

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

13.11.2013

Geschäftszahl

2011/08/0165

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde 1. des G S, 2. der G S Gesellschaft m.b.H., beide in L, beide vertreten durch die Weh Rechtsanwalt GmbH in 6900 Bregenz, Wolfeggstraße 1, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 13. April 2011, Zl. BMASK-423847/0001- II/A/3/2010, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Vorarlberger Gebietskrankenkasse in 6850 Dornbirn, Jahngasse 4, 2. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65- 67, 3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1), zu Recht erkannt:

Spruch

Spruchpunkt I des angefochtenen Bescheides wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat den beschwerdeführenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 13. Juli 2009 wurde ausgesprochen, dass der Erstbeschwerdeführer auf Grund seiner Geschäftsführertätigkeit für die zweitbeschwerdeführende Partei vom 1. Jänner 1999 bis laufend gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert (vollversichert) und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG arbeitslosenversichert ist.

Begründend führte die Gebietskrankenkasse aus, der Erstbeschwerdeführer sei seit vielen Jahren in der Lederwarenbranche tätig; er halte Beteiligungen an zwei "Firmen". Die K GmbH & Co (Rechtsform: Kommanditgesellschaft) sei seit dem 1. Juli 1981 im Firmenbuch eingetragen; Geschäftsführer und Gesellschafter mit einer Beteiligung von 50% sei der Erstbeschwerdeführer. Als Komplementärin der K GmbH & Co fungiere die zweitbeschwerdeführende Partei (eingetragen im Firmenbuch am 14. Dezember 1981). Bei dieser als Arbeitskomplementärin fungierenden Gesellschaft sei der Erstbeschwerdeführer alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer; er halte einen Gesellschaftsanteil von 25%.

Mit 1. Juli 1981 habe der Erstbeschwerdeführer den Wiederbetrieb seines Gewerbes, das zuvor ruhend gestellt gewesen sei, angemeldet. Mit seinen Bezügen aus Gewerbebetrieb sei er daher ab diesem Zeitpunkt der Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG unterlegen. Er habe beabsichtigt, seine Bezüge als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei als Bezüge aus einem Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 1 und 2 ASVG "zu versichern". Dies sei von der Gebietskrankenkasse in Umsetzung der damaligen Rechtslage - wegen der dem Erstbeschwerdeführer möglichen Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf die Geschäftsführung der Gesellschaft - abgelehnt worden; der Landeshauptmann habe diese Rechtsansicht mit rechtskräftigem Bescheid vom 9. November 1982 bestätigt.

In der Folge seien die Geschäftsführerbezüge des Erstbeschwerdeführers in der Lohnabrechnung der K GmbH & Co als lohnsteuerpflichtige Einkünfte aus nichtselbständiger Beschäftigung ausgewiesen worden, sie seien jedoch sozialversicherungsrechtlich keiner Pflichtversicherung unterlegen (weder nach ASVG noch nach GSVG). Eine Pflichtversicherung der Bezüge eines Geschäftsführers nach § 2 Abs. 1 Z 3 GSVG wäre nur dann eingetreten, wenn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Mitglied einer Wirtschaftskammer gewesen wäre,

also die Gewerbeberechtigung auf diese Gesellschaft ausgestellt gewesen wäre, was bei der zweitbeschwerdeführenden Partei nicht der Fall gewesen sei.

Eine wesentliche Änderung der Rechtslage sei durch die 55. Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 138/1998, eingetreten (in Kraft seit 1. Jänner 1999). Mit dieser Bestimmung seien die Geschäftsführer-Gesellschafter von Gesellschaften mit beschränkter Haftung ohne Gewerbeschein mit einer Beteiligung von bis zu 25%, die nicht als Dienstnehmer gegolten hätten, im Rahmen der seit dem 1. Jänner 1998 geltenden Sozialversicherungspflicht aller Erwerbseinkommen den "neuen Selbständigen" gleichgestellt worden, indem alle lohnsteuerpflichtigen Einkommensempfänger als Dienstnehmer nach dem ASVG eingestuft worden seien. Gemäß § 575 Abs. 3 ASVG und korrespondierend § 276 Abs. 3 GSVG sei aber § 4 Abs. 2 zweiter Satz ASVG in der Fassung BGBl. I Nr. 138/1988 so lange nicht auf jene zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer GmbH, die am 31. Dezember 1998 gemäß § 2 Abs. 1 Z 3 GSVG pflichtversichert seien, anzuwenden, als die Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter, die die Pflichtversicherung nach dem GSVG begründet habe, weiter ausgeübt werde und keine Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes eintrete. Als Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes könnte etwa eine Änderung in den Beteiligungsverhältnissen angesehen werden.

