH anzusehen gewesen wäre:

Entscheidend sei, inwieweit der Beschwerdeführer eine rechtliche Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung im Ganzen gehabt habe. Aus der Aussage des Beschwerdeführers im Rahmen des Berufungsverfahrens ergebe sich, dass der Beschwerdeführer in allen für die Betriebsführung wesentlichen Bereichen die Möglichkeit der unternehmerischen Disposition gehabt habe. Er habe - wenn auch auf Grund seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit eingeschränkt - das Ausmaß der übernommenen Arbeitsmenge bestimmen können, ebenso habe er über die Zahl seiner Mitarbeiter sowie das Ausmaß der von ihnen zu erbringenden Arbeitsleistung disponiert. Die vom Beschwerdeführer vorgelegten Schreiben von Mitarbeitern der GmbH seien nicht geeignet, eine andere Beurteilung herbeizuführen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Die erst- und viertmitbeteiligte Partei haben in ihren Gegenschriften die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die belangte Behörde hat zutreffend die Frage, ob der Beschäftigte zum Betriebsinhaber in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gemäß § 4 Abs. 2 ASVG steht, von jener getrennt, auf wessen Rechnung und Gefahr der Betrieb geführt wird. Letztere Frage ist für erstere Frage nur zur Umschreibung der Person des Dienstgebers im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG von Bedeutung.

Gemäß § 35 Abs. 1 erster Satz leg. cit. gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Unter einem "Beschäftigungsverhältnis" im Sinne des § 35 Abs. 1 erster Satz ASVG ist, wie sich aus § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 erster Satz ASVG ergibt - sieht man zunächst von den Fällen der Indienstnahme durch eine Mittelsperson ab -, das dienstliche "Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit" des "Dienstnehmers" im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu dem "Dienstgeber" im Sinne des § 35 Abs. 1 erster Satz ASVG zu verstehen. Der Dienstgeber ist die "andere Seite" des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, ohne das die Pflichtversicherung nicht ausgelöst wird. Ob jemand in einem "Beschäftigungsverhältnis" im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG steht, ist daher immer im Bezug auf eine bestimmte andere Person (bestimmte andere Personen), nämlich - wiederum zunächst vom Fall der Indienstnahme durch Mittelspersonen abgesehen - den Dienstgeber (die Dienstgeber), zu prüfen (vgl. u.a. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12.325/A, und das Erkenntnis vom 17. Dezember 1991, 90/08/0222).

In diesem Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass bei Beurteilung der Frage, auf wessen Rechnung ein Betrieb, in dem ein Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, geführt wird, wesentlich sei, wer nach rechtlichen und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften berechtigt und verpflichtet wird, wen also demnach das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis näher ausgeführt, dass es für die Dienstgebereigenschaft nicht nur darauf ankomme, wer letztlich aus den im Betrieb getätigten Geschäften (nach den hiefür in Betracht kommenden Regeln des Privatrechtes) unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, sondern überdies darauf, dass der in Betracht kommenden Person, wenn schon nicht das Recht zur Geschäftsführung, zumindest eine so weit reichende Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung zukommen müsse, dass ihr die Erfüllung der dem Dienstgeber nach dem ASVG auferlegten Verpflichtungen in Bezug auf das an das Beschäftigungsverhältnis anknüpfende Versicherungs- und Leistungsverhältnis entweder selbst oder durch dritte Personen möglich sei (vgl. unter anderem das Erkenntnis vom 22. Mai 1990, 89/08/0016, und zuletzt das Erkenntnis vom 3. Juli 2002, 99/08/0173).

Nicht entscheidend für die Dienstgebereigenschaft einer aus der Betriebsführung unmittelbar berechtigten und verpflichteten Person ist es, ob sie den Betrieb selbst oder durch dritte Personen (Organe, Bevollmächtigte, Beauftragte, Familienangehörige, Dienstnehmer, usw.) führt, wenn ihr nur (auch) im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen (weiterhin) zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zusteht (vgl. dazu das Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, 92/08/0264). An der Dienstgebereigenschaft der Person, die das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft, ändert es ferner nichts, wenn sie den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn an Stelle des Entgelts ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter verweist (vgl. dazu auch das Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, 92/08/0264) oder dadurch, dass ein (mit ihrem Wissen und Willen den Betrieb führender) Dritter bei einzelnen betrieblichen Geschäften, so auch bei der Indienstnahme und Beschäftigung einer Person im Betrieb und für den Betrieb, einschließlich Weisungserteilung und tatsächlicher Entgeltzahlung als "Mittelsperson", nach außen hin im eigenen Namen auftritt; dabei kommt es nicht darauf an, dass die Indienstnahme "ohne Wissen" oder gar "gegen den Willen" des Dienstgebers erfolgt ist (vgl. die Erkenntnisse vom 17. Dezember 1991, 90/08/0222, und vom 21. September 1993, 92/08/0248). Aus der Ausübung von Funktionen, wie der Aufnahme und Entlassung von Arbeitnehmern, der Ausbezahlung der Löhne, der Entgegennahme von Bestellungen und der Durchführung von Kalkulationen, kann für sich allein noch nicht auf die Dienstgebereigenschaft geschlossen werden (vgl. hiezu das Erkenntnis vom 12. November 1991, 89/08/0262).

