



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Vizepräsidentin Dr.ⁱⁿ Sporrer und die Hofrätin Dr. Julcher als Richterinnen sowie den Hofrat Mag. Stickler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Sasshofer, über die Revision der A AG in W, vertreten durch die Leitner Leitner GmbH, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in 5020 Salzburg, Hellbrunnerstraße 7, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. November 2021, W228 2106866-1/70E und W228 2119894-1/14E, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Österreichische Gesundheitskasse; mitbeteiligte Parteien: 1. T Z in W, vertreten durch Dr. Thomas Krankl, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Lerchenfelder Straße 120/28, 2. Pensionsversicherungsanstalt, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt; weitere Partei: Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz),

I. zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird, soweit eine Pflichtversicherung des Erstmitbeteiligten aufgrund seiner Tätigkeit für die M AG bzw. die revisionswerbende Partei als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG in der der Voll-(Kranken-, Unfall- und Pensions-)Versicherung im Zeitraum von 28. August 2000 bis 29. Oktober 2009 sowie in der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 8 AIVG von 1. Jänner 2008 bis 29. Oktober 2009 festgestellt wurde, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

II. den Beschluss gefasst:

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 In einem Schreiben vom 23. April 2013 teilte der Erstmitbeteiligte der Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), deren Rechtsnachfolgerin nunmehr die Österreichische Gesundheitskasse ist, mit, er sei nach den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen für die M AG bzw. die revisionswerbende



Parteivon 1. Oktober 1999 bis 1. April 2015 als Dienstnehmer im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG tätig gewesen. Dazu beantragte er die Erlassung eines Bescheides über das Bestehen einer Pflichtversicherung nach dem ASVG.

- 2 Mit Bescheid vom 1. April 2015 stellte die WGKK fest, dass der Erstmitbeteiligte im Zeitraum 7. Juli 2006 bis 1. April 2015 aufgrund seiner Tätigkeit für die revisionswerbende Partei weder als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 ASVG noch als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG der Voll-(Kranken-, Unfall- und Pensions-)Versicherungspflicht sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei.
- 3 Mit einem weiteren Bescheid vom 29. Dezember 2015 stellte die WGKK fest, dass der Erstmitbeteiligte im Zeitraum von 1. Oktober 1999 bis 8. Juli 2010 aufgrund einer Tätigkeit für die M AG - deren Rechtsnachfolgerin die revisionswerbende Partei ist - noch als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 ASVG noch als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG der Voll-(Kranken-, Unfall- und Pensions-)Versicherungspflicht sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei.
- 4 Begründend führte die WGKK - soweit hier wesentlich - jeweils aus, der Erstmitbeteiligte sei für diverse Unternehmen tätig geworden, die ihrerseits Dienstleistungen für die revisionswerbende Partei bzw. die M AG erbracht hätten, wofür der Erstmitbeteiligte eingesetzt worden sei. Die revisionswerbende Partei sei nicht als Dienstgeberin im Sinn von § 35 Abs. 1 ASVG anzusehen.
- 5 Mit dem in Revision gezogenen Erkenntnis gab das Bundesverwaltungsgericht den gegen diese Bescheide erhobenen Beschwerden des Erstmitbeteiligten nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung Folge und stellte fest, dass der Erstmitbeteiligte aufgrund seiner Tätigkeit für die M AG bzw. die revisionswerbende Partei im Zeitraum von 1. Oktober 1999 bis 10. Jänner 2013 als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG der Voll-(Kranken-, Unfall- und Pensions-)Versicherungspflicht sowie im



Zeitraum von 1. Jänner 2008 bis 10. Jänner 2013 der Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 8 ALVG unterlegen sei. Die Revision erklärte das Bundesverwaltungsgericht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig.

