

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/1/17 93/08/0182

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.01.1995

## Index

21/03 GesmbH-Recht;

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §35 Abs1;

ASVG §4 Abs1 Z1;

ASVG §4 Abs2;

GmbHG §15;

GmbHG §20 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Liska und die Hofräte Dr. Knell, Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Sulyok als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schwächter, über die Beschwerden der Wiener Gebietskrankenkasse, gegen die Bescheide des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 15. Juni 1993, und zwar a) zu Zl. 123.080/1-7/93,

betreffend die Versicherungspflicht des Mag. R zur O-GesmbH vom 1. Juni 1989 bis 31. Mai 1990 (hg. Zl93/08/0182), b) zu Zl. 123.080/1-7/93, betreffend die Versicherungspflicht des Mag. R zur O-GesmbH vom 1. Juni 1990 bis 31. März 1992 (hg. Zl. 93/08/0183), c) zu Zl. 122.152/2-7/93, betreffend die Versicherungspflicht des Dkfm. L und Mag. R vom 1. Jänner 1982 bis 30. September 1988 zur P-Gesellschaft m.b.H.

(hg. Zl. 93/08/0184), d) zu Zl. 123.080/1-7/93, betreffend die Versicherungspflicht des Dkfm. L zur O-GesmbH vom 1. Juni 1990 bis 31. März 1992 (hg. Zl. 93/08/0185) und e) zu

Zl. 123.080/1-7/93, betreffend die Versicherungspflicht des Dkfm. L zur O-GesmbH vom 1. Jänner 1990 bis 31. Mai 1990 (hg. Zl. 93/08/0186) (mitbeteiligte Parteien: 1. ABP-GmbH, vertreten durch Dr. B, Rechtsanwalt in W, 2. Dkfm. L,

3. Mag. R, 4. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien und 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 62.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1. Die Vorgeschichte dieser Beschwerdefälle ist dem hg. Erkenntnis vom 25. Mai 1991, ZI90/08/0096, Slg. Nr. 13450/A, zu entnehmen; daraus ist für die vorliegenden Beschwerdeverfahren noch folgendes von Bedeutung:

Die erstmitbeteiligte Partei betreibt ein sogenanntes Personalbereitstellungsunternehmen (O-GesmbH und P-GesmbH sind frühere Firmenbezeichnungen); die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien waren von der Erstmitbeteiligten bei der Beschwerdeführerin als Dienstnehmer zur Vollversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ASVG angemeldet worden, und zwar insgesamt der Zweitmitbeteiligte vom 1. Jänner 1982 bis 30. September 1988 sowie vom 1. Jänner 1990 bis 31. März 1992 und der Drittmittelbeteiligte vom 1. Jänner 1982 bis 30. September 1988 sowie vom 1. Juni 1989 bis 31. März 1992. Diesen Anmeldungen lagen im wesentlichen gleichlautende Vereinbarungen zwischen den zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien und der erstmitbeteiligten Partei zugrunde, die mit "Dienstvertrag" bezeichnet waren und im wesentlichen die Verpflichtung der zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien enthielten, sich zur Tätigkeit als Angestellter an dritte Unternehmen zur Verfügung stellen zu lassen sowie ausdrücklich das Einverständnis damit zu erklären, bei diesen Firmen die Stellung eines Geschäftsführers zu bekleiden und über die Tätigkeit jeweils der Generalversammlung dieser Gesellschaft Rechenschaft abzulegen. Insbesondere übernahmen die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien als Dienstnehmer die Verpflichtung, bei allen Tätigkeiten sich nach den Instruktionen und Weisungen der Geschäftsführung der Gesellschaft bzw. im Falle der Tätigkeit bei einer anderen Gesellschaft auch nach den Instruktionen und Weisungen der jeweiligen Gesellschafter dieser Gesellschaft zu richten und die ihnen von der Gesellschafterversammlung erteilten Anordnungen streng zu beachten und zu erfüllen. Solange sie daher bei näher bezeichneten Unternehmen aufgrund des zwischen der Erstmitbeteiligten und diesem Unternehmen abgeschlossenen Personalbereitstellungsverträgen tätig seien, hätten sie sich nach den Anordnungen und Weisungen der Gesellschafterversammlung der jeweiligen Firmen zu richten. Die von der erstmitbeteiligten Partei und den jeweiligen Gesellschaften (in der Folge: Entleihergesellschaften genannt) geschlossenen Verträge sehen in den für die vorliegenden Verfahren wesentlichen Belangen (ebenfalls gleichlautend) vor, daß die Erstmitbeteiligte ihren Dienstnehmer der Entleihergesellschaft als leitenden Angestellten zur Verfügung stellt, diese berechtigt ist, den Dienstnehmer als Geschäftsführer "namhaft zu machen oder einzusetzen", ihn mit "sämtlichen kaufmännischen und personellen und wirtschaftlichen Agenden des Unternehmens zu betrauen" sowie ferner, ihm "jedwede Weisungen und Anordnungen zu erteilen". Die erstmitbeteiligte Partei verpflichtete sich darin weiters, den von ihr zur Verfügung gestellten Dienstnehmer ohne wichtigen Grund nicht von der Entleihergesellschaft abziehen und ihn für keine anderweitigen Tätigkeiten, außer bei den im Vertrag genannten Gesellschaften, heranzuziehen. Gleichzeitig erklärte die erstmitbeteiligte Partei, keine Überwachungs- und Kontrollfunktionen (während der Dauer der Zurverfügungstellung an das Entleihunternehmen) auszuüben. Die Entleihergesellschaft verpflichtet sich jeweils, der Erstmitbeteiligten die Lohn- und Nebenkosten für die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien zu ersetzen und ihr ein zusätzliches Entgelt von 3 % aller Spesen und Kosten zu bezahlen.

