

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

19.10.2015

Geschäftszahl

2013/08/0185

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2013/08/0192

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten sowie die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Pürgy als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gruber, über die Beschwerden 1. der Wiener Gebietskrankenkasse in Wien, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30/3, als Erstbeschwerdeführerin und Fünftmitbeteiligte (protokolliert zur hg. Zl. 2013/08/0185), und 2. der Ö GmbH in Wien, vertreten durch Dr. Josef Deimböck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Wiesingerstraße 3/13, als Zweitbeschwerdeführerin und Viertmitbeteiligte (protokolliert zur hg. Zl. 2013/08/0192), gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 24. Juli 2013, Zl. BMASK-520294/0001- II/A/3/2013, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. DI G K in Wien,

2. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65-67), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführenden Parteien haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 je zur Hälfte binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die erstbeschwerdeführende Partei hat der viertmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung**I.**

1.1. Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass der erstmitbeteiligte DI K auf Grund seiner Tätigkeit für die Zweitbeschwerdeführerin im Zeitraum vom 1. März 2009 bis 31. August 2009 als freier Dienstnehmer der Pflichtversicherung in der Voll- und Arbeitslosenversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG und § 1 Abs. 8 AIVG unterlag.

1.2. Bei der Zweitbeschwerdeführerin handle es sich um eine im Firmenbuch eingetragene GmbH mit dem Geschäftszweig "Kunststoffrecycling". Alleingesellschafter sei der Verein ÖK. Mit Gesellschafterbeschluss vom 25. Februar 2009 habe man DI K zum alleinvertretungsbefugten (handels- und gewerberechtigten) Geschäftsführer der GmbH bestellt. Der zu diesem Zweck zwischen der Zweitbeschwerdeführerin und DI K abgeschlossene, als "Werkvertrag" betitelte Vertrag laute auszugsweise wie folgt:

"§ 1

1) Herr Dipl. Ing. K(...) übernimmt es, ab 25. Februar 2009 die Geschäftsführeragenden der Gesellschaft im Rahmen des Unternehmensgegenstandes nach den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und der Wirtschaftlichkeit bestmöglich zu besorgen. Er ist beauftragt, die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft wiederaufzunehmen und die

Gesellschaft wiederum in ein operatives Unternehmen umzugestalten. Herr Dipl. Ing. K(...) ist dabei an keinerlei Weisungen hinsichtlich der einzelnen zu ergreifenden Maßnahmen gebunden; er hat jedoch Gesellschafterbeschlüsse zu beachten.

Dipl. Ing. K(...) ist verpflichtet, laufend dem Obmann des Vereins (...) über sämtliche Geschäftsführungssachen der Gesellschaft im Rahmen des Unternehmensgegenstandes zu berichten, dies auf Verlangen auch in schriftlicher Form.

Insbesondere ist es dem Auftragnehmer untersagt, für die Gesellschaft oder den alleinigen Gesellschafter der Gesellschaft, Geschäfte welcher Art auch immer, abzuschließen, die ein rechtliches Risiko für die Gesellschaft oder den alleinigen Gesellschafter der Gesellschaft, mit sich bringen bzw. Geschäfte, aus denen nachträglich ein Verlust resultiert.

(...)

2) Herr Dipl. Ing. K(...) wird für die der Gesellschaft erteilten Gewerbeberechtigungen die Funktion des gewerberechtigten Geschäftsführers übernehmen. Sollte er für einzelne Berechtigungen nicht über die persönlichen Voraussetzungen verfügen, so hat er zu entscheiden, ob die relevante Berechtigung ruhend gestellt wird oder ob ein anderer befugter gewerberechtigter Geschäftsführer namhaft zu machen ist.

§ 2

1) Der Geschäftsführer wird von seinem privaten Wohnsitz aus tätig werden und seine eigenen Betriebsmittel (Büromöbel, Computer, Telefon, Kraftfahrzeug) zur Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit heranziehen.