Von dieser Übergangsbestimmung sei die Versicherungspflicht der Geschäftsführerbezüge des Erstbeschwerdeführers nicht erfasst gewesen, weil er vor dem 31. Dezember 1998 nicht nach § 2 Abs. 1 Z 3 GSVG pflichtversichert gewesen sei.

Der Erstbeschwerdeführer sei daher ab dem 1. Jänner 1999 mit seinen Einkünften aus seiner Geschäftsführertätigkeit bei der zweitbeschwerdeführenden Partei nach ASVG bei der Gebietskrankenkasse versicherungspflichtig.

Am 23. Juni 2008 habe der Erstbeschwerdeführer seine persönliche Gewerbeberechtigung rechtswirksam gelöscht. Als Folge dieser Löschung der Gewerbeberechtigung sei der Erstbeschwerdeführer von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft informiert worden, dass seine Pflichtversicherung (gemeint: seine Pflichtversicherung auf Grund seines persönlichen Gewerbescheins nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG) durch die Löschung des Gewerbescheins mit dem 30. Juni 2008 geendet habe. Der Erstbeschwerdeführer habe sich ab dem 1. Juli 2008 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft - mit seinen Bezügen aus Gewerbebetrieb - weiter als "neuer Selbständiger" nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG versichert. Dies sei von der Sozialversicherungsanstalt mit Schreiben vom 14. Juli 2008 bestätigt worden, es sei aber angeregt worden, bei der Gebietskrankenkasse überprüfen zu lassen, ob er nicht (auch) nach ASVG versicherungspflichtig sei.

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Beteiligung bis zu 25% am Stammkapital der Gesellschaft unterliege generell der Lohnsteuerpflicht. Unabhängig von einer Bindung an Weisungen sei für die Beurteilung der Lohnsteuerpflicht primär die Eingliederung in den betrieblichen Organismus entscheidend. Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus einer Gesellschaft werde bereits durch jede nach außen hin als auf Dauer angelegt erkennbare Tätigkeit hergestellt, mit welcher der Unternehmenszweck der Gesellschaft verwirklicht werde. Der Erstbeschwerdeführer sei an der zweitbeschwerdeführenden Partei zu 25% beteiligt und sei deren lohnsteuerpflichtiger Geschäftsführer. Er sei daher seit dem 1. Jänner 1999 nach § 4 Abs. 2 letzter Satz ASVG mit seinem Bezug aus der Tätigkeit für die Komplementär GmbH nach ASVG zu versichern.

Im Kopf (nicht aber im Spruch) dieser Erledigung ist als Dienstgeber die K GmbH & Co genannt (als Dienstnehmer - in Übereinstimmung mit dem Spruch - der Erstbeschwerdeführer). Dieser Bescheid wurde lediglich der K GmbH & Co sowie dem Erstbeschwerdeführer (nicht aber der zweitbeschwerdeführenden Partei) zugestellt.

Die K GmbH & Co sowie der Erstbeschwerdeführer erhoben gegen diesen Bescheid Einspruch. Sie machten u.a. geltend, es sei die Identität der Dienstgeberin zu klären. Weiters rügten sie, eine rückwirkende Feststellung des Versicherungsverhältnisses sei im Regelfall unzulässig. Es liege auch eine Formalversicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vor. Die Übergangsbestimmung des § 575 Abs. 3 ASVG sei auf den Erstbeschwerdeführer anzuwenden.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse sprach sodann mit Bescheid vom 16. September 2009 aus, dass der Erstbeschwerdeführer auf Grund seiner Geschäftsführertätigkeit für die Zweitbeschwerdeführerin vom 1. Jänner 1999 bis laufend gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert (vollversichert) und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a ALVG arbeitslosenversichert ist. Im Kopf des Bescheides sind als Dienstgeberin die Zweitbeschwerdeführerin und als Dienstnehmer der Erstbeschwerdeführer genannt. Die Begründung stimmt im Wesentlichen wortgleich mit jener der Erledigung vom 13. Juli 2009 überein.

Gegen diesen Bescheid erhoben die beiden beschwerdeführenden Parteien Einspruch.