- 6 Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, der Erstmitbeteiligte sei seit 1. Oktober 1999 als Spezialist im Bereich der Informationstechnologie bzw. als Programmierer für die M AG, deren gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolgerin die revisionswerbende Partei aufgrund einer Verschmelzung sei, bzw. die revisionswerbende Partei selbst tätig geworden. Seine Aufgabe sei - gemeinsam mit einer weiteren Person - die Betreuung des Rechnungslegungssystems im Bereich der Wertkartentelefonie der revisionswerbenden Partei gewesen. Das EDV-System sei dabei weiterzuentwickeln, anzupassen und zu warten gewesen. Von 28. August 2000 bis 29. Oktober 2009 sei der Erstmitbeteiligte Inhaber einer Gewerbeberechtigung für Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik gewesen. Seine Tätigkeit habe der Erstmitbeteiligte überwiegend auf dem für ihn eingerichteten Arbeitsplatz bei der revisionswerbenden Partei und nur selten von zu Hause aus verrichtet. Für Meetings und Jour-Fix-Termine habe er in den Räumlichkeiten der revisionswerbenden Partei anwesend sein müssen. Persönlichen Weisungen sei er jedoch nicht unterlegen.
- 7 Den Inhalt und die Bedingungen seiner Tätigkeit habe der Erstmitbeteiligte selbst mit der revisionswerbenden Partei bzw. zuvor der M AG verhandelt. Entsprechend der mit dem Erstmitbeteiligten getroffenen Vereinbarung sei er bis zum Jahr 2011 monatlich mit einem Pauschalbetrag und ab dem Jahr 2012 nach abgerechneten Stunden bezahlt worden. Das sich daraus ergebende Entgelt sei deutlich überdurchschnittlich gewesen und habe bis zu € 20.000 monatlich betragen. Eine direkte Rechnungslegung hinsichtlich seiner Leistungen durch den Erstmitbeteiligten und eine direkte Zahlung der revisionswerbenden Partei bzw. der M AG an ihn sei jedoch nur im Zeitraum von 1. Oktober 2003 bis 30. September 2004 erfolgt. Hinsichtlich der übrigen Zeit von etwa zwölf Jahren sei die Abrechnung der Leistungen über



verschiedene Kapitalgesellschaften erfolgt. Dazu seien Verträge zwischen der revisionswerbenden Partei bzw. der M AG und diesen Gesellschaften über die Erbringung der in der Folge vom Erstmitbeteiligten verrichteten Dienstleistungen im Bereich der EDV errichtet und die Leistungen des Erstmitbeteiligten über diese - im Lauf der Jahre insgesamt zehn verschiedene - Unternehmen abgerechnet worden. Diese „Vertragspartner“ seien in den meisten Fällen vom Erstmitbeteiligten selbst vorgeschlagen worden. Es habe sich bei diesen Gesellschaften zum Teil nur um „substanzlose, kurzlebige Einmann-GesmbHs“ gehandelt, die vom Erstmitbeteiligten selbst gegründet worden bzw. von ihm übernommen worden seien, wobei er teilweise selbst auch als geschäftsführender Gesellschafter dieser Unternehmen fungiert habe. Der Zweck dieser Konstruktion sei nur die Abrechnung der Dienste des Erstmitbeteiligten gewesen. Die „Zwischenschaltung“ der „Vertragspartner“ habe somit nur der Verschleierung der wahren wirtschaftlichen Verhältnisse - somit der unmittelbaren Vertragsbeziehung zwischen dem Erstmitbeteiligten und der revisionswerbenden Partei bzw. der M AG - gedient.