2) Herr Dipl. Ing. K(...) ist an keine feste oder in ihrem Ausmaß bestimmte Arbeitszeit gebunden, er entscheidet frei darüber, wann und wo seine Anwesenheit und sein Tätigwerden notwendig oder zweckmäßig sind, dies selbstverständlich unter Bedachtnahme auf das Wohl der Gesellschaft und des von ihm übernommenen Auftrages

3) Demzufolge steht Herrn Dipl. Ing. K(...) auch kein eigener Urlaubsanspruch zu; vielmehr steht es ihm frei, sich in den Zeiträumen zu erholen, in denen seine Anwesenheit nach eigener Einschätzung nicht erforderlich ist.

4) Bei der Erfüllung seines Vertrages kann sich Herr Dipl. Ing. K(...) auch eines geeigneten Vertreters bedienen, die hierfür allenfalls anfallenden Kosten hat Herr Dipl. Ing. K(...) zu tragen. Zwischen dem geeigneten Vertreter und der ÖKKs entsteht für diesen Fall kein wie immer geartetes Vertragsverhältnis.

§ 3

1) Die Geschäftsführerbestellung erfolgte befristet bis zum Zeitpunkt der Abhaltung der ordentlichen, jährlichen Generalversammlung des alleinigen Gesellschafters der (...), das ist der 'Verein (...)'. Demgemäß endet dieser Werkvertrag ohne weitere Kündigung mit dem Zeitpunkt der Abhaltung dieser Generalversammlung; diese wird (voraussichtlich) am 15. September 2009 stattfinden. Über eine Verlängerung dieses Vertrages wird gegebenenfalls im Rahmen dieser Generalversammlung entschieden.

2) (...)

§ 4

1) Für seine Geschäftsführertätigkeit erhält Herr Dipl. Ing. K(...) für den Zeitraum vom 1. März 2009 bis zum Zeitpunkt der der Generalversammlung (§ 3 Abs. 1) ein Pauschalhonorar von EUR 50.000,00 (EUR fünfzigtausend); das Honorar ist in sechs monatlichen Teilbeträgen von je EUR 7.500,00 für die Monate März bis August 2009 und in einer Abschlusszahlung EUR 5.000,00 für den Monat September 2009 zu entrichten.

2) Das vorgenannte Pauschalhonorar bedeckt die Vergütung für die von Herrn Dipl. Ing. K(...) erbrachte Leistung und aller ihm im Zusammenhang mit der Geschäftsführertätigkeit und der Nutzung seiner im Privateigentum stehenden Betriebsmittel anfallenden Kosten. Ausgenommen hiervon sind die in Abs 3) erwähnten Reisekosten und Ausgaben im Interesse der Gesellschaft, die gesondert vergütet werden.

3) (...)

§ 5

1) Herr Dipl. Ing. K(...) hat alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, insbesondere Geschäftsergebnisse, Arbeitsmethoden, Bezugs- und Absatzverbindungen, Kalkulationen und Preise geheim zu halten und anderen nur mitzuteilen, soweit sie durch ihre dienstliche Tätigkeit zur Empfangnahme solcher Mitteilungen berufen sind. Die Verpflichtung zur Geheimhaltung besteht auch nach Auflösung dieses Vertragsverhältnisses weiter.

2) Herr Dipl. Ing. K(...) hat alle das Geschäft betreffende Schriftstücke - auch soweit sie an ihn persönlich gerichtet sind - sowie seine sämtlichen geschäftlichen Notizen als Eigentum der Gesellschaft zu behandeln und dieses gesamte Material, nebst daraus gefertigten Auszügen und Abschriften, auf Verlangen jederzeit, jedenfalls aber bei Beendigung des Werkvertrages, der Gesellschaft zu übergeben. Ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm hieran nicht zu.

§ 6

1) (...)

