

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

07.09.2017

Geschäftszahl

Ro 2014/08/0046

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bachler, den Hofrat Dr. Strohmayer, die Hofrätin Dr. Julcher sowie die Hofräte Mag. Berger und Mag. Stickler als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Sinai, über die Revision der Vorarlberger Gebietskrankenkasse in Dornbirn, vertreten durch die Sutterlüty Klagian Brändle Lercher Gisinger Rechtsanwälte GmbH in 6850 Dornbirn, Marktstraße 4, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 26. November 2013, BMASK- 428135/0001-II/A/3/2012, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. K A in T; 2. A GmbH in B, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Dr. Lins KG in 6700 Bludenz, Bahnhofstraße 8; 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65-67; 4. Pensionsversicherungsanstalt in 1020 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1), zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid (die gleichzeitige Entscheidung über den Antrag auf aufschiebende Wirkung bleibt unberührt) wird dahin abgeändert, dass die Berufung der zweitmitbeteiligten Partei gegen den Bescheid des Landeshauptmanns von Vorarlberg vom 7. Februar 2012, IVb-609-2011/0020, abgewiesen wird.

Der Bund hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. Unstrittig ist, dass der Erstmitbeteiligte seit dem Jahr 1977 als weisungsgebundener Dienstnehmer in einem (abhängigen) Beschäftigungsverhältnis zur Stadt B (im Folgenden nur: Stadt) steht; er verfügt dabei seit dem Jahr 1994 über einen Sondervertrag mit der Stadt.

Die Stadt ist Alleingesellschafterin der - mit Erklärung vom 10. Juli 1998 errichteten und seit dem 30. September 1998 im Firmenbuch eingetragenen - Zweitmitbeteiligten (im Folgenden nur: GmbH).

Der Erstmitbeteiligte ist der einzige Geschäftsführer der GmbH und vertritt diese seit der Eintragung im Firmenbuch am 30. September 1998 selbständig. Hintergrund seiner Bestellung zum Geschäftsführer war, dass er bereits zuvor im Rahmen seines Dienstverhältnisses mit der Stadt (unter anderem) mit der Führung der städtischen Bäderanlage betraut war und deren Betrieb im Jahr 1998 von der GmbH übernommen wurde. Zur Fortführung der diesbezüglichen Tätigkeit wurde der Erstmitbeteiligte mit seinem Einverständnis seitens der Stadt mit "Personalüberlassungsvertrag" (vom 21. September 1998) und "Dienstverfügung" der GmbH zur Dienstleistung zugeteilt. Das Ausmaß der Zuteilung betrug zunächst 25 % und ab dem 1. Jänner 2007 70 % einer Vollzeitbeschäftigung. Mit seiner sonstigen Arbeitskapazität war bzw. ist der Erstmitbeteiligte weiterhin für die Stadt tätig.

Der Erstmitbeteiligte bezieht - auch für seine Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH - ein monatliches Entgelt von der Stadt, die auch alle Abgaben und Beiträge entrichtet. Die GmbH ersetzt entsprechend ihrer Verpflichtung aus dem Personalüberlassungsvertrag der Stadt laufend die dieser durch die Personalüberlassung entstehenden Kosten.

2.1. Mit Bescheid vom 20. Juni 2011 stellte die Revisionswerberin fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH vom 1. Jänner 2007 bis laufend gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG der Pflichtversicherung in der Vollversicherung (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG der Arbeitslosenversicherung unterliege. Die

Revisionswerberin führte dazu im Wesentlichen aus, ein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG werde durch den Einstellungsakt begründet. Vorliegend sei der Einstellungsakt in der Bestellung des Erstmitbeteiligten zum Geschäftsführer samt Eintragung in das Firmenbuch zu erblicken. Nach der Rechtsprechung (Hinweis auf die hg. Erkenntnisse vom 17. Jänner 1995, 93/08/0182, und vom 1. April 2009, 2006/08/0113) sei zwar bei Leiharbeitsverhältnissen der Verleiher als sozialversicherungspflichtiger Dienstgeber anzusehen, wenn die grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Dienstnehmer aufrecht blieben und der Entleiher bloß ihm delegierte fremde Rechte ausüben dürfe. Habe jedoch - wie hier - bei der Überlassung eines Geschäftsführers die Beschäftigergesellschaft ein unmittelbares Recht auf die Arbeitsleistung auf Grund eigener Rechtsbeziehungen zum Geschäftsführer durch den Bestellsungsakt erworben, so sei ein Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft anzunehmen und diese als sozialversicherungspflichtige Dienstgeberin zu erachten.