Mit Bescheid des Landeshauptmannes vom 29. Jänner 2010 wurde der Einspruch der K GmbH & Co gegen den Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 13. Juli 2009 als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkt 1). Weiter wurden die Einsprüche des Erstbeschwerdeführers gegen die Bescheide der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 13. Juli und vom 16. September 2009 abgewiesen (Spruchpunkt 2). Schließlich wurde der Einspruch der Zweitbeschwerdeführerin gegen den Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 16. September 2009 abgewiesen (Spruchpunkt 3).

Begründend wurde zu Spruchpunkt 1 ausgeführt, die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse habe mit Bescheid vom 13. Juli 2009 ein Dienstverhältnis zwischen der zweitbeschwerdeführenden Partei und dem Erstbeschwerdeführer festgestellt. Parteien dieses Verfahrens seien sohin ausschließlich die im Bescheid angeführte Dienstgeberin (die zweitbeschwerdeführende Partei) und der im Bescheid angeführte Dienstnehmer (der Erstbeschwerdeführer). Die K GmbH & Co werde durch den Bescheid rechtlich nicht berührt; ihr komme keine Parteistellung zu, weshalb dieser Einspruch unzulässig sei.

Hinsichtlich des weiteren Bescheides vom 16. September 2009 sei lediglich das Datum aktualisiert, die Aktenzahl geändert, die Kontonummer der Beitragsschuldnerin korrigiert und im Betreff die Dienstgeberin geändert worden. Da keine Änderung im Spruch erfolgt sei, sei es nicht zu einer Änderung in der Verwaltungssache gekommen, es liege lediglich ein zweiter Zustellvorgang - dieses Mal an die tatsächlichen Parteien des Verfahrens - vor. In der Sache erachtete der Landeshauptmann die Einsprüche der beschwerdeführenden Parteien als nicht berechtigt.

Die beschwerdeführenden Parteien erhoben gegen diesen Bescheid Berufung.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung betreffend die Spruchpunkte 2 und 3 des Bescheides des Landeshauptmannes keine Folge und stellte fest, dass der Erstbeschwerdeführer aufgrund seiner Beschäftigung bei der zweitbeschwerdeführenden Partei seit dem 1. Jänner 1999 bis laufend der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt (Spruchpunkt I). Soweit sich die Berufung gegen den Spruchpunkt 1 des Bescheides des Landeshauptmannes richte, wurde sie gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkt II).

Begründend führte die belangte Behörde - nach Schilderung des Verwaltungsgeschehens - im Wesentlichen aus, der Erstbeschwerdeführer sei Gesellschafter und Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei (Ersteintragung im Firmenbuch am 14. Dezember 1981). An dieser sei er mit 25% beteiligt. Seit dem Ersteintragungsdatum sei der Erstbeschwerdeführer gemäß § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages zum einzigen Geschäftsführer mit selbständigem Vertretungsrecht bestellt. An dieser Gesellschaft seien noch zwei weitere Gesellschafter beteiligt. Laut Gesellschaftsvertrag würden die Beschlüsse in der Generalversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Der Erstbeschwerdeführer besitze seit dem 18. Februar 1975 eine Gewerbeberechtigung (Handelsgewerbe). Aufgrund seiner Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer sei der Erstbeschwerdeführer bis zur Löschung seiner Gewerbeberechtigung am 23. Juni 2008 gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG versichert gewesen. Ab dem 1. Juli 2008 bestehe eine Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG.

Die zweitbeschwerdeführende Partei sei Komplementärin der K GmbH & Co KG. Seit dem 28. Juli 1983 besitze diese KG eine Gewerbeberechtigung. Der Erstbeschwerdeführer scheine im Gewerbeverzeichnisauszug als alleiniger Geschäftsführer dieser KG auf und sei an dieser mit 50% der Hafeinlage als Kommanditist beteiligt.

Die Komplementärin (zweitbeschwerdeführende Partei) besitze keine Gewerbeberechtigung.

Die Bezüge des Geschäftsführers seien im Rahmen der Buchhaltung der K GmbH & Co KG als lohnsteuerpflichtige Bezüge erfasst worden; die Lohnabgaben für den Erstbeschwerdeführer seien laut Auskunft des Finanzamtes ordnungsgemäß abgeführt worden.

Im Akt befänden sich Einkommensteuerbescheide des Erstbeschwerdeführers aus den Jahren 1999 bis 2007, welche Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit und Einkünfte aus Gewerbebetrieb aufwiesen. Der Bemessungsgrundlage der Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG seien ausschließlich die Einkünfte aus Gewerbebetrieb zugeführt worden, was dem Versicherungsdatenauszug entnommen werden könne und von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft bestätigt worden sei. Aus den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit seien bis dato keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden (weder gemäß ASVG noch gemäß GSVG).