- 8 In rechtlicher Hinsicht folge, dass die revisionswerbende Partei bzw. die M AG selbst als Dienstgeberinnen nach § 35 Abs. 1 ASVG anzusehen seien. Eine Arbeitskräfteüberlassung sei nicht vorgelegen, wogegen auch die lange durchgehende Dauer der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten spreche. Entgegen der Annahme der revisionswerbenden Partei sei kein bloßer Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag vorgelegen. Wie sich aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ergebe, spreche auch der Umstand, dass der Erstmitbeteiligte zeitweise über eine Gewerbeberechtigung verfügt habe, nicht gegen ein Dienstverhältnis. Bei einer Abwägung aller Kriterien ergebe sich aber, dass der Erstmitbeteiligte nicht persönlich abhängig gewesen sei, sodass kein Beschäftigungsverhältnis nach § 4 Abs. 2 ASVG vorgelegen sei. Es seien aber die - näher dargestellten - Voraussetzungen einer Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG gegeben gewesen.
- 9 Gegen dieses Erkenntnis wendet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Der Verwaltungsgerichtshof hat das Vorverfahren eingeleitet. In ihren Revisionsbeantwortungen beantragten der Erstmitbeteiligte, die Revision



zurückzuweisen, in eventu abzuweisen, und der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, die Revision abzuweisen. Die Österreichische Gesundheitskasse trat in ihrem als Revisionsbeantwortung bezeichneten Schriftsatz der Ansicht der Revision bei.

10 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

11 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

12 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen. Ein solcher Beschluss ist gemäß § 34 Abs. 3 VwGG in jeder Lage des Verfahrens zu fassen.

13 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

14 Der Abspruch über die Versicherungspflicht ist stets zeitraumbezogen zu beurteilen und insoweit auch teilbar (vgl. VwGH 14.11.2012, 2010/08/0029; 22.11.2006, 2004/08/0275; jeweils mwN). Liegen trennbare Absprüche - wie hier hinsichtlich des Bestehens einer Pflichtversicherung in verschiedenen Zeiträumen - vor, ist die Zulässigkeit einer dagegen erhobenen Revision getrennt zu prüfen (vgl. etwa VwGH 3.5.2022, Ra 2022/09/0022; 13.9.2018, Ro 2016/15/0005).

Zu I. (teilweise Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses):



- 15 Zur Zulässigkeit der Revision wird zunächst geltend gemacht, der Eintritt einer Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG sei gegenüber einer Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 bis 3 GSVG subsidiär. Da der Erstmitbeteiligte, wie vom Bundesverwaltungsgericht festgestellt, von 28. August 2000 bis 29. Oktober 2009 über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik verfügt habe, sei er der Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG unterlegen. Seine Tätigkeit für die revisionswerbende Partei bzw. die M AG sei von dieser Gewerbeberechtigung umfasst gewesen. Schon aus diesem Grund scheide eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG aus.
- 16 Die Revision ist insoweit zulässig und berechtigt.
- 17 Es trifft wohl zu, dass - wie vom Bundesverwaltungsgericht ausgeführt - die Innehabung einer einschlägigen Gewerbeberechtigung dem Bestehen einer am Vorliegen eines (abhängigen) Beschäftigungsverhältnisses anknüpfenden Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 ASVG nicht entgegensteht (vgl. etwa VwGH 21.8.2017, Ra 2016/08/0119, mwN). Anderes gilt jedoch für freie Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG. Insoweit ordnet § 4 Abs. 4 lit. a ASVG an, dass u.a. dann keine Pflichtversicherung nach dieser Bestimmung eintritt, wenn auf Grund der Tätigkeit bereits eine Versicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG besteht. Wird daher eine Tätigkeit im Rahmen einer Gewerbeberechtigung verrichtet, schließt insoweit die aus der Innehabung dieser Gewerbeberechtigung folgende Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG eine Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG aus (vgl. VwGH 14.11.2012, 2011/08/0157, mwN).
- 18 Nach den vom Bundesverwaltungsgericht getroffenen Feststellungen hat der Erstmitbeteiligte für die M AG und die revisionswerbende Partei Tätigkeiten im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung für Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik verrichtet. Die Revision ist daher im Recht, dass im Zeitraum von 28. August 2000 bis 29. Oktober 2009, in dem der Erstmitbeteiligte - wie vom Bundesverwaltungsgericht festgestellt - Inhaber dieser Gewerbeberechtigung



war, eine Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG nicht eingetreten ist.