2.2. Gegen diesen Bescheid erhob die GmbH Einspruch mit dem wesentlichen Vorbringen, durch die Zuteilung zur GmbH sei das Dienstverhältnis des Erstmitbeteiligten mit der Stadt nicht verändert worden. Die diesbezüglichen Befugnisse der Stadt seien unberührt geblieben, die durch die Bestellung zum Geschäftsführer begründeten Pflichten seien als nachrangig einzustufen. Vorliegend erweise sich daher die Rechtsprechung zu Leiharbeitsverhältnissen als zutreffend. Demnach sei weiterhin die Stadt als Dienstgeberin anzusehen, zumal die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Erstmitbeteiligten aufrecht blieben und die GmbH bloß delegierte fremde Rechte ausübe. Im Übrigen wäre für den Erstmitbeteiligten die Aufnahme eines Dienstverhältnisses mit der GmbH und die damit verbundene Reduzierung des Dienstverhältnisses mit der Stadt mit weitreichenden Folgen (etwa für den Pensionsanspruch) verbunden gewesen und daher die Übernahme der Geschäftsführertätigkeit "sehr wahrscheinlich in Frage gestanden".

3.1. Mit Bescheid vom 7. Februar 2012 gab der Landeshauptmann dem Einspruch keine Folge. Er führte dazu im Wesentlichen aus wie die Revisionswerberin im Bescheid vom 20. Juni 2011. 3.2. Gegen den Bescheid des Landeshauptmanns erhob die GmbH Berufung und brachte vor, sie sei kein Dienstverhältnis mit dem Erstmitbeteiligten eingegangen, vielmehr habe dessen Dienstverhältnis mit der Stadt unverändert fortbestanden. Der Erstmitbeteiligte habe im Rahmen dieses Dienstverhältnisses Leistungen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit für die Stadt erbracht und sei deren Weisungsrecht unterlegen. Die Revisionswerberin und der Landeshauptmann fingierten ein weiteres Dienstverhältnis zur GmbH, was zu einer unzulässigen zweimaligen Unterwerfung ein und desselben Sachverhalts unter sozialversicherungsrechtliche Beitragspflichten führe. Die Revisionswerberin und der Landeshauptmann gingen auf Grund der Annahme, die GmbH habe durch die Bestellung des Erstmitbeteiligten zum Geschäftsführer ein Recht auf Arbeitsleistung erlangt, davon aus, dass die Organfunktion eines Geschäftsführers zwingend auch zum Bestand eines Dienstverhältnisses führe, was nicht zutreffend sei. Bei der Rechtsposition des Geschäftsführers sei die organschaftliche von der schuldrechtlichen Seite zu unterscheiden. Die Bestellung zum Geschäftsführer begründe ausschließlich die Organstellung mit den nach dem GmbHG und dem Gesellschaftsvertrag damit verbundenen Rechten und Pflichten. Sie sei aber kein schuldrechtlicher Vertrag, der ein Anstellungsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer begründe. Aus der (bloßen) Bestellung zum Geschäftsführer ergebe sich daher kein schuldrechtliches Dienstverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer.

4.1. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung der GmbH Folge, indem sie aussprach, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH vom 1. Jänner 2007 bis laufend nicht der Pflichtversicherung in der Vollversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege.