Der Sachverhalt ergebe sich aus dem Versicherungs- und Verwaltungsakt sowie aus den Ermittlungen der belangten Behörde.

Der Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 16. September 2009 stelle einen Berichtigungsbescheid zum Bescheid vom 13. Juli 2009 dar. Dieser sei mit identem Spruch und identem materiell-rechtlichen Inhalt ergangen; geändert bzw. berichtigt worden seien nur der Dienstgeber als Adressat mit der Bezeichnung der zweitbeschwerdeführenden Partei sowie die Zustellverfügung. Der Berichtigungsbescheid bilde mit dem berichtigten Bescheid eine Einheit; der angefochtene Bescheid sei somit in der Fassung des Berichtigungsbescheides Gegenstand der Überprüfung durch die Behörden im Instanzenzug. Es seien daher ausschließlich die richtigen Adressaten sowie die richtige Zustellverfügung bzw. Zustellung an die Stelle der unrichtigen getreten.

Da der Bescheid nur in der Fassung des Berichtigungsbescheides der Rechtsordnung angehöre und in diesem über die zweitbeschwerdeführende Partei als Dienstgeberin und den Erstbeschwerdeführer als Dienstnehmer abgesprochen worden sei, sei die K GmbH & Co nicht Partei des Verfahrens und im Einspruchsverfahren nicht legitimiert. Deren Einspruch sei daher im Bescheid des Landeshauptmannes (Spruchpunkt 1) zutreffend zurückgewiesen worden. Die Berufung der beschwerdeführenden Parteien gegen

diesen Spruchpunkt sei zurückzuweisen, weil den beschwerdeführenden Parteien bezüglich dieses Abspruches weder eine Beschwer noch eine Parteistellung zukomme.

Der Pflichtversicherung des Erstbeschwerdeführers gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG - aufgrund seiner persönlichen Gewerbeberechtigung - seien ausschließlich die Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb als Beitragsgrundlage zu Grunde gelegt worden; dies ergebe sich aus dem Datenversicherungsauszug sowie aus dem Einkommensteuerbescheid.

Aus den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit seien zwar die Lohnsteuer (in der Buchhaltung der Kommanditgesellschaft), jedoch keinerlei Sozialversicherungsbeiträge (weder an die Gebietskrankenkasse noch an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft) abgeführt worden; diese Einkünfte seien zur Gänze versicherungsfrei geblieben.

Da der Erstbeschwerdeführer für seine Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit keine Beiträge entrichtet habe, könne auch keine Formalversicherung entstehen. Die Beiträge, welche er korrekterweise an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft abgeführt habe, seien jene aufgrund seiner Einkünfte aus Gewerbebetrieb und seiner Kammermitgliedschaft gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG. Im Übrigen sei eine Formalversicherung gemäß dem GSVG nicht Sache des vorliegenden Berufungsverfahrens.

Nach § 575 Abs. 3 ASVG sei § 4 Abs. 2 zweiter Satz ASVG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 138/1988 so lange nicht auf jene zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die am 31. Dezember 1998 gemäß § 2 Abs. 1 Z 3 GSVG pflichtversichert seien, anzuwenden, als die Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter, die die Pflichtversicherung nach dem GSVG begründet habe, weiter ausgeübt werde und keine Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes eintrete. Die Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers als Geschäftsführer habe keine Pflichtversicherung ausgelöst, sondern nur seine Tätigkeit aufgrund seiner Gewerbeberechtigung, aufgrund welcher er Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt habe. Da die Tätigkeit als Geschäftsführer, welche Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nach sich gezogen habe, keine Versicherung begründet habe, könne auch keine Übergangsbestimmung zur Anwendung kommen.

Die Tatsache, dass der Erstbeschwerdeführer seine persönliche Gewerbeberechtigung am 23. Juni 2008 gelöscht habe und seit dem 1. Juli 2008 gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG versichert sei, sei für die Beurteilung der verfahrensgegenständlichen Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit völlig irrelevant: Diese "Ummeldung" betreffe nämlich nur die Einkünfte aus Gewerbebetrieb und ändere nichts an der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung der bis dato versicherungsfrei gebliebenen Einkünfte aufgrund der Geschäftsführertätigkeit.

Da keine rechtskräftige Entscheidung von den Abgabenbehörden bezüglich der Lohnsteuerpflicht des Erstbeschwerdeführers vorliege, sei die Frage der Lohnsteuerpflicht aus Eigenem zu beurteilen.

