

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.02.2016

Geschäftszahl

2013/08/0058

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten, den Hofrat Dr. Strohmayer, die Hofrätinnen Dr. Julcher und Mag. Rossmeisel sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richterinnen und Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Gruber, über die Beschwerde des H M in G, vertreten durch Dr. Kurt Fassl, Rechtsanwalt in 8020 Graz, Grieskai 98/5, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 31. Jänner 2013, Zl. MA 40 - SR 4686/12, betreffend Beitragspflicht nach dem ASVG (mitbeteiligte Partei: Wiener Gebietskrankenkasse in 1100 Wien, Wienerbergstraße 15-19, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30/3), zu Recht erkannt:

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

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 und der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Aufwendungen in der Höhe von 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung**I.**

1. Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde ausgesprochen, dass der Beschwerdeführer als Dienstgeber im Sinne des § 35 ASVG verpflichtet sei, für den Zeitraum vom 1. Februar 2010 bis zum 30. Juni 2010 für vier namentlich genannte Dienstnehmer Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen sowie Beiträge nach dem BMSVG in der Gesamthöhe von EUR 7.507,21 an die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse zu entrichten.

1.1. In der Begründung stellte die belangte Behörde fest, dass der Beschwerdeführer mit Unternehmenskaufvertrag vom 28. Dezember 2005 von BP ein näher bezeichnetes Unternehmen (Spielwarengeschäft) erworben habe. Der Unternehmenskaufvertrag habe die Klausel beinhaltet, dass zum "Kaufgegenstand" auch Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern gehörten. Die Dienstnehmerin PL sei in diesem Spielwarengeschäft bereits seit 17. Februar 2003 als Verkäuferin angestellt gewesen. Im Jahr 2007 habe der Beschwerdeführer auch noch FE als Verkäufer aufgenommen. Daneben habe es im bescheidgegenständlichen Zeitraum zwei geringfügig beschäftigte Angestellte gegeben.

Noch vor Aufnahme des FE habe der Beschwerdeführer den Unternehmenskaufvertrag angefochten. Dieser Rechtsstreit sei letztlich mit Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 22. Oktober 2009, 3 Ob 111/09h, zu Gunsten des Beschwerdeführers entschieden und der Unternehmenskaufvertrag ex tunc aufgehoben worden.

Die Dienstnehmer, die bereits davor über den Rechtsstreit informiert worden seien, habe der Beschwerdeführer im Jänner 2010 von diesem Urteil in Kenntnis gesetzt und dabei gemeint, dass er nun nicht mehr Eigentümer des Unternehmens sei und auch nicht mehr verpflichtet wäre, die Gehälter zu bezahlen. Er habe aber offengelassen, wie es mit dem Betrieb weitergehe und verschiedene Möglichkeiten in den Raum gestellt. Die Weiterführung durch die Veräußerin sei auf Grund deren Pensionierung eher unwahrscheinlich gewesen. Auch die Übernahme des Geschäfts durch einen Dritten oder die Sperre des Geschäfts seien diskutiert worden. Die Dienstnehmer hätten wie bisher weiter gearbeitet. Allerdings sei ihnen vom Beschwerdeführer aufgetragen worden, keine neuen Waren mehr zu bestellen. Auch habe der Beschwerdeführer gemeint, dass er nicht mehr Dienstgeber sei und tatsächlich keine Anweisungen mehr geben könne. Allerdings seien die gelieferten Waren vom Beschwerdeführer weiter nach Möglichkeit bezahlt worden und der tägliche Umsatz habe weiter von den Dienstnehmern an den Beschwerdeführer telefonisch weitergegeben werden müssen. Ein anderer

Dienstgeber habe nicht existiert. Die Veräußerin des Unternehmens sei nicht mehr in Österreich aufhältig gewesen.