4.2. Die belangte Behörde stellte in Ergänzung des unstrittigen Sachverhalts fest, dass der Erstmitbeteiligte seit dem 1. September 2011 bis laufend der GmbH im Ausmaß von 50 % einer Vollzeitbeschäftigung dienstzugeteilt sei. Er erhalte hierfür von der Stadt - neben seinem sonstigen Bezug als Gemeindebediensteter - eine monatliche "Aufwandsentschädigung" von EUR 1.498,- (14-mal jährlich).

Die Stadt als Alleingeschafterin der GmbH werde durch den Bürgermeister vertreten, der auch Vorsitzender des Aufsichtsrats der GmbH sei. Wesentliche unternehmerische Entscheidungen, wie etwa Tarifgestaltung, Personalplanung und Personaleinsatz sowie Festlegung der Öffnungszeiten, würden vom Aufsichtsrat beraten und beschlossen. Dies ergebe sich auch aus der im Gesellschaftsvertrag normierten weitreichenden Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats.

Eine Trennung der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten als Amtsleiter der Gemeinde und als Geschäftsführer der GmbH sei in zeitlicher und räumlicher Hinsicht gegeben.

4.3. Rechtlich folgerte die belangte Behörde, die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers sei von der schuldrechtlichen Position zu unterscheiden. Die Pflichtversicherung eines Fremdgeschäftsführers nach dem ASVG sei nur dann zu bejahen, wenn sich aus dem Geschäftsführerbzw. Anstellungsvertrag eine persönliche Abhängigkeit ergebe. Die organschaftliche Stellung als Geschäftsführer an sich begründe trotz der Verpflichtung zur Beachtung der Beschlüsse und des organschaftlichen Weisungsrechts der Generalversammlung noch keine persönliche Abhängigkeit.

Auch in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (Hinweis auf das Erkenntnis 2006/08/0113) werde hervorgehoben, dass bei der Überlassung eines Geschäftsführers die Beschäftigergesellschaft zwar ein unmittelbares Recht auf die Arbeitsleistung bereits durch den Bestellsungsakt erlange, ein

sozialversicherungspflichtiges Anstellungsverhältnis jedoch nur dann zustande komme, wenn die Arbeitsleistung auf Grund eines Anstellungsvertrags in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht werde.

Vorliegend übe der Erstmitbeteiligte die Dienstleistung nicht auf Grund eines Anstellungsvertrags mit der GmbH in persönlicher Abhängigkeit aus, sondern erbringe die Dienstleistung auf Grund seiner organschaftlichen Verpflichtung und seines Dienstverhältnisses mit der Stadt, wobei er durch die Dienstzuteilung zur Dienstleistung für die GmbH verpflichtet werde. Der Erstmitbeteiligte könne aber während ein und derselben Arbeitszeit nur von einer Institution persönlich abhängig sein. Dies sei die Stadt, da er sowohl bei seiner Tätigkeit als Geschäftsführer als auch in der Gemeindeverwaltung in seinem arbeitsbezogenen Verhalten dem Bürgermeister gegenüber verantwortlich sei.

Eine Dienstnehmereigenschaft wegen Lohnsteuerpflicht sei ebensowenig gegeben. Laut Mitteilung des Finanzamts sei in Bezug auf die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten als Geschäftsführer keine Lohnsteuerpflicht festgestellt worden.

5. Gegen diesen Bescheid wendet sich die - wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts erhobene - "Übergangsrevision" (§ 4 Abs. 1 VwGbk-ÜG) mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinn der Feststellung der Pflichtversicherung in der Vollversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die GmbH erstattete eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag auf Abweisung der Revision. Weitere Revisionsbeantwortungen wurden nicht erstattet.

6. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

6.1. Voranzustellen ist, dass nach § 4 Abs. 5 VwGbk-ÜG für die Behandlung der Revision die Bestimmungen des VwGG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung sinngemäß gelten.