Abgesehen davon, dass der Erstbeschwerdeführer mit 25% an der Gesellschaft beteiligt sei und laut Gesellschaftsvertrag über keine Sperrminorität verfüge, sei davon auszugehen, dass der Erstbeschwerdeführer in den Betrieb eingegliedert gewesen sei. Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus der Gesellschaft werde bereits durch jede nach außen hin als auf Dauer angelegt erkennbare Tätigkeit hergestellt, mit der der Unternehmenszweck der Gesellschaft, sei es durch ihre Führung, sei es durch operatives Wirken auf ihrem Betätigungsfeld, verwirklicht werde, ohne dass dabei von Bedeutung wäre, in welcher Weise die aus der Tätigkeit erzielten Einkünfte zu qualifizieren wären, würde die Tätigkeit nicht für die Gesellschaft geleistet werden.

Relevant erscheine auch die Tatsache, dass die Bezüge des Erstbeschwerdeführers aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei in der Buchhaltung der K GmbH & Co KG als lohnsteuerpflichtige Einkünfte verrechnet worden seien; offensichtlich sei auch die Dienstgeberin davon ausgegangen, dass der Erstbeschwerdeführer seine Tätigkeit als Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG ausübe.

Die belangte Behörde sehe daher die Lohnsteuerpflicht als gegeben an. Bei Bejahung der Lohnsteuerpflicht sei jedenfalls Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG festzustellen. Es erübrige sich daher, das Vorliegen eines Verhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zu prüfen.

Im Jahr 1981 habe sich der Erstbeschwerdeführer bei der Gebietskrankenkasse gemäß ASVG versichern lassen wollen, ein darauf gerichteter Antrag sei aber durch einen Bescheid des Landeshauptmannes vom 9. November 1982 rechtskräftig abgewiesen worden. Dies sei damit begründet worden, dass dem Erstbeschwerdeführer als Geschäftsführer mit 25% Beteiligung am Stammkapital der GmbH so viel Einfluss auf die Gestion des Unternehmens zukomme, dass er eine Stellung eines Mitunternehmers inne habe. Es wäre sodann die Pflicht des Versicherten gewesen, sich über die neue Gesetzeslage ab 1999 (Einbeziehung der Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Beteiligung am Stammkapital bis zu 25% in die Pflichtversicherung nach dem ASVG) zu informieren.

Es handle sich auch nicht um eine res iudicata, da sich seit dem Bescheid des Landeshauptmannes vom November 1982 die Rechtslage geändert habe.

Die beschwerdeführenden Parteien erhoben gegen diesen Bescheid zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss vom 29. Juni 2011, B 720/11-3,

abgelehnt und mit Beschluss vom 13. Juli 2011, B 720/11-5, dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ergänzte Beschwerde nach Vorlage der Akten und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen:

1. Die Beschwerdeführer führen zunächst aus, in der Frage des maßgeblichen Erstbescheides sei die Begründung der belangten Behörde nicht nachvollziehbar. Sodann machen sie geltend, es liege im Hinblick auf den Bescheid des Landeshauptmannes vom 9. November 1982 entschiedene Sache vor. Der Erstbeschwerdeführer habe nie die Merkmale eines Unselbständigen erfüllt; an den tatsächlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen der Beschwerdeführer und der KG, für die sie tätig gewesen seien, habe sich seither nichts geändert. Weiter rügen sie, die maßgebliche Übergangsbestimmung sei unzutreffend ausgelegt worden. Schließlich machen sie geltend, eine rückwirkende Feststellung der Versicherungspflicht sei auch mit europarechtlichen Vorgaben unvereinbar. Auch sei das Vorliegen einer Formalversicherung rechtswidrig verneint worden.

2. Nach dem Spruch des Bescheides der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 13. Juli 2009 wurde über die Pflichtversicherung des Erstbeschwerdeführers aufgrund einer Beschäftigung bei der zweitbeschwerdeführenden Partei abgesprochen. Parteien des Verfahrens waren demnach die beiden beschwerdeführenden Parteien. Die im Kopf der Erledigung genannte

K GmbH & Co (KG) war hingegen nicht Partei des Verfahrens; in ihre Rechte wurde mit dieser Erledigung auch nicht eingegriffen.