2) Da es sich beim gegenständlichen Auftragsverhältnis um einen Werkvertrag im Sinne des § 1151 ABGB handelt, wird nochmals ausdrücklich darauf verwiesen, dass keine Lohnsteuer einbehalten wird und der Auftragnehmer für die Versteuerung des Honorars im Rahmen der Einkommenssteuererklärung selbst zu sorgen hat. Auch erfolgt seitens der (...) keine Anmeldung zu einem Sozialversicherungsträger. Der Auftragnehmer hat selbst bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft das Vorliegen von Erwerbseinkünften zu melden und die hierfür anfallenden Beiträge aus eigenem zu entrichten.

3) Für dieses Vertragsverhältnis gelten nicht die einschlägigen arbeitsrechtlichen Normen; Kollektivverträge, das ArbVG, das AngG, das UrlG, das EFZG, das BMVG u.a.m. sind daher nicht anzuwenden.

(...)"

Tatsächlich habe sich das Vertragsverhältnis so gestaltet, dass DI K als bestellter Geschäftsführer mit Auftrag, die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft wiederaufzunehmen und die Gesellschaft wiederum in ein operatives Unternehmen umzugestalten, nur etwaigen Gesellschafterbeschlüssen und einer daraus resultierenden Berichtspflicht unterworfen gewesen sei. Hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten habe keine Weisungsbindung bestanden. Eine Vertretung sei nicht ausgeschlossen gewesen, eine tatsächliche Vertretung habe im gegenständlichen Zeitraum nicht stattgefunden.

DI K habe seine Tätigkeit im eigenen Büro ausgeübt. Es sei ihm kein Urlaubsanspruch zugestanden, vielmehr habe er sich seine Erholungszeiten frei einteilen können. Es sei im Vertrag eine Geheimhaltungspflicht vereinbart worden. Von den vertraglich vereinbarten EUR 50.000,-- Pauschalhonorar seien EUR 32.160,-- auf den gegenständlichen Zeitraum entfallen.

Am 6. März 2009 habe sich DI K bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) zur Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG angemeldet. Mit Schreiben vom 3. April 2009 sei ihm von der SVA mitgeteilt worden, dass vorläufig keine Pflichtversicherung nach dem GSVG festgestellt werden könne und DI K in dringenden Leistungsfällen mit der erstbeschwerdeführenden Wiener Gebietskrankenkasse aufnehmen solle. Auf Grund einer Anfrage der SVA habe die Erstbeschwerdeführerin DI K ersucht, sein Vertragsverhältnis mit Hilfe eines Fragebogens zu beschreiben. Das Ergebnis sei der Zweitbeschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht und diese um schriftliche Stellungnahme ersucht worden. Hinsichtlich des im Anschluss von der Erstbeschwerdeführerin erlassenen Bescheides habe DI K mitgeteilt, keine inhaltlichen Einwände erheben zu wollen.

1.3. In rechtlicher Hinsicht verneinte die belangte Behörde zunächst das Vorliegen eines Werkvertrages. Ein solcher sei als Zielschuldverhältnis ausgestaltet, was bedeute, dass der Vertrag dann erfüllt sei, wenn das Werk zu einem im Vertrag festgesetzten Termin übergeben werde und für den Fall, dass der Termin nicht eingehalten werden könne, gewährleistungsrechtliche Bestimmungen normiert worden seien. Im gegenständlichen Fall sei aber kein bestimmter Termin, zu dem DI K "die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft wiederaufgenommen und die Gesellschaft wiederum in ein operatives Unternehmen umgestaltet" haben soll, vereinbart worden. Vielmehr sei die Bestellung zum Geschäftsführer befristet erfolgt und zwar bis zum Zeitpunkt der Abhaltung der ordentlichen (jährlichen) Generalversammlung des Vereins ÖK. Für diese sei ein (voraussichtlicher) Termin genannt und eine Verlängerung des Vertrages in Aussicht gestellt worden. All diese Umstände wiesen auf das Vorliegen eines (befristeten) Dauerschuldverhältnisses hin, was der Qualifikation des Vertrages als Werkvertrag entgegenstehe.