6.2. Die Revisionswerberin macht im Wesentlichen geltend, das Bestehen eines Dienstverhältnisses des Erstmitbeteiligten in persönlicher Abhängigkeit sei unbestritten geblieben. Es fehlten auch jegliche Anhaltspunkte, dass der Erstmitbeteiligte lediglich im Rahmen eines freien Dienstvertrags, eines Werkvertrags oder dergleichen tätig wäre. Der Erstmitbeteiligte sei nach den Feststellungen auch tatsächlich Weisungen unterworfen und in die betriebliche Organisation der GmbH eingegliedert. Vorliegend sei daher lediglich strittig, wer als Dienstgeber zu erachten sei. Dazu habe der Verwaltungsgerichtshof bereits im Erkenntnis 93/08/0182 und (zu einem ähnlichen Sachverhalt) im Erkenntnis 2006/08/0113 grundlegende Aussagen getroffen. Demnach sei ein Dienstverhältnis eines verliehenen GmbH-Geschäftsführers zur Beschäftigergesellschaft anzunehmen, wenn der Gesellschaft auf Grund eigener Rechtsbeziehungen aus dem Bestellungsakt ein unmittelbarer nicht bloß (wie bei sonstigen Leiharbeitsverhältnissen) vom Verleiher abgeleiteter Rechtsanspruch auf die Arbeitsleistung gegen den Geschäftsführer zustehe. Der davon zu unterscheidende Anstellungsvertrag begründe keine vom Bestellvorgang verschiedene Hauptleistungspflicht, sondern regle nur die näheren Umstände der Leistungserbringung. Folglich sei es denkunmöglich, dass neben dem Dienstverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer hinsichtlich ein und derselben Tätigkeit ein Dienstvertrag mit einem Dritten fortbestehen könne. Es sei daher vom Vorliegen eines Dienstverhältnisses zwischen dem Erstmitbeteiligten und der GmbH auszugehen.

6.3. Diesen Rechtsmittelausführungen kommt - wie in der Folge zu zeigen sein wird - Berechtigung zu.

7.1. Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgelts verweist.

7.2. Vorliegend ist nicht strittig, dass der Betrieb "für Rechnung" der GmbH geführt wird, zumal diese nach rechtlichen Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, sie also das Risiko des Betriebs trifft (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2011, 2008/08/0030, mwN).

Der Erstmitbeteiligte erhält für die Tätigkeit im Betrieb der GmbH auch ein regelmäßiges Entgelt. Dass er das Entgelt nicht direkt von der GmbH selbst ausbezahlt bekommt, sondern von dritter Seite (der Stadt) bezieht (wobei diese die Kosten laufend von der GmbH rückerstattet erhält), ist für die Beurteilung der Dienstgebereigenschaft im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG nicht von Relevanz (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, 2009/08/0254).

8.1. Ein "Beschäftigungsverhältnis" im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG wird durch den "Einstellungsakt" (Aufnahme der Beschäftigung) begründet und bleibt so lange aufrecht, als ein übereinstimmender Wille vorliegt, dass (abhängige) Dienste entgeltlich geleistet und entgegengenommen werden (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 4. Dezember 1957, VwSlg. 4495/A, und vom 19. Jänner 1989, VwSlg. 12.848/A).

8.2. Der Verwaltungsgerichtshof geht bei "Leiharbeitsverhältnissen" - das Vorliegen eines solchen wird von der GmbH behauptet - trotz der vereinbarungsgemäßen Leistungserbringung im Betrieb eines Dritten von der (weiteren) Dienstgebereigenschaft des Verleihers aus, weil der Dienstnehmer nur diesem gegenüber zur

Erbringung von Dienstleistungen vertraglich verpflichtet sei, der Dienstnehmer der Zurverfügungstellung an den Dritten zugestimmt habe und die Gebundenheit gegenüber dem Dritten nur die Konkretisierung der gegenüber dem Verleiher unverändert weiter bestehenden persönlichen Abhängigkeit darstelle (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 1985, VwSlg. 11.778/A). Bleiben bei der vorübergehenden Überlassung des Arbeitnehmers an einen Dritten die grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem verleihenden Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer aufrecht und darf der Dritte nur ihm delegierte fremde Rechte ausüben, so bleibt der Verleiher in der Regel auch der sozialversicherungsrechtliche Dienstgeber des Arbeitnehmers (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, 96/08/0351). Der Arbeitnehmer kommt durch die Tätigkeit beim Beschäftigten rechtlich nur seiner Arbeitspflicht gegenüber dem Verleiher nach, wobei die Weisungen des Entleihers als solche des Verleihers (als Arbeitgeber) zu beurteilen sind, diesen auch sämtliche Arbeitgeberpflichten weiterhin treffen und eine unmittelbare vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Beschäftigter fehlt (vgl. neuerlich das hg. Erkenntnis 96/08/0351 sowie auch OGH RIS-Justiz RS0050620).