Damit war aber der Einspruch der K GmbH & Co gegen diesen Bescheid - mangels Parteistellung - unzulässig; dieser wurde daher vom Landeshauptmann mit Spruchpunkt 1 seines Bescheides zutreffend zurückgewiesen. Die K GmbH & Co hat gegen diese Zurückweisung keinerlei Rechtsmittel ergriffen. Bekämpft wurde diese Zurückweisung lediglich von den beschwerdeführenden Parteien, denen aber - wie die belangte Behörde zutreffend ausführte - insoweit weder Beschwer noch Parteistellung zukommt.

Damit erweist sich die Beschwerde, soweit sie sich gegen Spruchpunkt II des angefochtenen Bescheides richtet, als unbegründet.

3. Eine - wie in der Beschwerde geltend gemacht - Formalversicherung würde nach § 14 Abs. 1 GSVG voraussetzen, dass die betreffende Person nicht der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegt. Der Nichtbestand der Pflichtversicherung stellt somit eine von mehreren Tatbestandsvoraussetzungen für den Bestand der Formalversicherung dar (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 1993, Zl. 92/08/0137). Da die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG ex lege eintritt, würde das Bestehen einer dementsprechenden Pflichtversicherung von vornherein eine Formalversicherung nach § 14 Abs. 1 GSVG ausschließen, sodass - entgegen dem Beschwerdevorbringen - eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG jedenfalls nicht von einer Formalversicherung ausgeschlossen werden könnte.

4. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG in der im Jahr 1982 geltenden Fassung (insoweit in der Stammfassung BGBl. Nr. 189/1955) ist Dienstnehmer, 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.

Gestützt auf diese damalige Rechtslage hat der Landeshauptmann mit Bescheid vom 9. November 1982 einen Einspruch gegen den Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 1. März 1982, mit dem die Anmeldung des Erstbeschwerdeführers zur Vollversicherung abgelehnt worden war, keine Folge gegeben. In der Begründung dieses Bescheides kam der Landeshauptmann zum Ergebnis, dass der Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit weitgehend fehlen würden.

Mit Artikel 7 des Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetzes 1997 (BGBl. I Nr. 139/1997) wurde dem § 4 Abs. 2 folgender Satz angefügt: "Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

Mit der 55. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. I Nr. 138/1998, wurde im § 4 Abs. 2 zweiter Satz der Ausdruck "§ 47 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz EStG 1988" durch den Ausdruck "§ 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988" ersetzt. Diese Änderung trat mit 1. Jänner 1999 in Kraft (§ 575 Abs. 1 Z 2 ASVG); gemäß § 575 Abs. 3 ASVG ist § 4 Abs. 2 zweiter Satz in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 138/1988 aber so lange nicht auf jene zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die am 31. Dezember 1998 gemäß § 2 Abs. 1 Z 3 GSVG pflichtversichert sind, anzuwenden, als die Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter, die die Pflichtversicherung nach dem GSVG begründet hat, weiter ausgeübt wird und keine Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes eintritt.

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (1234 BlgNR 20. GP, 25) wurde hiezu ausgeführt:

"Durch das ASRÄG 1997, BGBl. I Nr. 139, wurde der sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmerbegriff durch eine Verweisung auf die Lohnsteuerpflicht nach dem EStG 1988 erweitert. Diese Verweisung soll nun

dahingehend präzisiert werden, daß der Grundtatbestand des § 47 Abs. 1 EStG 1988 (Einhebung der Lohnsteuer, Arbeitnehmer, Arbeitgeber) in Verbindung mit Abs. 2 leg. cit. (Umschreibung des Dienstverhältnisses und des Schuldens der Arbeitskraft) zu lesen ist.

Darüber hinaus soll durch die vorgeschlagene Ausdehnung dieser Verweisung auf den ganzen Abs. 2 des § 47 EStG 1988 erreicht werden, daß in Hinkunft auch lohnsteuerpflichtige geschäftsführende Gesellschafter als Dienstnehmer nach dem ASVG gelten.

Dadurch erfolgt auch eine Harmonisierung des Steuerrechtes mit dem Sozialversicherungsrecht, die eine klare Abgrenzung zwischen der Pflichtversicherung nach dem ASVG und jener nach dem GSVG ermöglicht. Während die erwähnten lohnsteuerpflichtigen Gesellschafter (Beteiligung am Stammkapital bis zu 25% mit oder ohne Sperrminorität) künftig ausschließlich nach dem ASVG pflichtversichert sein werden, unterliegen einkommensteuerpflichtige geschäftsführende Gesellschafter (Beteiligung von mehr als 25%) in der Regel der Pflichtversicherung nach dem GSVG.