19 Das angefochtene Erkenntnis war daher in einem gemäß § 12 Abs. 1
Z 2 VwGG gebildeten Senat hinsichtlich der Feststellung einer
Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG von
28. August 2000 bis 29. Oktober 2009 gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen
Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

20 Ein Ausspruch über den Aufwandersatz unterbleibt, weil ein solcher in der
Revision nicht beantragt wurde.

21 **Zu II. (teilweise Zurückweisung der Revision):**

22 Hinsichtlich der (trennbaren) weiteren festgestellten Zeiträume der
Pflichtversicherung wird in der Revision unter dem Gesichtspunkt der
Zulässigkeit im Weiteren zunächst vorgebracht, in arbeitsgerichtlichen und
abgabenrechtlichen Verfahren sei davon ausgegangen worden, dass der
Erstmitbeteiligte in keiner direkten Vertragsbeziehung zur revisionswerbenden
Partei gestanden sei bzw. dass er selbstständig erwerbstätig gewesen sei. Diese
Entscheidungen seien durch den Obersten Gerichtshof (Hinweis auf OGH
26.2.2020, 9 ObA 141/19d) bzw. den Verwaltungsgerichtshof (Hinweis auf
VwGH 18.1.2021, Ra 2018/13/0092) bestätigt worden. Von diesen
höchstgerichtlichen Entscheidungen weiche das Bundesverwaltungsgericht im
vorliegenden Fall ab.

23 In dem von der Revision angesprochenen arbeitsgerichtlichen Verfahren wurde
eine vom Erstmitbeteiligten auf Leistung von Arbeitsentgelt gerichtete Klage
abgewiesen und dabei davon ausgegangen, dass der Erstmitbeteiligte in keiner
Vertragsbeziehung zur revisionswerbenden Partei gestanden sei. Der Oberste
Gerichtshof hat mit dem von der revisionswerbenden Partei angesprochenen
Beschluss (OGH 26.2.2020, 9 ObA 141/19d) eine Revision des
Erstmitbeteiligten - ausgehend von den Feststellungen der arbeitsgerichtlichen
Vorinstanzen - gemäß § 508a Abs. 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des
§ 502 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen und dabei unter anderem auf das
Neuerungsverbot des § 504 Abs. 1 ZPO verwiesen. Daraus ist für die



revisionswerbende Partei aber schon deshalb nichts zu gewinnen, weil das Vorliegen einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Erstmitbeteiligten und der revisionswerbenden Partei - insbesondere auch das Vorliegen eines Angestelltenverhältnisses - nur vorfrageweise im Zusammenhang mit dem als Hauptfrage geltend gemachten Entgeltanspruch beurteilt wurde. Eine Bindung an das Ergebnis des arbeitsgerichtlichen Verfahrens besteht daher in der Frage, ob ein Vertragsverhältnis - insbesondere auch ein (freier) Dienstvertrag - zwischen der revisionswerbenden Partei und dem Erstmitbeteiligten abgeschlossen wurde, bereits aus diesem Grund nicht. Dies war vielmehr vom Bundesverwaltungsgericht eigenständig zu beurteilen (vgl. VwGH 29.6.2005, 2001/08/0053; 4.10.2001, 96/08/0351).