Die belangte Behörde prüfe daher, ob ein echtes Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ASVG vorliege. Dazu hielt sie fest, dass die Formulierung im Vertrag, wonach "der Geschäftsführer von seinem privaten Wohnsitz aus tätig werde(n)", nicht als persönliche Weisung hinsichtlich des Arbeitsortes zu werten sei. Die im Vertrag erwähnte Weisungsbindung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschafter der Zweitbeschwerdeführerin ("er hat jedoch Gesellschafterbeschlüsse zu beachten") sei als sachliches Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber dem, hier gar nicht beteiligten Geschäftsführer nach § 20 Abs. 1 GmbHG zu deuten. Dieses sachliche Weisungsrecht müsse vom persönlichen Weisungsrecht unterschieden werden und begründe nicht sofort ein Dienstverhältnis in persönlicher Abhängigkeit. Die laut Vertrag bestehende Pflicht des DI K, dem Obmann des Vereins ÖK monatlich über seine Tätigkeit zu berichten (auf Verlangen auch schriftlich), sei Ausfluss des sachlichen Weisungsrechts der Gesellschafter, weshalb daraus im gegenständlichen Fall keine persönliche Abhängigkeit abgeleitet werden könne. Im Vertrag sei eine generelle Vertretungsbefugnis dahin festgelegt worden, dass sich DI K (auf eigene Kosten) eines Vertreters bedienen könne und zwischen der Zweitbeschwerdeführerin und dem Vertreter kein Vertragsverhältnis entstehe. Allerdings finde sich im Vertrag auch eine Bestimmung, die eine Geheimhaltungspflicht normiere. Diese schließe eine generelle Vertretungsbefugnis aus. Somit könne das vertraglich festgelegte Vertretungsrecht nicht als Indiz für eine persönliche Unabhängigkeit des DI K angesehen werden. Da aber dennoch die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit, allen voran der vertragliche Ausschluss von Weisungen hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten, überwiegen, sei im gegenständlichen Fall die persönliche Abhängigkeit des DI K zu verneinen. Nachdem laut Auskunft des zuständigen Finanzamtes für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum kein Verfahren betreffend einer Lohnsteuerpflicht des DI K als Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin anhängig gewesen sei, könne auch nicht nach § 4 Abs. 2 dritter Satz ASVG auf eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit geschlossen werden.

Da keine persönliche Abhängigkeit des DI K vorliege, sei zu prüfen, ob sein Vertragsverhältnis zur Zweitbeschwerdeführerin als freies Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 4 ASVG angesehen werden könne.

Die erste Voraussetzung dafür, nämlich das Vorliegen einer vertraglichen Verpflichtung zur Dienstleistung, sei gegeben. DI K schulde die Erbringung einer Dienstleistung (Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit der Zweitbeschwerdeführerin und ihrer Umgestaltung in ein operatives Unternehmen). Es handle sich dabei um ein (befristetes) Dauerschuldverhältnis und um kein Zielschuldverhältnis. Auch sei eine im Wesentlichen persönliche Dienstleistung zu erbringen. Dieses Kriterium fehle nur bei einer gänzlichen Weitergabe der vertraglich zugesagten Tätigkeit. Da aber DI K während seiner Zeit als Geschäftsführer für die Zweitbeschwerdeführerin die Tätigkeit selbst erbracht habe, sei es hier als gegeben zu erachten.

Hingegen seien keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel eingesetzt worden. Im Vertrag habe man vereinbart, dass DI K von seinem privaten Wohnsitz aus tätig werde und dabei seine eigenen Betriebsmittel verwenden solle, was auch tatsächlich geschehen sei. Als benötigte Betriebsmittel stünden im Vertrag als Beispiele Büromöbel, Computer, Telefon und Kraftfahrzeug. Die Betriebsmittel müssten, um als wesentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG zu gelten, allerdings so gestaltet sein, dass sie über Mittel des allgemeinen täglichen Gebrauchs hinausgehen. Da die angeführten Betriebsmittel allesamt auch Gegenstände des täglichen Gebrauchs seien, müsse hier vom Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel ausgegangen werden. Das Kraftfahrzeug sei bei der gegenständlichen Tätigkeit nur in Ausnahmefällen für Reisen verwendet worden; es bilde kein wesentliches Betriebsmittel für die Tätigkeit eines Geschäftsführers.