Durch eine Übergangsbestimmung wird vorgesorgt, daß die am 31. Dezember 1998 nach dem GSVG pflichtversicherten Gesellschafter so lange nach dem GSVG pflichtversichert bleiben, als sich am hiefür maßgeblichen Sachverhalt nichts ändert."

§ 47 Abs. 1 und 2 EStG 1988 lauten auszugsweise:

"§ 47. (1) Bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 25) wird die Einkommensteuer durch Abzug vom Arbeitslohn erhoben (Lohnsteuer), wenn im Inland eine Betriebsstätte (§ 81) des Arbeitgebers besteht. Arbeitnehmer ist eine natürliche Person, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht. Arbeitgeber ist, wer Arbeitslohn im Sinne des § 25 auszahlt. (...)

(2) Ein Dienstverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Ein Dienstverhältnis ist weiters dann anzunehmen, wenn bei einer Person, die an einer Kapitalgesellschaft nicht wesentlich im Sinne des § 22 Z 2 beteiligt ist, die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Z 1 lit. b vorliegen. (...)"

§ 25 Abs. 1 Z 1 EStG 1988 lautet (auszugsweise):

"§ 25. (1) Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (Arbeitslohn) sind:

1. a) Bezüge und Vorteile aus einem bestehenden oder früheren Dienstverhältnis; (...)

b) Bezüge und Vorteile von Personen, die an Kapitalgesellschaften nicht wesentlich im Sinne des § 22 Z 2 beteiligt sind, auch dann, wenn bei einer sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses (§ 47 Abs. 2) aufweisenden Beschäftigung die Verpflichtung, den Weisungen eines anderen zu folgen, auf Grund gesellschaftsvertraglicher Sonderbestimmung fehlt."

5. Der Erstbeschwerdeführer war unstrittig seit 1981 durchgängig und unverändert Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin; diese war ebenfalls durchgängig Komplementärin der K GmbH & Co (KG). Der Erstbeschwerdeführer war selbst - ebenso wie die K GmbH & Co (KG) - Inhaber einer Gewerbeberechtigung; die zweitbeschwerdeführende Partei besaß hingegen keine eigene Gewerbeberechtigung.

Entschiedene Sache liegt dann vor, wenn sich gegenüber dem früheren Bescheid weder die Rechtslage noch der wesentliche Sachverhalt geändert hat und sich das neue Parteibegehren im Wesentlichen mit dem früheren deckt (vgl. *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetz* I 2 § 68 AVG E 80). Die Sache verliert ihre Identität, wenn in den entscheidungsrelevanten Fakten bzw. in den die Entscheidung tragenden Normen wesentliche, d.h. die Erlassung eines inhaltlich anders lautenden Bescheides ermöglichende oder gebietende Änderungen eintreten (vgl. aaO E 85).

Am entscheidungswesentlichen Sachverhalt ist im Zeitraum ab dem Bescheid des Landeshauptmannes vom November 1982 keine Veränderung eingetreten. Zu prüfen ist demnach, ob eine relevante Änderung in den die Entscheidung tragenden Normen eingetreten ist.

6. Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass der Erstbeschwerdeführer zwar aufgrund der eigenen Gewerbeberechtigung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG pflichtversichert war. Da aber der zweitbeschwerdeführenden Partei keine Gewerbeberechtigung zukam (und auch sonst keine Mitgliedschaft dieser Gesellschaft zu einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft behauptet wird), lag keine Pflichtversicherung des Erstbeschwerdeführers als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei gemäß § 2 Abs. 1 Z 3 GSVG vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. April 2004, Zl. 2001/08/0003). Damit ist aber die Übergangsbestimmung des § 575 Abs. 3 ASVG betreffend eine allfällige Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG aufgrund der Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter der zweitbeschwerdeführende Partei nicht anwendbar.

7. Die wesentliche Bedeutung der Verweisung auf die Lohnsteuerpflicht nach dem EStG 1988 in § 4 Abs. 2 ASVG liegt darin, das für jene Zeiträume, für welche die Lohnsteuerpflicht der betreffenden Person nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 mit Bescheid der Finanzbehörde festgestellt ist, auch die Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG bindend feststeht. Eine solche bindende Wirkung kommt aber nur Bescheiden zu, die über die Lohnsteuerpflicht als Hauptfrage absprechen, in erster

Linie also Haftungsbescheiden gemäß § 82 EStG 1988. Ein derartiger bindender Bescheid lag im Beschwerdefall unstrittig nicht vor, sodass die belangte Behörde - wie sie richtig erkannt hat - die Lohnsteuerpflicht im Rahmen einer Vorfragenprüfung selbst zu beurteilen hatte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, Zl. 2010/08/0240, mwN).