Die Zweit- und Drittmittelbeteiligten sind an der erstmitbeteiligten P-GesmbH nicht, wohl aber an den jeweiligen Entleihergesellschaften, bei denen sie im Rahmen dieser vertraglichen Konstruktion als Geschäftsführer tätig wurden, direkt oder über andere Unternehmen (jeweils in der Rechtsform einer GesmbH) beteiligt.

1.1. Mit gleichlautenden Bescheiden vom 3. Oktober 1985 lehnte die Beschwerdeführerin (zunächst) die von der erstmitbeteiligten Partei erstatteten Anmeldungen für den Zeitraum vom 1. Jänner 1982 bis 30. September 1988 ab und stellte fest, daß (u.a.) die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien ab 1. Jänner 1982 zur erstmitbeteiligten Partei in keinem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG 1958 begründenden Beschäftigungsverhältnis stünden. Die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien seien von der erstmitbeteiligten Partei an die jeweiligen Entleihergesellschaften, deren geschäftsführende Gesellschafter sie seien, verliehen worden. Von einem Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit zur erstmitbeteiligten Partei könne daher keine Rede sein.

1.2. Aufgrund der u.a. von der zweit- und drittmittelbeteiligten Partei erhobenen Einsprüche hob der Landeshauptmann von Wien die Bescheide der Beschwerdeführerin mit (gleichlautenden) Bescheiden vom 1. April 1986 gemäß § 66 Abs. 2 AVG auf und verwies die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung neuer Bescheide an die Beschwerdeführerin mit der Begründung zurück, daß der festgestellte Sachverhalt mangelhaft und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung unumgänglich sei. Die von der Beschwerdeführerin mit Berufung angerufene belangte Behörde hob diese Bescheide des Landeshauptmannes von Wien mit Bescheid vom 4. November 1986 gemäß § 66 Abs. 4 AVG mit der Begründung auf, die Voraussetzungen für die Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG seien nicht gegeben.

1.3. Mit Bescheid vom 18. August 1989 hat der Landeshauptmann von Wien als Einspruchsbehörde die Bescheide der Beschwerdeführerin sodann gemäß § 66 Abs. 4 AVG aufgehoben, wobei die Einspruchsbehörde die Auffassung vertrat, daß die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zur erstmittelbeteiligten Partei beschäftigt gewesen seien. Darauf habe der Umstand, daß sie schon vor Abschluß des Dienstvertrages mit der erstmittelbeteiligten Partei in den jeweiligen Gesellschaften als Geschäftsführer tätig gewesen seien, ebensowenig Einfluß wie ihre Beteiligung an diesen Gesellschaften. Das Weisungsrecht der erstmittelbeteiligten Partei reduziere sich in solchen Fällen in der Regel darauf, daß der "zuweisende Dienstgeber" den Dienstnehmer jederzeit aus dem Fremdbeschäftigungsverhältnis abziehen könne, der ja tatsächlich in den fremden Betrieb eingegliedert sei. Die Merkmale des sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriffes würden durch die faktische Tätigkeit beim Entleiher erfüllt. Anhaltspunkte für ein bloßes Scheinvertragsverhältnis hätten nicht festgestellt werden können.

1.4. Der von der Beschwerdeführerin erhobenen Berufung wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 23. März 1990 keine Folge gegeben, jedoch in Abänderung des Einspruchsbescheides festgestellt, daß die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien vom 1. Jänner 1982 bis 30. September 1988 bei der erstmittelbeteiligten Partei (damals: P-GesmbH) der Voll- und Arbeitslosenversicherung unterlegen seien.