Das Vorliegen einer qualifizierten Dienstgebereigenschaft als weiteres Tatbestandsmerkmal für die Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer könne bejaht werden. DI K sei als Geschäftsführer bei der Zweitbeschwerdeführerin beschäftigt gewesen, was jedenfalls zu deren beruflicher Sphäre zähle.

Schließlich läge keine anderwärtige Pflichtversicherung für die Tätigkeit des DI K vor. Im vorliegenden Fall sei - abgesehen von der bereits verneinten Pflichtversicherung als echter Dienstnehmer nach § 4 Abs. 1 und 2 ASVG - nur eine Pflichtversicherung als (neuer) Selbständiger nach dem GSVG denkbar. Dies sei jedoch zu verneinen, weil die SVA auf die Anmeldung zur Pflichtversicherung durch DI K mitgeteilt habe, dass "vorläufig keine Pflichtversicherung festgestellt werden kann".

Nachdem auch die Entgeltlichkeit unstrittig gegeben sei, lägen alle Voraussetzungen des § 4 Abs. 4 ASVG vor, weshalb DI K auf Grund seiner Geschäftsführertätigkeit für die Zweitbeschwerdeführerin als freier Dienstnehmer im Sinne der genannten Bestimmung anzusehen sei.

2. Gegen diesen Bescheid richten sich die jeweils Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerden.

3. Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor. Die Zweitbeschwerdeführerin erstattete im Verfahren Zl. 2013/08/0185 eine Gegenschrift und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde der erstbeschwerdeführenden Gebietskrankenkasse.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat beide Beschwerden auf Grund des sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat darüber erwogen:

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 die vorliegenden Fälle zu.

Nach § 4 Abs. 1 ASVG sind (unter anderem) die bei einem Dienstgeber beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert. Gemäß § 4 Abs. 2 leg. cit. 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.

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen - unter in dieser Bestimmung näher genannten weiteren Voraussetzungen - den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen.

2. Obwohl bei einer GmbH, die als juristische Person ihre Funktionen nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe wahrnehmen kann, der Geschäftsführer der Gesellschaft als ein solches Organ grundsätzlich ihre Dienstgeberfunktion ausüben hat (§ 18 GmbHG), kann er nach ständiger Rechtsprechung - unabhängig davon, ob er gleichzeitig auch Gesellschafter ist und es sich daher bei ihm um einen Gesellschafter-Geschäftsführer handelt oder ob es ein Fremd-Geschäftsführer ist - Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. November 2007, 2005/08/0051, mwN).

Ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG kommt freilich von vornherein dann nicht in Betracht, wenn dem Geschäftsführer kraft Gesellschafterstellung ein maßgebender Einfluss auf die Gestion des Unternehmens im hier maßgeblichen Sinne zukommt; das trifft etwa zu, wenn er kraft Gesetzes (zB als Mehrheitsgesellschafter) oder kraft Gesellschaftsvertrages (kraft Minderheitsrechtes in diesen Belangen) bestimmte Weisungen an die Geschäftsführung herbeiführen oder zumindest persönliche Weisungen der Generalversammlung an ihn verhindern kann.

Ein solcher Fall liegt gegenständlich nicht vor. Alleingesellschafter der zweitbeschwerdeführenden GmbH ist der Verein ÖK. Bei DI K handelt es somit um einen Fremd-Geschäftsführer.