Die Dienstnehmer hätten noch bis 30. Juni 2010 im Geschäft gearbeitet und über Aufforderung des Beschwerdeführers die Inventur sowie Retoursendungen an Lieferanten gemacht. Am 30. Juni 2010 seien dann dem Beschwerdeführer über seine Aufforderung die Geschäftsschlüssel ausgehändigt worden. Der Beschwerdeführer habe die Dienstnehmer hinsichtlich etwaiger Ansprüche an die Veräußerin des Unternehmens verwiesen. Mit Ende Juni 2010 sei es zur Schließung des Geschäfts gekommen. Die Dienstnehmer PL und FE hätten sich in einem Schreiben an den Beschwerdeführer, aber auch an die Veräußerin, am 1. Juli 2010 arbeitsbereit erklärt und eine Nachfrist zur Begleichung ihres Entgelts bis 12. Juli 2010 bei Androhung des Austritts gesetzt. Nachdem ihnen das Entgelt nicht bezahlt worden sei, hätten sie am 13. Juli 2010 ihren vorzeitigen Austritt erklärt. Mit Klage beim Arbeits- und Sozialgericht Wien hätten die Dienstnehmer vom Beschwerdeführer die offenen Entgeltansprüche vom 1. Juni 2010 bis zum 13. Juli 2010 sowie die Kündigungsentschädigung begehrt. Der Beschwerdeführer habe eingewandt, dass er nicht Dienstgeber sei, weil mit der gerichtlichen rückwirkenden Vertragsauflösung alle Pflichten und Rechte gegenüber den Dienstnehmern erloschen seien.

Mit Urteil vom 22. August 2012, 9 ObA 144/11h, habe der Oberste Gerichtshof in diesem Rechtsstreit festgestellt, dass trotz erfolgreicher Anfechtung des Unternehmensverkaufs ein Betriebsübergang vorliege, weil der Betriebsführer tatsächlich den Betrieb geführt habe und nach der Vertragsauflösung keine faktische Rückführung des Betriebs an die Verkäuferin erfolgt sei. Der Käufer sei somit weiter Dienstgeber der Dienstnehmer.

1.2. In rechtlicher Hinsicht lege die belangte Behörde zunächst die anwendbaren Bestimmungen des ASVG dar und führte sodann weiter aus, dass nach § 3 Abs. 1 AVRAG, wenn ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergehe, dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintrete. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes spiele die Rechtsgrundlage des Betriebsübergangs keine Rolle und es verliere das Fehlen einschlägiger Vertragsbeziehungen zur Vermeidung der Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs sein Gewicht, sofern die übrigen Merkmale des Betriebsübergangs deutlich ausgeprägt seien. Der Inhaberbegriff des Betriebsübergangsrichtlinie (2001/23/EG) bzw. des § 3 AVRAG erfasse jede natürlich und juristische Person, die für den Betrieb verantwortlich sei und gegenüber den im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern die Arbeitgeberverpflichtungen eingehe. Ob der Betrieb mit oder ohne Gegenleistung veräußert werde oder ob daran bloß ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht begründet werde, sei ebenso wenig entscheidend, wie die Frage, ob zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber überhaupt eine vertragliche Beziehung bestehe. Entscheidend sei die tatsächliche Übernahme des Betriebs. Der Zeitpunkt des Betriebsübergangs sei - unabhängig von der Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräußerer -

nach objektiven Faktoren zu bestimmen und orientiere sich an der tatsächlichen Übernahme der arbeitsrechtlichen Organisation und Leitungsmacht.

Ausgehend davon komme dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dass ein Vertrag ex tunc, also rückwirkend, aufgehoben worden sei, keine Relevanz zu, weil es nicht um die rechtlichen Grundlagen des Übergangs gehe, die zwischen Betriebsübergeber und Betriebserwerber gar nicht vorhanden sein müssten, sondern um die faktische Übernahme der Leitungsmacht und die Ausübung der Arbeitgeberfunktionen. Dass der Beschwerdeführer diese Leitungsmacht über den Betrieb übernommen habe, ergebe sich eindeutig aus dem Sachverhalt. Die Veräußerin habe den Betrieb nach Aufhebung des Unternehmerkaufvertrages nicht faktisch wieder rückübernommen.

Da der Beschwerdeführer im bescheidgegenständlichen Zeitraum das Unternehmen faktisch geführt habe, sei er auf Grund des § 3 Abs. 1 AVRAG in die Dienstverträge eingetreten und als arbeitsrechtlicher Dienstgeber anzusehen.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gelte als Dienstgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinne derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt werde, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis stehe, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen habe oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweise.