1.5. Mit Erkenntnis vom 28. Mai 1991, Zl. 90/08/0096, (mittlerweile Nr. 13450/A der Amtlichen Sammlung), hat der Verwaltungsgerichtshof diesen Bescheid der belangten Behörde wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben und begründend ausgeführt, daß - entgegen der Auffassung der Behörden des Verwaltungsverfahrens - einer Beteiligung der zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien an den "Entleihergesellschaften" insoweit Bedeutung zukäme, als daraus ein beherrschender Einfluß auf die Gestion des Unternehmens abgeleitet werden könnte. Dies sei nicht nur dann der Fall, wenn der Betreffende zumindest 51 % der Stammeinlage halte, sondern auch dann, wenn er über einen solchen Anteil als Stammeinlage verfüge, der ihm kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages ermögliche, in für die persönliche Abhängigkeit maßgebenden Belangen (Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten) die Erteilung der Weisungen durch die Generalversammlung zu verhindern (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 19. Februar 1991, Zl. 90/08/0092). Die weitere Frage, ob die gewählte Vertragskonstruktion aus dem hier maßgebenden Blickwinkel ein Umgehungs- oder Scheingeschäft sei, ließ der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis offen, da auch dann, wenn nur zwischen Arbeitnehmer und Verleiher (als Arbeitgeber) ein Vertragsverhältnis bestehe, für die Dauer der Beschäftigung des entliehenen "Arbeitnehmers" bei dem Unternehmen, auf welches ihm ein beherrschender Einfluß der genannten Art zukomme, keine Versicherungspflicht zum "Verleihunternehmen" bestehe. Es bestehe nämlich rechtlich kein Unterschied, ob der Dienstgeber den Dienstnehmer unmittelbar weisungsfrei stelle oder ob er sein - an sich formell bedungenes - Weisungsrecht mit Zustimmung des Dienstnehmers an eine juristische Person delegiere, die von diesem Dienstnehmer beherrscht werde (siehe auch ZAS 1992, 207 ff mit zustimmender Anmerkung von Micheler).

2. Zwischenzeitig lehnte die Beschwerdeführerin weitere Anmeldungen der erstmittelbeteiligten Partei betreffend die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien zur Vollversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ASVG ab und stellte fest, daß im jeweiligen Zeitraum Versicherungspflicht zur erstmittelbeteiligten Partei nicht vorlag und zwar

-

mit Bescheid vom 29. Dezember 1989 die Anmeldung des Drittmittelbeteiligten ab 1. Juni 1989,

-

mit Bescheid vom 16. August 1990 die Anmeldung des Zweitmittelbeteiligten für den Zeitraum vom 1. Jänner 1990 bis 31. Mai 1990,

-

mit Bescheid vom 6. März 1991 die Anmeldung des Drittmittelbeteiligten ab 1. Juni 1990, sowie

-

mit Bescheid vom 14. März 1991 die Anmeldung des Zweitmittelbeteiligten ab 1. Juni 1990.

Den gegen diese Bescheide von den zweit- bzw. drittmittelbeteiligten Parteien erhobenen Einsprüchen hat der Landeshauptmann von Wien mit Einspruchsbescheiden vom 5. April 1990, vom 18. Juni 1991 und vom 20. Juni 1991 "gemäß § 66 Abs. 4 AVG stattgegeben" und die bekämpften Bescheide aufgehoben. In der Begründung dieser

Bescheide verwies der Landeshauptmann auf den - mit dem oben genannten Erkenntnis vom 28. Mai 1991 behobenen - Bescheid der belangten Behörde vom 23. März 1990.

3. Mit den nunmehr in Beschwerde gezogenen Bescheiden hat die belangte Behörde den gegen diese Einspruchsbescheide erhobenen Berufungen der Beschwerdeführerin (bzw. den Berufungen der Beschwerdeführerin gegen den Einspruchsbescheid vom 18. August 1989 im zweiten Rechtsgang) gemäß § 66 Abs. 4 AVG keine Folge gegeben, die Einspruchsbescheide bestätigt bzw. hinsichtlich der Einspruchsbescheide vom 20. Juni 1991 und vom 18. Juni 1991 (hg. Zlen. 93/08/0183 und 0185) jeweils ausgesprochen, daß die Versicherungspflicht mit 31. März 1992 zu beenden sei.