8.3. Die soeben dargestellte Rechtsprechung kommt freilich dann nicht zur Anwendung, wenn es um die Überlassung eines Arbeitnehmers geht, der bei der Beschäftigergesellschaft (auch) die Funktion eines Geschäftsführers ausüben soll. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt (vgl. die bereits genannten Erkenntnisse 93/08/0182 und 2006/08/0113, auf deren Begründung gemäß § 43 Abs. 2 VwGG im Einzelnen verwiesen wird), unterscheiden sich die hier zu beurteilenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Verleiher (der Stadt), der Beschäftigergesellschaft (der GmbH) und dem entliehenen Geschäftsführer (dem Erstmitbeteiligten) von sonstigen Leiharbeitsverhältnissen vor allem dadurch, dass die Beschäftigergesellschaft ein direktes Recht auf die Arbeitsleistung des Geschäftsführers auf Grund eigener Rechtsbeziehungen zu diesem aus dem Bestellsakt zum Geschäftsführer erworben hat. Der Geschäftsführer ist bereits auf Grund dieses unmittelbaren Rechtsverhältnisses zur Dienstleistung verpflichtet, und nicht erst auf Grund seiner Rechtsbeziehung zum Verleiher. Der vom organschaftlichen Bestellsakt zum Geschäftsführer zu unterscheidende schuldrechtliche Anstellungsvertrag, der auch konkludent geschlossen werden kann, begründet keine vom Bestellsvorgang verschiedene Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers, sondern regelt nur die näheren Umstände, unter denen die Leistung des Geschäftsführers zu erbringen ist (siehe auch das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1980, VwSlg. 10.140/A). Daher ist es rechtlich gar nicht denkbar, die die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers in Bezug auf den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten bei der Erbringung der Geschäftsführungstätigkeit betreffenden Umstände als selbständigen Gegenstand des mit einem Dritten fortbestehenden Arbeitsvertrags anzusehen. Ein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG zum Entleiher als Dienstgeber im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG ist somit anzunehmen, wenn dem Entleiher auf Grund eigener Rechtsbeziehungen mit dem persönlich abhängigen Dienstnehmer ein unmittelbarer (und nicht bloß vom Verleiher abgeleiteter) Rechtsanspruch auf die Arbeitsleistung zusteht.

8.4. Vorliegend ist daher nach der aufgezeigten Rechtsprechung in der gegebenen Fallkonstellation von der sozialversicherungsrechtlichen Dienstgebereigenschaft der GmbH als Beschäftigterunternehmen des von der Stadt überlassenen und zum Geschäftsführer der GmbH bestellten Erstmitbeteiligten auszugehen. Was die - von der belangten Behörde unzutreffend negierte - persönliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten betrifft, so wurde im Verwaltungsverfahren gar nicht bestritten (strittig war lediglich, wem die Dienstgebereigenschaft zukomme), dass der Erstmitbeteiligte nicht nur seine fortlaufende Tätigkeit für die Stadt, sondern auch die - im jeweiligen Umfang seiner Dienstzuteilung an deren Stelle getretene - Tätigkeit für die GmbH in persönlicher Abhängigkeit erbringe. So wurde insbesondere nicht behauptet, dass der Erstmitbeteiligte die Tätigkeit als Geschäftsführer frei von persönlichen Weisungen - im Rahmen eines freien Dienstvertrags, eines Werkvertrags oder Auftragsverhältnisses - ausübe. Auch die getroffenen Feststellungen legen nahe, dass der Erstmitbeteiligte bei seiner Tätigkeit als Geschäftsführer nicht nur im Sinn einer "stillen Autorität" (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 21. November 2007, 2005/08/0051) den Weisungs- und Kontrollrechten der Alleingesellschafterin und des Aufsichtsrats der GmbH unterliegt, sondern derartige Rechte auch tatsächlich ausgeübt werden. Folglich ist aber fallbezogen - ohne weitergehende Auseinandersetzung - davon auszugehen, dass der Erstmitbeteiligte im jeweiligen Umfang seiner Zuteilung mit dem betreffenden Teil seiner Arbeitskapazität in einem abhängigen Dienstverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG zur GmbH steht, wohingegen in Ansehung der sonstigen nicht von der Zuteilung erfassten Arbeitskapazität ein Beschäftigungsverhältnis mit der Stadt fortbesteht.

