

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

27.07.2015

Geschäftszahl

2013/08/0108

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Pürgy als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Krawarik, über die Beschwerde der A GmbH in K, vertreten durch die Dr. Reinhard Tögl Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Neutorgasse 47, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 24. Mai 2013, Zl. BMASK- 426295/0001-II/A/3/2011, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. M H in M,

2. Pensionsversicherungsanstalt in W, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in W, 4. Steiermärkische Gebietskrankenkasse in G), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Bescheid vom 19. November 2009 stellte die viertmitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass der erstmitbeteiligte MH im Zeitraum vom 1. Juni 2004 bis 1. Juli 2007 auf Grund seiner Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei der Voll-(Kranken-, Pensions- und Unfall-) sowie Arbeitslosenversicherung unterlag (Spruchpunkt I) und dass die beschwerdeführende Partei zur Entrichtung von allgemeinen Beiträgen, Nebenumlagen, Sonderbeiträgen und Zuschlägen für jeweils näher bezeichnete Zeiten sowie von Verzugszinsen in der Höhe von insgesamt EUR 72.264,09 verpflichtet ist (Spruchpunkt II).

1.2. Dem gegen diesen Bescheid von der beschwerdeführenden Partei erhobenen Einspruch gab die im Devolutionsweg zuständig gewordene belangte Behörde keine Folge.

Die belangte Behörde stellte fest, MH sei seit 24. April 2004 handelsrechtlicher Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei (GmbH) und gleichzeitig mit 25 % an ihr beteiligt. Für die Tätigkeit als Geschäftsführer habe er kein Entgelt erhalten. Gewerberechtlicher Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei sei AP. Bis Ende Juni 2007 habe MH ebenfalls ein Einzelunternehmen im Bereich Personalleasing betrieben. Auch für dieses Unternehmen sei AP der gewerberechtliche Geschäftsführer gewesen. MH habe jedoch nicht nur als handelsrechtlicher Geschäftsführer für die beschwerdeführende Partei fungiert, sondern sei von ihr auch als Montagearbeiter in andere Unternehmen "entsandt" worden. In diesen Beschäftigerunternehmen sei er deren Weisungen unterlegen und in den Betrieb eingegliedert gewesen. Ebenso habe er die Betriebsmittel (Werkzeuge) der Beschäftigerunternehmen verwendet. Der Lohn für diese Tätigkeiten sei diesen Betrieben von der beschwerdeführenden Partei in Rechnung gestellt worden. MH habe dafür Honorarnoten an die beschwerdeführende Partei gelegt und die Einkünfte als Erlöse in seiner Einnahmen- und Ausgabenrechnung als Einzelunternehmer verbucht. Die beschwerdeführende Partei sei alleinige Auftraggeberin des Einzelunternehmens von MH gewesen. Die Räumlichkeiten und Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei seien MH als Einzelunternehmer unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden. Die beschwerdeführende Partei habe die Aufträge an MH vergeben, daraufhin sei dieser als Leiharbeiter bei verschiedenen Unternehmen und deren Baustellen als Montagearbeiter tätig gewesen. MH habe keine einzeln abgegrenzten Werke erbracht, sondern eine laufende Tätigkeit geschuldet. Die Arbeiten seien von ihm entweder gemeinsam mit Beschäftigten der Entleihfirmen oder mit anderen Leiharbeitern der beschwerdeführenden Partei unter Leitung und Aufsicht von Angestellten der Entleihfirmen verrichtet worden. Zeitaufzeichnungen (Stempelkarten) und Montageberichte seien verpflichtend gewesen und auch von Organen der Entleihfirmen kontrolliert worden. Ab

Juli 2007 sei MH nicht mehr als Einzelunternehmer, sondern als Dienstnehmer für die beschwerdeführende Partei tätig gewesen, wobei sich dabei weder qualitativ noch quantitativ eine Änderung zur bisher ausgeübten Tätigkeit und Ablauforganisation ergeben habe. Der Unterschied zum davor ausgeübten System sei gewesen, dass MH ab diesem Zeitpunkt keine Rechnungen mehr gestellt habe, sondern unmittelbar als unselbständig Beschäftigter entlohnt worden sei.