- 24 Im abgabenrechtlichen Verfahren wurde über die Umsatz- und Einkommensteuer des Erstmitbeteiligten für die Jahre 2004 bis 2012 entschieden. Dabei ging das Bundesfinanzgericht davon aus, dass die vom Erstmitbeteiligten für die revisionswerbende Partei bzw. die M AG verrichteten Tätigkeiten dem Erstmitbeteiligten selbst zuzurechnen seien. Die „zwischengeschalteten Gesellschaften“ seien nur zu Abrechnungszwecken vorgeschoben worden und hätten „als Briefkastenfirmen fungiert“. Ein Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 sei nicht vorgelegen. Mit seinem Beschluss vom 18. Jänner 2021, Ra 2018/13/0092, wies der Verwaltungsgerichtshof die dagegen erhobene Revision des Erstmitbeteiligten zurück, wobei er insbesondere darauf hinwies (Rn. 32 f, mwN), dass es sich beim Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 um einen eigenständigen Begriff des Steuerrechts handelt und es nicht darauf ankommt, wie dies in anderen Rechtsgebieten beurteilt wird, wobei der Legaldefinition des § 47 Abs. 2 EStG 1988 zwei Kriterien zu entnehmen sind, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses nach dieser Bestimmung sprechen, nämlich die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers.

- 25 Als Dienstnehmer nach § 4 Abs. 2 ASVG gilt nach dem dritten Satz dieser Bestimmung - von dort genannten Ausnahmen abgesehen - jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 iVm. Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Der



Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung aber schon klargestellt, dass aus § 4 Abs. 2 dritter Satz ASVG kein Gegenschluss in die Richtung gezogen werden kann, dass die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG nur dann vorliegt, wenn auch die Lohnsteuerpflicht im Sinn des dritten Satzes dieser Gesetzesstelle zu bejahen ist (vgl. VwGH 25.2.2019, Ra 2019/08/0025, mwN). Umso weniger kann aus dem Nichtvorliegen eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 auf den Nichteintritt einer Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG geschlossen werden. Es trifft daher schon deshalb nicht zu, dass die vom Bundesverwaltungsgericht nunmehr getroffene Feststellung einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG mit dem genannten Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 18. Jänner 2021, Ra 2018/13/0092, im Widerspruch stünde.

- 26 Zur Zulässigkeit der Revision wird weiters geltend gemacht, die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, der Erstmitbeteiligte sei in einer direkten Vertragsbeziehung zur revisionswerbenden Partei bzw. deren Rechtsvorgängerin gestanden, beruhe auf einer unrichtigen Auslegung der Judikatur zur Arbeitskräfteüberlassung. Maßgeblich sei, ob nach den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen Arbeitskräfteüberlassung vorliege. Dies sei schon dann zu bejahen, wenn eine der alternativen Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 Z 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) verwirklicht sei. Es komme darauf an, ob einem Beschäftigten Arbeitskräfte von einem Überlasser zur Arbeit unter dessen Leitung zur Verfügung gestellt würden. Die dafür somit typische Konstellation, dass die überlassene Person - wie hier der Erstmitbeteiligte - unter Aufsicht und Leitung des Beschäftigten tätig werde, sei vom Bundesverwaltungsgericht fälschlich als Begründung dafür herangezogen worden, dass eine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem Erstmitbeteiligten und der revisionswerbenden Partei vorgelegen wäre.
- 27 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



Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Für die Dienstgebereigenschaft ist 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. VwGH 20.11.2019, Ra 2018/08/0227).