Dazu stellte die belangte Behörde fest, daß die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien mit der erstmittelbeteiligten Partei jeweils einen Dienstvertrag abgeschlossen hätten, in dem sie sich verpflichtet hätten, nach Maßgabe der ihnen von der Gesellschaft erteilten Weisungen zur Mitarbeit in all jenen Unternehmen, mit welcher die Gesellschaft derzeit oder in Zukunft Personalbereitstellungsverträge hinsichtlich des Dienstnehmers abgeschlossen habe bzw. abschließen werde, als Geschäftsführer tätig zu sein und über ihre Tätigkeit jeweils der Generalversammlung dieser Gesellschaft "Rechnung abzulegen". Sie hätten ein monatlich im nachhinein zahlbares Gehalt von brutto S 80.000,-- (zuzüglich einer pauschalen Abgeltung für zu leistende Mehrarbeit und für zu leistende Überstunden) erhalten. Der Zweit- und der Drittmittelbeteiligte seien im verfahrensgegenständlichen Zeitraum an die J-Gesellschaft m.b.H. W und die gleichlautende Gesellschaft in K sowie an die R Gesellschaft m.b.H. verliehen worden. Mit diesen drei Gesellschaften habe die erstmittelbeteiligte Partei gleichlautende Vereinbarungen abgeschlossen, in denen sie sich verpflichtet habe, die Zweit- bzw. Drittmittelbeteiligten ohne wichtigen Grund nicht abzuziehen und im Falle der Erkrankung oder sonstigen Dienstverhinderung (ausgenommen Urlaub) eine Ersatzkraft über Aufforderung für täglich mindestens zwei Stunden (längstens aber auf die Dauer von fünf Wochen) zur Verfügung zu stellen. Die Gesellschaften, an die die Zweit- bzw. Drittmittelbeteiligten verliehen worden seien, hätten sich verpflichtet, allfällig erbrachte Überstunden dem Dienstnehmer gegenüber zu bestätigen und alle für die und bei der Ausübung der Tätigkeit der Zweit- und Drittmittelbeteiligten anfallenden Spesen und Kosten, wie Gehalt, Überstunden, anteilige Abfertigungsansprüche, Reise-, Aufenthalts- und Übernachtungskosten, Diäten und sonstige Auslagen, welcher Art immer, zu ersetzen. Darüber hinaus sei von den drei Gesellschaften ein zusätzliches Entgelt von jeweils 3 % aller angefallenen Spesen und Kosten zu bezahlen gewesen.

Nach den - in den angefochtenen Bescheiden im einzelnen dargelegten - Beteiligungsverhältnissen dieser Gesellschaften komme den zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien an diesen für sich allein kein beherrschender Einfluß zu, da sie über ihre - direkt oder über Unterbeteiligungen bestehende - Beteiligung von je 38 % des jeweiligen Stammkapitals keine Möglichkeit hätten, die Beschlußfassung der Generalversammlung betreffend die gemäß § 20 Abs. 1 GesmbH-Gesetz zustehenden Weisungsrechte dem Geschäftsführer gegenüber zu verhindern bzw. zu beeinflussen. Die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien hätten ihre Tätigkeit am Sitz der Gesellschaft bzw. in deren Zentralbüro verrichtet. Die Arbeitszeit habe wöchentlich 40 Stunden betragen, an deren Einhaltung die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien gebunden gewesen seien. Welche Arbeiten bei den Gesellschaften zu erledigen gewesen seien, habe sich nach den Notwendigkeiten ergeben. Über die Arbeitszeit und über die Überstunden seien Aufzeichnungen zu führen gewesen, die monatlich im nachhinein dem Dienstgeber (der erstmittelbeteiligten Partei) zu übermitteln gewesen seien. Das Entgelt sei von der "Entleihgesellschaft" (ersichtlich gemeint: die erstmittelbeteiligte Partei als Verleihgesellschaft) ausbezahlt worden. Der Krankenstand sei ihr ebenfalls gemeldet worden und sie sei in einem solchen Fall verpflichtet gewesen, eine Ersatzkraft über Aufforderung für täglich mindestens zwei Stunden, längstens jedoch für die Dauer von fünf Wochen zu bestellen. Weisungen bezüglich der Tätigkeit hätten die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien als Geschäftsführer "von den Gesellschaften", für die sie tätig gewesen seien, erhalten. Sie wären verpflichtet gewesen, ihre Tätigkeit persönlich zu verrichten und hätten sich nicht vertreten lassen können. In rechtlicher Hinsicht vertrat die belangte Behörde die Auffassung, daß ein beherrschender Einfluß der zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien aufgrund ihrer Beteiligung an den Entleihgesellschaften nicht bestehe und daß sie aufgrund des festgestellten Sachverhaltes in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit (ergänze: bei den Entleihgesellschaften für die erstmittelbeteiligte Partei) tätig geworden seien.

4. Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden Beschwerden der Gebietskrankenkasse.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, jeweils erklärt, von der Erstattung einer Gegenschrift

Abstand zu nehmen und beantragt, die Beschwerden kostenpflichtig abzuweisen.

Die erstmitbeteiligte Partei erstattete Gegenschriften, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der jeweiligen Beschwerden beantragt.

Die viert- und fünftmitbeteiligten Sozialversicherungsträger erklärten, auf die Erstattung von Gegenschriften zu verzichten.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerdefälle wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und darüber erwogen:

5.1. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde im Kern geltend, die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien hätten jeweils den "Dienstverschaffungsvertrag" als Geschäftsführer (der Entleihgesellschaften) und den "Dienstvertrag" als Dienstnehmer unterfertigt. Diese Verträge seien "reine Scheinverträge", da in der Art und Weise der Tätigkeit der Geschäftsführer nach dem Abschluß dieser Verträge keinerlei Änderungen in tatsächlicher Hinsicht eingetreten seien. Die Bereitstellung einer Ersatzkraft sei rechtlich unverbindlich, da die Bestellung zum Geschäftsführer nur durch die Generalversammlung erfolgen könne. Wenn sich der Dienstnehmer im Dienstvertrag bereit erklärt habe, sich als Geschäftsführer zur Verfügung zu stellen, so gelte dasselbe, wobei noch zu berücksichtigen sei, daß die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien (ergänze: im Zeitpunkt des Abschlusses der genannten Verträge) bereits seit langem als Geschäftsführer (ergänze: der Entleihunternehmen) bestellt und im Handelsregister als solche eingetragen gewesen seien. Von einer "tatsächlichen Personalverschaffung" könne nur dann die Rede sein, wenn der zu verleihende Dienstnehmer noch nicht in der Gesellschaft tätig sei, an welche er verliehen werden solle.

5.2.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat u.a. im Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12325/A, unter Hinweis auf die Vorjudikatur zunächst hervorgehoben, daß unter einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 in Verbindung mit § 35 Abs. 1 zweiter Satz ASVG das dienstliche Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu dem Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG zu verstehen sei, wobei Dienstgeber im Sinne der zuletzt genannten Bestimmung derjenige sei, auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb geführt werde, in dem der Arbeitnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis stehe, m.a.W. jener sei, der nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften berechtigt und verpflichtet werde.

5.2.2. Im Falle eines sogenannten "Leiharbeitsverhältnisses" hat der Verwaltungsgerichtshof erstmals im Erkenntnis vom 24. Juni 1976, Zl. 415/75, ungeachtet des Umstandes, daß die Leistungserbringung im Betrieb eines Dritten (vereinbarungsgemäß) erfolgen sollte und erfolgte, die Dienstgebereigenschaft (nur) des VERLEIHUNTERNEHMENS bejaht, da der Dienstnehmer nur ihm gegenüber zur Erbringung von Dienstleistungen vertraglich verpflichtet sei, seiner Zurverfügungstellung an den bestimmten Dritten ausdrücklich zugestimmt habe und die Gebundenheit des Dienstnehmers gegenüber dem Dritten nur die Konkretisierung der gegenüber dem Verleiher unverändert weiterbestehenden persönlichen Abhängigkeit darstelle. Daran hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 5. September 1980, Zl. 36/78 (aber auch in weiteren Erkenntnissen vom 8. Februar 1974, Slg. Nr. 8548/A, vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0097, und vom 12. November 1991, Zl. 89/08/0262) festgehalten und im Erkenntnis vom 23. Mai 1985, Slg. Nr. 11778/A, dazu den weiteren Rechtssatz geprägt, daß dann, wenn im Rahmen der vorübergehenden Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte (im Sinne des Leiharbeitsverhältnisses) die grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen verleihendem Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufrecht blieben und der "Entleiher" nur ihm delegierte, fremde Rechte ausüben dürfe, der Verleiher in der Regel auch der sozialversicherungsrechtliche Dienstgeber des Leiharbeitnehmers sein werde (so auch Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis, 92).

5.2.3. Auch in der arbeitsrechtlichen Literatur und Judikatur wird beim Leiharbeitsverhältnis einhellig für wesentlich gehalten, daß der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit beim Beschäftiger (Entleiher) rechtlich nur seiner Arbeitspflicht gegenüber dem Verleiher nachkomme, daß die Weisungen des Entleihers als solche des Verleihers (als Arbeitgeber) zu beurteilen seien, diesen auch sämtliche Arbeitgeberpflichten weiterhin träfen und eine unmittelbare vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Drittem fehle (vgl. schon Mautaschl, Der Dienstverschaffungsvertrag, ÖJZ 1952, 1 ff, insbesondere 3; Geppert, DRdA 1969, 128 ff; Uhlenhut, SoSi 1972, 30; Wachter, ZAS 1975, 52; Krejci in Krejci, Hrsg. - Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 126; Schrammel, ZAS 1985, 208 f; Kerschner,

JBl. 1981, 393, 402; Geppert, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 63; Leutner-Schwarz-Ziniel, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 69, sowie Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht I3, 122; ferner OGH ArbSlg. 9677, 10896 und 11052).