Der Erstbeschwerdeführer war im hier zu beurteilenden Zeitraum an der zweitbeschwerdeführenden Partei mit 25%, also nicht wesentlich im Sinn des § 22 Z 2 zweiter Teilstrich EStG 1988 beteiligt. Dass die Verpflichtung, den Weisungen eines anderen zu folgen, auf Grund gesellschaftsvertraglicher Sonderbestimmung fehlen würde, geht aus den Sachverhaltsannahmen der belangten Behörde nicht hervor (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 23. Februar 2005, Zl. 2001/14/0015, und vom 20. September 2006, Zl. 2005/14/0104). Damit ist aber die Bestimmung des § 25 Abs. 1 lit. b EStG 1988 nicht anwendbar (vgl. *Doralt*, EStG12, § 25 Tz 28). Für die Frage, ob Lohnsteuerpflicht iSd § 47 EStG 1988 besteht ist daher entscheidend, ob die allgemeinen Voraussetzungen eines Dienstverhältnisses nach § 47 Abs. 2 EStG 1988 erfüllt sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2009, Zl. 2009/15/0081, betreffend den Gesellschafter-Geschäftsführer "Markus J.") .

Demnach ist für die Frage der Lohnsteuerpflicht zum einen entscheidend, ob der Erstbeschwerdeführer bei seiner Tätigkeit als Geschäftsführer in den betrieblichen Organismus des Unternehmens der Gesellschaft eingegliedert ist. Diese Eingliederung ist durch jede nach außen hin als auf Dauer angelegt erkennbare Tätigkeit hergestellt, mit welcher der Unternehmenszweck der Gesellschaft verwirklicht wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. November 2004, Zl. 2003/13/0018, mwN). Zum anderen ist aber auch erforderlich, dass Weisungsgebundenheit vorliegt. Hiezu kommt es entscheidend auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft an (vgl. neuerlich das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, Zl. 2010/08/0240, mwN).

Zur Frage der Weisungsgebundenheit hat die belangte Behörde aber keine Feststellungen getroffen, vielmehr ausgeführt, dass das Vorliegen eines Verhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht zu prüfen sei, wobei insbesondere die Frage der persönlichen Abhängigkeit auch die Prüfung der Gebundenheit an persönliche Weisungen umfassen würde.

8. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass nicht erkennbar ist, dass der Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 16. September 2009 ein Berichtigungsbescheid zum Bescheid vom 13. Juli 2009 wäre. Der Bescheid vom 16. September 2009 enthält keine Ausführungen dazu, dass im Bescheid vom 13. Juli 2009 ein Schreib- und Rechenfehler oder eine diesen gleichzuhaltende, offenbar auf einem Versehen beruhende Unrichtigkeit (§ 62 Abs. 4 AVG) vorliege.

Damit wurde aber mit dem Bescheid vom 16. September 2009, mit welchem neuerlich die Pflichtversicherung des Erstbeschwerdeführers auf Grund seiner Geschäftsführertätigkeit für die zweitbeschwerdeführende Partei ausgesprochen wurde, gegen die Unwiederholbarkeit eines Bescheides (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 25. Juni 2013, Zl. 2011/08/0346) verstoßen.

9. Spruchpunkt I des angefochtenen Bescheides erweist sich damit als inhaltlich rechtswidrig und war sohin gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben, im Übrigen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof ungeachtet des - hier vorliegenden - Parteienantrages von einer Verhandlung absehen, wenn der angefochtene Bescheid nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben ist; darüber hinaus kann der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 39 Abs. 1 Z 6 VwGG von einer Verhandlung absehen, wenn die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und wenn nicht Art. 6 Abs. 1 EMRK dem entgegensteht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Entscheidung vom 18. Juli 2013, Zl. 56422/09, *Schädler-Eberle*, Rz 97 ff, unter Hinweis auf seine Vorjudikatur das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung dann als mit der EMRK vereinbar erklärt, wenn besondere Umstände ein Absehen von einer solchen Verhandlung rechtfertigen. Ein derartiger Fall liegt hier vor, da der Sachverhalt - soweit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren relevant - unbestritten ist und die Beschwerde keine Rechtsfragen aufwirft, deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Von der beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte daher abgesehen werden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008. Das Mehrbegehren ("Gebühr von EUR 220,--") war wegen der auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden sachlichen Abgabefreiheit (§ 110 ASVG) abzuweisen.

Wien, am 13. November 2013