3.1. Im vorliegenden Fall wendet sich die Zweitbeschwerdeführerin gegen die Annahme der belangten Behörde, es liege ein befristetes Dauerschuldverhältnis vor, weshalb es sich um keinen Werkvertrag handeln könne. Nach Auffassung der Zweitbeschwerdeführerin sei DI K zur Erbringung eines Werkes und nicht zur Erbringung einer Dienstleistung beauftragt worden. Seine Entlohnung habe man nicht auf der Basis der erbrachten Arbeitsleistung ausgemessen, sondern pauschal für den erteilten Auftrag gewährt. Es handle sich somit um ein Zielschuldverhältnis und nicht um ein Dauerschuldverhältnis. DI K sei nicht einer persönlichen Weisungsgebundenheit unterlegen.

3.2. Mit diesem Vorbringen ist die Zweitbeschwerdeführerin nicht im Recht:

Mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits hat sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, VwSlg. Nr. 10.140 A, grundlegend beschäftigt und - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 12. September 2012, 2010/08/0133, mwN).

Die belangte Behörde ist entgegen dem Beschwerdevorbringen zu Recht davon ausgegangen, dass der Vertrag betreffend die Übernahme der Geschäftsführungsagenden der Zweitbeschwerdeführerin durch DI K - ungeachtet der Bezeichnung (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, 2009/08/0188) - nicht als Werkvertrag zu qualifizieren war. Vom Vorliegen eines im Vertrag im Vorhinein konkretisierten und individualisierten Werkes im Sinn einer in sich geschlossenen Einheit kann bei dieser Tätigkeit nämlich nicht gesprochen werden. Vielmehr hat DI K der Zweitbeschwerdeführerin seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Bei der hier gegenständlichen Leistung, nämlich der Übernahme der Geschäftsagenden der GmbH mit dem Auftrag, "die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft wiederaufzunehmen und die Gesellschaft wiederum in ein operatives Unternehmen umzugestalten", ist auch kein Maßstab ersichtlich, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Erfüllungsansprüche bei Nichtherstellung oder Gewährleistungsansprüche bei mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten, zumal der "Auftrag" an DI K im vorliegenden Vertrag auch nicht näher konkretisiert wurde. Ein der für den Werkvertrag essenziellen Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg der Geschäftsführertätigkeit ist somit nicht messbar, weshalb von einem individualisierbaren "Werk" nicht ausgegangen werden kann. Es liegt vielmehr ein Vertrag über eine Dienstleistung vor. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass - wie der Verwaltungsgerichtshof in einer steuerrechtlichen Angelegenheit ausgesprochen hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Juli 1998, 97/13/0169) - der Anstellung des Geschäftsführers einer GmbH nicht allein ein Dienstvertrag, sondern auch ein Werkvertrag zugrunde liegen kann.

Die von der Zweitbeschwerdeführerin ins Treffen geführte Art der Entgeltleistung, nämlich konkret das Fehlen eines vereinbarten Stunden- oder Tagsatzes, ist für die hier vorzunehmende Abgrenzung zwischen Werk und Dienstleistung nicht entscheidend.

3.3. Die Zweitbeschwerdeführerin bringt in Hinblick auf den von ihr behaupteten Werkvertrag weiters vor, durch die in § 2 Abs. 2 des Vertrages normierte Vertretungsbefugnis durch geeignete Personen auf Kosten des Geschäftsführers könne kein Zweifel bestehen, dass DI K keineswegs zur persönlichen Tätigkeit verpflichtet gewesen sei, sondern ungeachtet der Verschwiegenheitspflicht dritte Personen mit der Vertretung haben beauftragen können.

3.4. Auch mit diesem Vorbringen zeigt die Zweitbeschwerdeführerin keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf:

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Juli 2013, 2013/08/0124). Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg. 17.185/A).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt unter anderem dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, zB im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 26. August 2014, 2012/08/0100, mwN).

Im vorliegenden Fall ist in § 4 Abs. 4 des Vertrages zwar vorgesehen, dass sich DI K eines geeigneten Vertreters bedienen kann. Ein - seine persönliche Arbeitspflicht ausschließendes - generelles Vertretungsrecht im genannten Sinn konnte damit DI K jedoch im vorliegenden Fall schon in Hinblick auf seine (grundsätzlich vertretungsfeindliche) Funktion als handelsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer nicht zukommen.