5.2.4. Die Frage, ob der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im Prinzip) deren Dienstnehmer sein könne, hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem grundlegenden Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10140/A, eingehend erörtert und in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis näher dargelegten Lehre u.a. die Auffassung vertreten, daß zwischen der auf einem Gesellschafterbeschuß beruhenden Bestellung zum Geschäftsführer und dem Anstellungsvertrag unterschieden werden müsse. Durch die Bestellung, die eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei, die allerdings erst mit der Annahme durch den Bestellten wirksam werde, werde die körperschaftsrechtliche Funktion des Geschäftsführers mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten begründet; dadurch übernehme der Geschäftsführer die ihm durch GesmbH-Gesetz und Gesellschaftsvertrag zugewiesenen Aufgaben. Durch den in der Regel zwischen der Gesellschaft, vertreten durch die Gesellschafter, und dem Geschäftsführer abgeschlossenen Anstellungsvertrag würden die zusätzlichen, rein schuldrechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft geregelt; sein Hauptinhalt auf seiten des Geschäftsführers sei die nähere Ausgestaltung der durch das Organschaftsverhältnis vorgezeichneten Verpflichtungen zur Dienstleistung und zur Geschäftsbesorgung (vgl. das Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10140/A, Seite 420 der Amtlichen Sammlung).

5.3. Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist zunächst festzuhalten, daß im Prinzip das Anstellungsverhältnis und der gesellschaftsrechtliche Bestellungsakt des Geschäftsführers einer GesmbH ein und dieselbe Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers zum Gegenstand haben, maW, daß sich im allgemeinen nicht erst durch den (angenommen: nachfolgenden) Anstellungsvertrag, sondern schon durch den (wirksamen) gesellschaftsrechtlichen Bestellungsakt im wesentlichen die Pflicht des bestellten Geschäftsführers zur Geschäftsführung ergibt, sodaß zu Recht (in solchen Fällen) von einer bloßen Ergänzung des Organverhältnisses durch den Anstellungsvertrag (vgl. dazu Grillberger, Der Fremdgeschäftsführer einer GesmbH als Dienstnehmer? in FS Ostheim, 553, unter Berufung auf Kastner, ÖJZ 1949, 9, u.a., sowie Runggaldier-Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften, 86), nicht aber von einem vom Funktionsverhältnis völlig unabhängigen Dienstverhältnis (vgl. Kastner, aaO) die Rede sein kann. (Die Fallkonstellation, daß ein sonstiger Angestellter einer GesmbH in der Folge auch zum Geschäftsführer bestellt wird, insbesondere die Folgen einer solchen Bestellung für das bisherige Angestelltenverhältnis können im Beschwerdefall unerörtert bleiben.)

5.4. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Überlassung von Geschäftsführern einer Ges.m.b.H. durch Dritte ("Drittanstellung"), die vor allem im Konzern, aber auch bei der Ges.m.b.H. & Co KG nicht selten ist, wird im allgemeinen bejaht (vgl. Runggaldier-Schima, aaO, 98 f;

Kastner-Doralt-Novotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup>, 372; Micheler, ZAS 1992, 209, jeweils mwH).

Die Rechtsbeziehungen zwischen Verleihunternehmen, Entleihgesellschaft und dem "entliehenen" Geschäftsführer unterscheiden sich jedoch in solchen Fällen von jenen des sonstigen Leiharbeitsverhältnisses nach dem Gesagten vor allem dadurch, daß die Beschäftigergesellschaft aufgrund eigener Rechtsbeziehungen zum Geschäftsführer aus dem Bestellungsakt ein Recht auf dessen Arbeitsleistung erwirbt und der Geschäftsführer seine Dienste aufgrund dieses Rechtsverhältnisses zu leisten schuldig ist und nicht aufgrund seiner (allenfalls auch arbeitsrechtlichen) Beziehung zum Verleihunternehmen. Es entsteht durch den (wirksamen) Bestellungsakt ein Verhältnis gegenseitiger Rechte und Pflichten zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft (Runggaldier-Schima, aaO, 79). Allenfalls konkurrierende Pflichten zum Verleiher werden dann durch die jeweils zwingende gesellschaftsrechtliche Organisationsregelung und Verantwortlichkeit überlagert (so Novotny, DRdA 1989, 428). Der Geschäftsführer darf nämlich nicht mittels arbeitsrechtlicher Weisungsbefugnis unter Umgehung der gesellschaftsrechtlichen Willensbildungsvorschriften zu einem Verhalten bestimmt werden, dessen Determinierung der Generalversammlung obliegt (Runggaldier-Schima, aaO, 100). Auch ist das Verleihunternehmen in seiner Disposition über die Beschäftigung des Geschäftsführers insoweit nicht mehr frei, als z.B. eine einseitige "Abberufung" am besonderen Rechtsverhältnis des Geschäftsführers zum Entleihunternehmen scheitert und es daher über die Arbeitskraft des Geschäftsführers ohne dessen Mitwirkung bzw. jene des Entleihunternehmens für die Dauer dieses Rechtsverhältnisses zum Entleihunternehmen nicht mehr frei verfügen kann.