Für die Beantwortung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt werde, sei zwar grundsätzlich das Eigentum am Betrieb eine maßgebliche Begebenheit. Eine Person, die nicht Eigentümer eines Betriebes sei, könne dennoch als Dienstgeber angesehen werden, wenn der Betrieb auf ihre Rechnung und Gefahr geführt werde. Die Dienstgebereigenschaft entstehe durch den Eintritt in die bestehenden Dienstverträge oder durch Abschluss neuer Dienstverträge. Nach der Rechtsprechung schließe das zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme noch bestehende bürgerliche Eigentum an einer Betriebsliegenschaft einer anderen Person die Betriebsführung auf eigene Rechnung und Gefahr und somit die Dienstgebereigenschaft nicht aus, wenn die faktische Übergabe des Betriebes wie im gegenständlichen Fall belegt sei.

Da der Beschwerdeführer gemäß § 3 Abs. 1 AVRAG als arbeitsrechtlicher Dienstgeber anzusehen sei, habe die Veräußerin im bescheidgegenständlichen Zeitraum auch keine rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme (Weisung, Kontrolle) auf die Betriebsführung gehabt, weshalb sie auch nicht als Dienstgeberin zu qualifizieren

sei. Der Beschwerdeführer hingegen habe neben der faktischen auch die rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme auf den Betrieb gehabt und dieser Betrieb sei somit auf seine Rechnung und Gefahr geführt worden, weshalb er auch als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG mit den dazugehörigen Rechten und Pflichten anzusehen sei.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes geltende machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

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

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Dienstgebereigenschaft wesentlich sei, wer nach rechtlichen und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet werde, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar treffe.

Im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen müsse dem Dienstgeber zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehen. Maßgeblich seien die wirklichen rechtlichen Verhältnisse, nicht der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt. Demgemäß könne auch ein indirekt Vertretener Dienstgeber sein.

Entgegen dieser Rechtsprechung stütze sich die belangte Behörde in ihrer Beurteilung bloß auf tatsächliche Elemente, nämlich darauf, dass der Beschwerdeführer das Unternehmen im bescheidegegenständlichen Zeitraum faktisch geführt habe. Aus rechtlicher Sicht sei jedoch BP als Dienstgeberin anzusehen, weil der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt (Führung des Unternehmens durch den Beschwerdeführer) nicht maßgeblich sei, sondern die rechtlichen Verhältnisse ausschlaggebend für die Beurteilung der Dienstgebereigenschaft nach § 35 ASVG seien. Der Beschwerdeführer habe die gegenständlichen Dienstverhältnisse im Unternehmenskaufvertrag vom 28. Dezember 2005 mit übernommen. Diese Dienstverhältnisse seien somit Gegenstand des Unternehmenskaufvertrages gewesen und würden dessen Schicksal unterliegen. Der Beschwerdeführer habe den Unternehmenskaufvertrag erfolgreich wegen Irrtum und List angefochten. Die auf Grund des angefochtenen Vertrags übereignete Sache - in diesem Fall das Unternehmen inklusive der Dienstverträge - falle mit der Anfechtung wieder dem alten Eigentümer zurück, die Übereignung werde ungültig. Eigentümer sei daher noch jener, der die Sache auf Grund des Vertrages übereignen habe wollen.

Auch in Fällen bereits in Vollzug gesetzter Dauerschuldverhältnisse würden Rechtsprechung und Lehre eine Auflösung ex tunc dann bejahen, wenn Arglist vorliege oder trotz des bereits eingetretenen Beginn des Dauerschuldverhältnisses Rückabwicklungsschwierigkeiten nicht bestehen würden.

Der Begriff des Inhabers im Sinne des § 3 Abs. 1 AVRAG sei nicht mit jenem des Dienstgebers im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG ident. Im Gegensatz zu § 3 AVRAG würde für die Dienstgebereigenschaft nach dem ASVG rechtliche Gesichtspunkte den Vorrang vor faktischen Verhältnissen haben.