Selbst wenn ein generelles Vertretungsrecht (ausdrücklich) vereinbart worden wäre, würde dies - unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) - die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, 2010/08/0256, mwN). Dass von einem generellen Vertretungsrecht Gebrauch gemacht worden wäre, ist dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen und wird auch von der Zweitbeschwerdeführerin nicht behauptet.

Hinzu kommt, dass die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des Auftraggebers ein generelles Vertretungsrecht ausschließt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, 2009/08/0188, mwN). Nach § 5 Abs. 1 des Vertrages ist DI K verpflichtet, - von bestimmten Ausnahmen abgesehen - alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geheim zu halten.

3.5. Schließlich wird von der Zweitbeschwerdeführerin gerügt, die belangte Behörde habe das Vorhandensein wesentlicher eigener Betriebsmittel nicht erkannt. Dabei seien von DI K sämtliche für die Ausführung des Auftrages erforderlichen Betriebsmittel beizubringen gewesen, weil die Zweitbeschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt keinen Geschäftsbetrieb und keine Betriebsstätte mehr unterhalten habe und somit kein einziges Betriebsmittel zur Verfügung habe stellen können. Es sei davon auszugehen, dass sich DI K durch Anschaffung oder Widmung bereits im Privatbesitz befindlicher Sachgüter eine unternehmerische Struktur geschaffen habe, die für die Erfüllung eines Werkvertrages erforderlich gewesen sei.

3.6. Ein eigenes Betriebsmittel ist grundsätzlich dann für die (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit wesentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, 2007/08/0223).

Zwar trifft es gegenständlich zu, dass DI K bei der Ausübung seiner Tätigkeit eigene Betriebsmittel (Büromöbel, Computer, Telefon, Kraftfahrzeug) verwendet hat. Von einem Einsatz wesentlicher eigener Betriebsmittel im Sinne des negativen Tatbestandsmerkmals in § 4 Abs. 4 ASVG kann nicht die Rede sein. So ist die belangte Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass die angeführten Betriebsmittel nicht von vornherein in erster Linie zur betrieblichen Verwendung bestimmt waren. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich und wurde von der Zweitbeschwerdeführerin auch nicht näher dargelegt, inwieweit sich DI K mit den genannten Betriebsmitteln eine eigene unternehmerische Struktur geschaffen haben soll (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, Zl. 2007/08/0223).

4. So bleibt die Frage zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist.

Dies hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - 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 (zB auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12.325/A). Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zB die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein.

Bei einem Geschäftsführer einer GmbH ist außerdem zu beachten, dass das kraft Gesetzes bestehende organschaftliche Weisungsrecht der Generalversammlung nach § 20 Abs. 1 GmbHG nicht notwendig auch die Erteilung persönlicher Weisungen - also von Weisungen in den für die persönliche Abhängigkeit maßgebenden Belangen - umfasst, wenngleich die Möglichkeit einer vertraglichen Einordnung in die Gesellschaft in persönlicher Abhängigkeit von ihr durch schuldrechtliche Vereinbarung im Innenverhältnis nicht ausgeschlossen ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, 2010/08/0240, mwN; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 15. Juli 1998, 97/13/0169, wonach die Bindung des Geschäftsführers an den Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafterbeschlüsse bloß eine sachliche Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers herstellt, die sich lediglich auf den Erfolg der Arbeitsleistung der Geschäftsführung bezieht und von einer sich in persönlicher Abhängigkeit äußernden, durch weitgehende Unterordnung gekennzeichneten Weisungsgebundenheit zu unterscheiden ist). Solche zusätzlichen, rein schuldrechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft können zwischen der Gesellschaft, vertreten durch die Gesellschafter, und dem Geschäftsführer durch einen Anstellungsvertrag geregelt werden; sein Hauptinhalt in Hinblick auf die Pflichten des Geschäftsführers ist die nähere Ausgestaltung der durch das Organschaftsverhältnis vorgezeichneten Verpflichtungen zur Dienstleistung und zur Geschäftsbesorgung (vgl. erneut das hg. Erkenntnis 2005/08/0051).