Das Eigentum (Miteigentum) am Betrieb ist die für die Beurteilung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, in erster Linie maßgebliche rechtliche Gegebenheit. Eine sozialversicherungsrechtlich relevante Änderung der sich aus den Eigentumsverhältnissen ergebenden Zurechnung von Rechten und Pflichten aus der Betriebsführung setzt voraus, dass durch rechtswirksame dingliche (z.B. durch Einräumung eines Fruchtgenussrechtes) oder obligatorische Rechtsakte (z.B. durch Abschluss eines Pachtvertrages oder einer besonderen, einem Pachtvertrag nahe kommenden Vereinbarung zwischen Miteigentümern, vgl. die Erkenntnisse vom 24. März 1992, 89/08/0168, und vom 15. Mai 2002, 97/08/0652) statt des Eigentümers (der Miteigentümer) ein Nichteigentümer bzw. bei Vereinbarungen zwischen Miteigentümern einer der Miteigentümer allein aus der Führung des Betriebes berechtigt und verpflichtet wird.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund setzt die Annahme der belangten Behörde, dass der Beschwerdeführer Dienstgeber des Fünftmitbeteiligten sei, voraus, dass der Betrieb, in dem der Fünftmitbeteiligte beschäftigt worden ist, auf Rechnung und Gefahr des Beschwerdeführers geführt worden ist. Ein Betrieb des Beschwerdeführers im Sinne der obigen Ausführungen (eigene Betriebsstätte, die mit eigenen Betriebsmitteln ausgestattet ist und in der der Beschwerdeführer die oberste Geschäfts- und Betriebsleitung inne hat) ist den Feststellungen des angefochtenen Bescheides nicht zu entnehmen. Als ein solcher Betrieb kommt nach Lage der Dinge nur der Betrieb der GmbH in Betracht. Dieser Betrieb wird jedoch zweifellos nicht auf Rechnung und Gefahr des Beschwerdeführers geführt. Die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe die Führung eines Betriebes innegehabt, weil er, wenn auch auf Grund seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit eingeschränkt, das Ausmaß der übernommenen Arbeitsmenge habe bestimmen können, und über die Zahl der Mitarbeiter disponiert habe, vermag die Dienstgebereigenschaft des Beschwerdeführers im oben dargelegten Sinne nicht darzutun. Aus der Ausübung von einzelnen Funktionen, wie der Aufnahme und der Entlassung von Arbeitnehmern, der Ausbezahlung der Löhne, die Entgegennahme von Bestellungen und der Durchführung von Kalkulationen, kann - wie bereits ausgeführt - für sich allein noch nicht auf die Dienstgebereigenschaft geschlossen werden (vgl. dazu nochmals das Erkenntnis vom 12. November 1991, 89/08/0262).

Andere Feststellungen zur Frage der Dienstgebereigenschaft des Beschwerdeführers hat die belangte Behörde nicht getroffen. Dass der Beschwerdeführer Dienstgeber des Fünftmitbeteiligten sei, wird daher von den Feststellungen im angefochtenen Bescheid nicht getragen.

Im fortzusetzenden Verfahren wird die belangte Behörde insbesondere auf die Behauptungen des Beschwerdeführers, er habe lediglich die Funktion eines Partieführers wahrgenommen und es sei daher ein "mittelbares" Beschäftigungsverhältnis der Mitglieder der Arbeitspartie zur GmbH zu Stande gekommen, einzugehen haben. Sie wird dazu in ihre Überlegungen nicht nur die oben wiedergegebenen Werkverträge einzubeziehen haben, sondern auch auf das Vorbringen des Beschwerdeführers in seinen Schriftsätzen und in seinen Einvernahmen, mit welchem er über den Inhalt dieser Verträge hinausgeht, Bedacht zu nehmen haben. Ausgehend vom Vorbringen des Beschwerdeführers wird die belangte Behörde aber auch das Vorliegen eines Gruppenarbeitsvertrages (allenfalls gekoppelt mit einem Dienstverschaffungsvertrag zwischen der GmbH und dem Beschwerdeführer) in Betracht zu ziehen haben (vgl. hierzu insbesondere das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, 92/08/0264).

Dadurch, dass die belangte Behörde die Rechtslage verkannt hat, hat sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet; er war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001. Wien, am 23. Oktober 2002