Unrichtig sei die Ansicht der belangten Behörde, wonach der Beschwerdeführer aus dem Grund als arbeitsrechtlicher Dienstgeber anzusehen sei, dass BP keine rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung gehabt haben solle. Da der Unternehmenskaufvertrag mit Wirkung ex tunc aufgehoben worden sei, habe sie über die rechtlichen Befugnisse zur Gänze wieder verfügt. Dem Beschwerdeführer hingegen seien diese Befugnisse ab rechtskräftiger Nichtigerklärung des Unternehmenskaufs entzogen gewesen. Ihm sei nur die faktische Betriebsführung ohne diesbezügliche rechtliche Grundlage verblieben. Der Beschwerdeführer hätte die Dienstverhältnisse auch nicht aufkündigen können. Der Beschwerdeführer habe daher seine Dienstgeberpflichten als bloßer Vertreter der Eigentümerin und keinesfalls im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung oder als Inhaber ausgeübt. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer faktisch Arbeitgeberfunktionen ausgeübt habe, sei darauf zurückzuführen, dass BP im Zeitraum von Jänner bis Juni 2010 nicht erreichbar gewesen sei und dem Beschwerdeführer somit nichts anderes übrig geblieben sei, als zumindest die Maßnahmen zu setzen, die zur Hintanhaltung eines noch größeren Schadens für das Unternehmen notwendig gewesen seien. Der Beschwerdeführer sei daher nicht Dienstgeber des § 35 Abs. 1 ASVG, sondern bloß Verwalter bzw. Vertreter von BP gewesen.

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

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

in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen hat, ist für die Dienstgebereignschaft wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Juli 2013, 2011/08/0151, uva.).

Obwohl es für die abschließende Beantwortung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt, nicht ausreicht festzustellen, wem das Eigentum an den Betriebsmitteln, mit deren Hilfe der Betrieb geführt wird, zukommt, so ist dennoch das Eigentum (Miteigentum) entsprechend dem Gegenstand der Betriebsführung schon nach sachenrechtlichen Grundsätzen die primär ausschlaggebende rechtliche Gegebenheit für die Zurechnung von Rechten und Pflichten aus der Betriebsführung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, 2007/08/0296).

Eine sozialversicherungsrechtlich relevante Änderung der sich aus den Eigentumsverhältnissen ergebenden Zurechnung setzt rechtswirksame (und rechtswirksam bleibende) dingliche (zB durch Einräumung eines Fruchtgenussrechtes) oder obligatorische Rechte (zB durch Abschluss eines Pachtvertrages oder einer besonderen, einem Pachtvertrag nahekommenden Vereinbarung zwischen Miteigentümern) mit der Wirkung voraus, dass statt des Eigentümers (der Miteigentümer) ein Nichteigentümer (bzw. bei Vereinbarungen zwischen Miteigentümern einer der Miteigentümer allein) aus der Führung des Betriebes berechtigt und verpflichtet wird (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. Oktober 2002, 99/08/0157, und vom 2. April 2008, 2007/08/0240).

2.3. Im vorliegenden Fall wurde zwar mit Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 22. Oktober 2009, 3 Ob 111/09h, der zwischen dem Beschwerdeführer und BP abgeschlossene Unternehmenskaufvertrag mit ex tunc Wirkung aufgehoben, wodurch das Eigentum des Beschwerdeführers am Betrieb weggefallen ist. Der Oberste Gerichtshof hat mit Urteil vom 22. August 2012, 9 ObA 144/11h, aber auch ausgesprochen, dass gegenständlich - trotz erfolgreicher Anfechtung des Unternehmenskaufvertrages - ein Betriebsübergang gemäß § 3 AVRAG vorliegt. Auf Grund dieser - vom Verwaltungsgerichtshof geteilten - Qualifikation ist der Beschwerdeführer (als Arbeitgeber) mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse eingetreten. Er hat somit eine weitreichende Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung, gleichzeitig trifft ihn das wirtschaftliche Risiko des Betriebes.

Ausgehend von diesen rechtlichen Verhältnissen hat die belangte Behörde den Beschwerdeführer zu Recht als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG qualifiziert.

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

4. 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 24. Februar 2016