4.1. Die Erstbeschwerdeführerin bringt in Hinblick auf das von ihr behauptete abhängige Beschäftigungsverhältnis vor, DI K sei nach § 1 Abs. 1 des Vertrages verpflichtet gewesen, laufend dem Obmann der Vereins ÖK über sämtliche Geschäftsführungsagenden der Gesellschaft im Rahmen des Unternehmensgegenstandes zu berichten, dies auf Verlangen auch in schriftlicher Form. Die hier vertraglich vereinbarte (und nicht aus dem Gesellschaftsrecht ableitbare) Berichtspflicht des DI K diene offensichtlich dem Zweck, die Qualität und Quantität seiner Dienstleistungen zu kontrollieren, weswegen von einer Weisungsbindung des Dienstgebers in Form von Kontrollrechten auszugehen sei.

4.2. Auch wenn das Argument der Erstbeschwerdeführerin, die für DI K geltende Berichtspflicht sei vertraglicher Natur, zutreffen mag, ändert dies im konkreten Fall nichts daran, dass bei der Geschäftsführertätigkeit des DI K die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen:

Die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag hat nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung und den oben genannten Kriterien nach der Methode des beweglichen Systems zu erfolgen. Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Juni 2013, 2013/08/0093, mwN). Weiters spielt die Qualifikation des Dienstnehmers bzw. der von ihm ausgeübten Tätigkeit eine Rolle, weil sich - unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen (die in der Realität des Arbeitsverhältnisses nicht immer erwartet werden können) - mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert. Qualifizierte sachliche Entscheidungsbefugnisse können einen gewissen Spielraum für eine eigenständige (unter Umständen auch unternehmerische) Gestaltung der Tätigkeiten eröffnen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Juli 2014, 2012/08/0253, mwN).

Im vorliegenden Fall hat DI K seine Geschäftsführertätigkeit von seinem privaten Wohnsitz aus ausgeübt. Es bestanden weder Arbeitszeitvorschriften noch Vorgaben über das arbeitsbezogene Verhalten. DI K war nicht

in einer Weise in die betriebliche Organisation der Zweitbeschwerdeführerin eingebunden, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert worden wären. Das Fehlen persönlicher Weisungen bzw. das Fehlen stiller Autorität ist gegenständlich auch nicht durch die im schriftlichen Vertrag festgelegte Berichtspflicht ausgeglichen worden, zumal daran keine entsprechende Weisungsbefugnis bzw. sonstige Sanktion anknüpfen. Die bloße (sachliche) Kontrolle von Arbeitsergebnissen steht mit dem Vorliegen eines freien Dienstvertrags nicht im Widerspruch und ist kein Nachweis dafür, dass DI K - entgegen der schriftlichen Vereinbarung - in Bezug auf den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten Weisungen des Dienstgebers unterworfen gewesen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, 2012/08/0224).

DI K hatte den Auftrag, die Geschäftstätigkeit der Zweitbeschwerdeführerin wiederaufzunehmen und die Gesellschaft wieder in ein operatives Unternehmen umzugestalten. Hinsichtlich der dazu erforderlichen Maßnahmen war DI K an keine Weisungen gebunden. Derartige "unternehmerische" Dispositionsmöglichkeiten stärken - insbesondere bei Fehlen der Einbindung in die Betriebsorganisation - die Sphäre persönlicher Ungebundenheit und sprechen für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Juni 2013, 2013/08/0079).

Der belangten Behörde kann somit nicht entgegengetreten werden, wenn sie im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung vom Vorliegen eines freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG ausgegangen ist.

5. Die Beschwerden waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

6. 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 19. Oktober 2015