9.1. Nach dem soeben Gesagten ist vom Vorliegen abhängiger Dienstverhältnisse sowohl mit der GmbH als auch mit der Stadt auszugehen, wobei jedoch die Beschäftigungen zeitlich und räumlich getrennt ausgeübt werden und jeweils andere Arbeitsleistungen zum Gegenstand haben. Entgegen der Ansicht der GmbH ist daher kein gleichzeitiges Vorliegen zweier Dienstverhältnisse in Bezug auf ein und dieselbe Arbeitsleistung und damit auch keine zweimalige Unterwerfung ein und desselben Sachverhalts unter sozialversicherungsrechtliche Beitragspflichten gegeben.

9.2. Entgegen der Auffassung der GmbH liegt der Bejahung ihrer Dienstgebereigenschaft auch nicht etwa die Annahme zugrunde, dass die organschaftliche Bestellung zum Geschäftsführer allein zum Entstehen eines Dienstverhältnisses führe. Richtig ist, dass die Geschäftsführerbestellung allein (noch) kein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit begründet hat. Allerdings hat - wie schon erörtert - die Gesellschaft bereits durch den Bestellsakt einen Anspruch auf die Arbeitsleistung des Geschäftsführers

erworben, der durch den Anstellungsvertrag näher (hier als abhängiges Dienstverhältnis) ausgestaltet wird (vgl. dazu *Julcher* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), *Der SV-Komm* (179. Lfg.), § 35 ASVG Rz 35). Wie der Oberste Gerichtshof hervorgehoben hat, werden die zur Organfunktion hinzutretenden schuldrechtlichen Beziehungen nur ausnahmsweise fehlen; nimmt der Geschäftsführer aufgrund der Bestellung seine Tätigkeit stillschweigend auf, so ist darin wohl auch die Annahme einer Offerte zum Abschluss eines Anstellungsvertrags zu sehen (vgl. OGH vom 2. Dezember 1997, 10 ObS 189/97k). Wird - wie hier - im Rahmen dieses konkludent zustande gekommenen Vertrags die vom Geschäftsführer aus dem Bestellungsverhältnis geschuldete Arbeitsleistung in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG erbracht, so ist ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zum Beschäftigerunternehmen zu bejahen (vgl. zum Ganzen neuerlich die hg. Erkenntnisse 93/08/0182 und 2006/08/0113).

10. Dem bisher Gesagten vermag die GmbH auch in ihrer Revisionsbeantwortung - trotz weitläufiger, mit unzulässigen Neuerungen vermengter Erörterungen - im Kern nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen.

11. Insgesamt war daher der Revision stattzugeben und der angefochtene Bescheid dahin abzuändern, dass die Berufung gegen den Bescheid des Landeshauptmanns als unbegründet abgewiesen wird.

Gemäß § 42 Abs. 3a VwGG konnte der Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst erkennen, weil diese entscheidungsreif war und die Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis lag.

12. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455/2008, die gemäß § 4 in Verbindung mit § 3 Z 1 VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013, in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014, auf diesen Übergangsfall noch anzuwenden ist.

Wien, am 7. September 2017