All dies muß auch - notwendigerweise - vom Willen der Vertragsparteien eines solchen "Dienstverschaffungsvertrages" umfaßt sein, in welchem jemand ausdrücklich zum Zwecke der Beschäftigung als Geschäftsführer im Sinne des GesmbH-Gesetzes zur Verfügung gestellt wird. Auch sind Weisungen der Gesellschafter im Rahmen des § 20 Abs. 1 GesmbH-Gesetz, soweit sie die näheren Umstände der Erbringung der Dienstleistung betreffen, solche aus eigenem Recht und beruhen nicht etwa auf einem Delegationszusammenhang mit dem Verleihunternehmen aufgrund der mit diesem getroffenen Vereinbarungen (zur grundsätzlichen Ablehnung eines weisungsfreien Mindestbereiches des Geschäftsführers - vorbehaltlich Gesetz und Satzung - vgl. Reich-Rohrwig, Das österreichische GesmbH-Recht 126, sowie SZ 49/163). Auch dann, wenn man mit Schima (Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers einer Ges.m.b.H., ZAS 1987, 121 f, 158 f, insbesondere 122; in diesem Sinne auch das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. 10140/A) der Auffassung wäre, daß sich eine Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers in persönlicher (d.h. den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten betreffender) Hinsicht nicht schon aus § 20 Abs. 1 GesmbH-Gesetz ergibt, sondern - allenfalls - erst aus dem Anstellungsvertrag (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10140/A, und vom 30. März 1993, 92/08/0084), ändert dies nichts für die hier zu untersuchende Rechtsfrage:

Da der vom Bestellungsakt zu unterscheidende Anstellungsvertrag (der auch konkludent geschlossen werden kann) keine vom Bestellungsverfahren verschiedene Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers begründet, sondern in der Regel nur die näheren Umstände regelt, unter denen die Leistung des Geschäftsführers zu erbringen ist (so auch Grillberger, aaO, 553, ebenso Kastner, aaO, 9) und für dessen Abschluß ebenfalls die Generalversammlung der Ges.m.b.H. zuständig ist (bzw. es an ihr liegt, Dritte oder den Aufsichtsrat durch Vollmacht bzw. Gesellschaftsvertrag dafür zuständig zu machen: vgl. Runggaldier-Schima, aaO, 82) ist es rechtlich gar nicht denkbar, diese Umstände (nämlich die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers, den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten bei Erbringung der Geschäftsführungstätigkeit betreffend) als selbständigen Gegenstand des mit einem Dritten fortbestehenden Arbeitsvertrages vorzustellen.

Dies schließt nicht aus, daß daneben auch ein (vom Anstellungsvertrag zur Ges.m.b.H. zu

unterscheidender) Arbeitsvertrag zum Verleiher fortbestehen kann, etwa dann, wenn sich dieser nicht nur auf die Tätigkeit als Geschäftsführer beim Entleihunternehmen, sondern auch noch auf andere Arbeitsleistungen gegenüber der entsendenden Gesellschaft bezieht, wie dies bei der Abstellung eines Dienstnehmers der Muttergesellschaft an eine Tochtergesellschaft als Geschäftsführer mitunter der Fall sein wird (vgl. Runggaldier-Schima, aaO, 100 f).