Der festgestellte Sachverhalt ergebe sich aus den Verwaltungsakten, dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag der beschwerdeführenden Partei sowie der Einvernahme des MH durch die viertmitbeteiligte Gebietskrankenkasse am 29. Juni 2009. Die Aussagen des MH seien umfassend, glaubwürdig und nachvollziehbar gewesen, weshalb sich eine weitere Einvernahme - wie von der beschwerdeführenden Partei gefordert - als nicht nötig und zweckmäßig erwiesen habe. Hingegen seien von der beschwerdeführenden Partei trotz mehrerer Möglichkeiten zur Stellungnahme die von ihr als Beweis genannten Unterlagen nicht vorgelegt worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass MH in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei in der verfahrensgegenständlichen Zeit sozialversicherungsrechtlich kein Dienstnehmer gewesen sei, weil er dafür kein Entgelt erhalten habe und somit ein wesentliches Tatbestandselement des § 4 Abs. 2 ASVG fehle. Hinsichtlich seiner Tätigkeit als Montagearbeiter ging die belangte Behörde hingegen von einer Zurechnung als Dienstnehmer der beschwerdeführenden Partei aus, womit auch § 1 Abs. 1 lit. a AIVG zur Anwendung komme. MH sei nicht direkt als entsandter Montagearbeiter tätig gewesen, sondern im Umweg über sein eigenes Personalentsendungseinzelunternehmen, dessen einziger Zweck offensichtlich die Zurverfügungstellung seiner Person als Arbeitskraft gewesen sei und das in der Folge die entsprechenden Honorare eingefordert habe. MH sei durch sein eigenes Unternehmen nicht an andere Auftraggeber weitervermittelt worden. Über den Umweg der Vermittlung durch seine eigene Firma habe er in einem zeitlichen Ausmaß für die beschwerdeführende Partei gearbeitet, sodass für weiteres unternehmerisches Tätigwerden kein Spielraum mehr geblieben sei. Überdies sei das Unternehmen des MH in den örtlichen Standort und die Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei eingegliedert gewesen, ohne dass dafür Miete oder ein Nutzungsentgelt verrechnet worden sei. Ein wesentliches Unternehmerrisiko auf Grund der Führung des Einzelunternehmens könne nicht erkannt werden. Da das Einzelunternehmen des MH offensichtlich keinen anderen Zweck habe, als die Arbeitskraft des MH an die beschwerdeführende Partei zu überlassen, sei davon auszugehen, dass kein selbständiges Tätigwerden des MH vorliege und die beschwerdeführende Partei selbst die Funktion einer Überlasserin im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes habe. Ihr komme gemäß § 3 Abs. 3 iVm § 5 AÜG die Eigenschaft der sozialversicherungsrechtlichen Dienstgeberin zu. Dem Einwand, MH treffe im Verhältnis zur beschwerdeführenden Partei keine persönliche Arbeitspflicht, weil er auch einzelne Aufträge ablehnen könne, hielt die belangte Behörde entgegen, dass selbst ein Arbeitnehmer eines Leihunternehmens, der grundsätzlich einer persönlichen Arbeitspflicht unterliege, einzelne Überlassungen ablehnen könne. Schließlich sei MH in einem solchen zeitlichen Ausmaß für die beschwerdeführende Partei tätig gewesen, dass rückwirkend und in Zusammenhang mit der begründeten Annahme, dass mit der Vermittlung durch sein Einzelunternehmen eine Umgehung vorgelegen sei, eine persönliche Arbeitspflicht angenommen werden könne.

1.3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

1.4. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor. Die viertmitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift und beantragte - wie die belangte Behörde - die Abweisung der Beschwerde.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

2.1. Gemäß § 79 Abs. 11 VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert (vollversichert). Dienstnehmer ist, 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 (§ 4 Abs. 2 ASVG).

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs- oder Lehrverhältnis 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.

2.2. Die beschwerdeführende Partei bringt vor, es liege im vorliegenden Fall weder eine persönliche Arbeitspflicht des MH noch eine Eingliederung in ihren Betrieb vor. Die belangte Behörde sei dem Antrag der beschwerdeführenden Partei, MH zur Frage der persönlichen Arbeitspflicht einzuvernehmen, nicht

nachgekommen. Da nicht geprüft worden sei, ob und wie oft MH Aufträge abgelehnt oder an Dritte weitergegeben habe, liege ein Verfahrensmangel vor. Eine inhaltliche Rechtswidrigkeit sieht die beschwerdeführende Partei darin, dass die belangte Behörde die persönliche Arbeitspflicht des MH überhaupt nicht geprüft und keine - nach § 4 Abs. 2 ASVG und § 2 Abs. 1 GSVG gebotene - abwägende Gesamtbeurteilung durchgeführt habe. Eine solche mache es notwendig, alle typischen Merkmale zu prüfen und zu sichten. Neben dem Ablehnungsrecht sei nicht berücksichtigt worden, dass MH alle Auslagen habe selbst tragen müssen und an keine Weisungen und Arbeitszeiten gebunden gewesen sei.