5.5. Das Entstehen eines Dienstvertrages zum ENTLEIHER eines Leiharbeitsverhältnisses wurde in der Literatur teils für den Fall der "Übertragung der Lohnschuld" auf ihn erwogen (so Robert Müller, ZAS 1968, 81; ferner Krejci in Krejci, Hrsg. -

Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 329), teils erst für den Fall, daß der Zahlungspflichtige in bezug auf das Dienstverhältnis auch nach außen verfügungsberechtigt werde (so Bodendorfer, Probleme des Dienstgeberhaftungsprivilegs, ZAS 1985, 49). Da Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG auch jener ist, der den Dienstnehmer hinsichtlich der Lohnzahlung auf Dritte verweist - sofern die Beschäftigung in einem Betrieb stattfindet, der auf seine Rechnung und Gefahr geführt wird - hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung bisher den Verleiher eines Leiharbeitsverhältnisses auch dann als sozialversicherungsrechtlichen Dienstgeber angesehen, wenn die Lohnzahlung direkt durch den Beschäftigten (Entleiher) erfolgte (vgl. die Erkenntnisse vom 24. Juni 1959, Slg. Nr. 5002/A, vom 17. September 1991, 90/08/0208, und vom 21. September 1993, ZI.92/08/0186).

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes ist jedoch ein unmittelbares Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zum Beschäftigten (Entleiher) als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG jedenfalls dann anzunehmen, wenn diesem aufgrund eigener Rechtsbeziehungen mit dem Dienstnehmer ein unmittelbarer (und nicht bloß vom Verleiher abgeleiteter) Rechtsanspruch auf die Arbeitsleistung zusteht (in diesem Sinne, wenn auch auf den Dienstgeberbegriff des DHG bezogen:

Schrammel, DRdA 1979, 407). Wird diese in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht, so kommt ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zum Entleihunternehmen zustande. Ein solches Beschäftigungsverhältnis besteht jedoch nach dem Gesagten hinsichtlich der Geschäftsführertätigkeit nach dem GesmbH-Gesetz nicht (auch) zum Überlasser (Verleiher), wenn ihm gegenüber für die Dauer der

Geschäftsführungstätigkeit keine Arbeitsleistungen erbracht werden und nach dem tatsächlichen Vertragsinhalt auch gar nicht erbracht werden sollen, sondern der "Arbeitsvertrag" ausschließlich die Überlassung an Dritte als Geschäftsführer einer GesmbH zum Gegenstand hat.

5.6. In den Beschwerdefällen erschöpfte sich der "Dienstvertrag" der zweit- und drittmittelbeteiligten Partei zur erstmittelbeteiligten Partei darin, daß er auf die Zurverfügungstellung der zweit- und drittmittelbeteiligten Partei an drei Ges.m.b.H. als Geschäftsführer abzielte und - ausdrücklich - die zweit- und drittmittelbeteiligte Partei zu einem - gesetzlich und vertraglich - gesellschaftskonformen Verhalten diesen Gesellschaften gegenüber verpflichtete, d.h. auf das erst durch den Beststellungsakt bzw. Anstellungsvertrag herbeizuführende besondere Rechtsverhältnis zu den Entleihergesellschaften bereits ausdrücklich Bedacht nahm. Es ist daraus weder ein davon unabhängiger arbeitsvertraglicher Bereich zu entnehmen, in dessen Rahmen die zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien Dienstleistungen gegenüber der erstmittelbeteiligten Partei hätten erbringen können oder sollen, noch ist ein solches Rechtsverhältnis zur erstmittelbeteiligten Partei hinsichtlich der Tätigkeit als Geschäftsführer bei den Entleihergesellschaften rechtlich denkbar. Es fehlt daher an einem Rechtsgrund, die von den zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien bei den Entleihergesellschaften erbrachten Dienstleistungen als Geschäftsführer als für die erstmittelbeteiligte Partei aufgrund der mit ihr bestehenden vertraglichen Beziehungen erbracht anzusehen, womit es am entscheidenden Gesichtspunkt dafür mangelt, während der Dauer der Tätigkeit der zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien als Geschäftsführer für die Entleihergesellschaften die erstmittelbeteiligte Partei als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG anzusehen. Es kann daher zwischen der erstmittelbeteiligten Partei und den zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien schon aus diesen Gründen kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis in den streitgegenständlichen Zeiträumen bestanden haben.

Es bedarf daher in den Beschwerdefällen weder einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob bei Personen, die Gesellschafter einer GesmbH und überdies bereits als Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen sind, eine (nachträgliche) "Zurverfügungstellung" mittels eines Leiharbeitsvertrages an dieselbe Gesellschaft überhaupt denkbar ist, noch, ob allenfalls "Scheinverträge" vorliegen.

6. Die angefochtenen Bescheide waren daher wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen Materien Sozialversicherung Handelsrecht Gesellschaftsrecht Dienstnehmer Begriff Einzelne Berufe und Tätigkeiten Diverses

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1995:1993080182.X00

#### **Im RIS seit**

14.02.2002

#### **Zuletzt aktualisiert am**

05.03.2010

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)