2.3. Soweit die beschwerdeführende Partei das Unterbleiben der Einvernahme durch die belangte Behörde des MH rügt, unterlässt sie es, die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels konkret darzulegen. Sie bringt insbesondere nicht vor, was MH über seine Aussagen hinaus zur Frage der persönlichen Abhängigkeit hätte beitragen können.

Auch mit ihrem Vorbringen, der angefochtene Bescheid leide an inhaltlicher Rechtswidrigkeit, ist die beschwerdeführende Partei nicht im Recht:

Ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG liegt nicht vor, wenn keine persönliche Arbeitspflicht und damit keine persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG besteht. Dies ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. zB das hg. Erkenntnis vom 31. Juli 2014, 2012/08/0253) der Fall, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt (dieses spielt insbesondere bei der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten eine Rolle) oder wenn dem Beschäftigten ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt (was für die Abgrenzung zwischen persönlich abhängigen und persönlich unabhängigen unselbständigen Erwerbstätigkeiten Bedeutung erlangen kann).

Hier ist keine der beiden Konstellationen gegeben.

Dass nämlich eine generelle Vertretungsbefugnis - selbst wenn sie vereinbart worden wäre - tatsächlich gelebt wurde oder ernsthaft mit einer Inanspruchnahme gerechnet werden konnte, hat weder die belangte Behörde festgestellt, noch wird dies von der beschwerdeführenden Partei konkret vorgebracht. Die beschwerdeführende Partei legt vor allem nicht näher dar, dass MH in seinem Personalentsendungseinzelunternehmen tatsächlich Arbeitnehmer beschäftigt habe, und er somit de facto überhaupt in der Lage gewesen wäre, an seiner Stelle einen Leiharbeiter zu entsenden. Die von MH mit der Konstruktion des Einzelunternehmens offenbar bloß beabsichtigte Vermittlung der eigenen Arbeitskraft widerspricht im Übrigen dem allgemein geltenden Grundsatz, dass ein Dienstgeber nicht gleichzeitig sein eigener Dienstnehmer sein kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. Februar 1997, 96/08/0009).

Hinsichtlich des "sanktionslosen Ablehnungsrechts" zeigt die beschwerdeführende Partei ebenfalls nicht auf, dass MH Aufträge tatsächlich abgelehnt hätte. Die belangte Behörde stützt sich hier auf § 2 Abs. 2 AÜG, wonach jede Arbeitskräfteüberlassung der Zustimmung der betreffenden Arbeitskraft bedarf, und leitet aus dieser Bestimmung zutreffend ab, dass selbst Arbeitnehmer eines Leihunternehmens, die grundsätzlich einer persönlichen Arbeitspflicht unterliegen, einzelne Überlassungen ablehnen können. Schon deshalb lässt sich im vorliegenden Fall aus dem Argument, MH sei ein Ablehnungsrecht zugekommen, nichts für die Frage seiner persönlichen Arbeitspflicht gewinnen.

Soweit die beschwerdeführende Partei vorbringt, MH sei ihr gegenüber an keine Weisungen und Arbeitszeiten gebunden gewesen, ist ihr zu entgegnen, dass in den Fällen einer Arbeitskräfteüberlassung die Tatbestandselemente aus dem Verhältnis zum Beschäftigten, die für ein Dienstverhältnis sprechen, auch dem Überlasser als eigentlichen Dienstgeber zuzurechnen sind (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 1. April 2009, 2006/08/0113, und vom 16. März 2011, 2008/08/0153). Dass MH im vorliegenden Fall seine Montagearbeiten in den betreffenden Entleihfirmen unter Leitung und Aufsicht der dortigen Angestellten verrichtete, ergibt sich aus den - auch von der beschwerdeführenden Partei nicht bestrittenen - Feststellungen der belangten Behörde.

Auch der Rüge der beschwerdeführenden Partei, es sei nicht berücksichtigt worden, dass MH alle mit seiner Tätigkeit verbundenen Auslagen habe selbst tragen müssen, steht die - auf Aussagen des MH beruhende und auf dem Boden einer nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung getroffene - Feststellung der belangten Behörde entgegen, dass MH die Räumlichkeiten und die Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden sind.

Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (zB in einem Werk- oder freien Dienstverhältnis) - nur beschränkt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, 96/08/0351, mwN).

Ausgehend von der begründeten Annahme, dass es sich beim Einzelunternehmen des MH um eine Scheinkonstruktion handelt, deren einziger Zweck offenbar die Zurverfügungstellung seiner Person als Arbeitskraft sein sollte, kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie in

Gesamtbetrachtung der Umstände der vorliegenden Tätigkeit des MH für die beschwerdeführende Partei von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit ausgegangen ist.

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

2.5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der (auf "Altfälle" gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014, weiter anzuwendenden) VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 27. Juli 2015

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2015:2013080108.X00