- 28 Hinsichtlich des Zustandekommens eines Beschäftigungsverhältnisses steht das ASVG auf dem Boden der Eingliederungstheorie. Ein „Beschäftigungsverhältnis“ im Sinn des § 35 ASVG wird durch den „Einstellungsakt“ (das ist die Aufnahme der Beschäftigung) begründet und bleibt so lange aufrecht, als ein übereinstimmender Wille vorliegt, dass (abhängige) Dienste entgeltlich geleistet und diese entgegengenommen werden. Das Bestehen eines „Verpflichtungsaktes“ ist nicht Voraussetzung (vgl. VwGH 19.12.2012, 2012/08/0260; 15.7.2013, 2011/08/0151; jeweils mwN).
- 29 Im vorliegenden Fall ist nicht strittig, dass der Erstmitbeteiligte über einen Zeitraum von mehr als 13 Jahren im Betrieb der M AG bzw. deren Rechtsnachfolgerin, der revisionswerbenden Partei, tätig geworden ist. Strittig ist jedoch, ob dies aufgrund einer Einstellung des Erstmitbeteiligten durch die M AG bzw. die revisionswerbende Partei erfolgte oder ob dem eine Arbeitskräfteüberlassung zu Grunde lag.
- 30 Insoweit ist auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen, wonach im Rahmen der vorübergehenden Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte (Leiharbeitsverhältnis) die grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen verleihendem Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufrecht bleiben. Der „Entleiher“ darf nur ihm delegierte, fremde Rechte ausüben. Der Verleiher ist in der Regel auch der sozialversicherungsrechtliche Dienstgeber des Leiharbeitnehmers. Damit kommt der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit beim Beschäftiger (Entleiher) 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. nochmals 96/08/0351, mwN). Dagegen hat der Verwaltungsgerichtshof ein unmittelbares Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG zum Beschäftigter (Entleiher) als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG dann angenommen, wenn diesem aufgrund eigener Rechtsbeziehungen mit dem Dienstnehmer ein unmittelbarer (und nicht bloß vom Verleiher abgeleiteter) Rechtsanspruch auf die Arbeitsleistung zusteht (vgl. VwGH 17.1.1995, 93/08/0182; 7.9.2017, Ro 2014/08/0046).

- 31 Gemäß § 539a Abs. 3 ASVG ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Gemäß § 539a Abs. 5 Z 3 ASVG gelten u.a. die Grundsätze, nach denen die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind. Auf eine allfällige Missbrauchs- oder Umgehungsabsicht kommt es demnach nicht an (vgl. VwGH 15.07.2013, 2011/08/0151). Scheingeschäfte bleiben nach § 539a Abs. 4 ASVG bei Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG ohne Bedeutung (vgl. VwGH 27.8.2019, Ra 2016/08/0074, mwN).
- 32 Im vorliegenden Fall ist das Bundesverwaltungsgericht davon ausgegangen, dass sich der Erstmitbeteiligte - nach den im Sinn des § 539a ASVG maßgeblichen wahren Verhältnissen - persönlich gegenüber der revisionswerbenden Partei bzw. der M AG zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet habe und die Zwischenschaltung diverser Kapitalunternehmen, die teilweise auch nur zu diesem Zweck gegründet bzw. vom Erstmitbeteiligten übernommen worden seien, nur der Verschleierung der direkten vertraglichen Beziehung zum Erstmitbeteiligten gedient habe, weshalb die revisionswerbende Partei bzw. die M AG als Dienstgeberinnen nach § 35 Abs. 1 ASVG anzusehen seien. Die Revision vermag nicht darzulegen, dass diese einzelfallbezogene Beurteilung unvertretbar erfolgt wäre (vgl. zur Maßgeblichkeit des wahren Sachverhalts im Sinn des § 539a ASVG bei der Beurteilung der Dienstgebereigenschaft



nochmals VwGH 2011/08/0151). Dass der Erstmitbeteiligte das Entgelt nicht direkt von der revisionswerbenden Partei bzw. der M AG, sondern von dritter Seite ausbezahlt erhalten hat, ist für die Beurteilung der Dienstgebereigenschaft im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG nicht von Relevanz (vgl. VwGH 7.9.2017, Ro 2014/08/0046, mwN).

- 33 Unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit wird schließlich in der Revision noch geltend gemacht, es liege keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vor, ob die WGKK in Hinblick auf das Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz (SV-ZG) zur Erlassung der beim Bundesverwaltungsgericht in Beschwerde gezogenen Bescheide überhaupt zuständig gewesen sei. Nach den mit dem SV-ZG eingeführten Bestimmungen nach § 194b GSVG iVm. § 412e ASVG habe nämlich jener Versicherungsträger über einen Antrag auf Prüfung der Versicherungszuordnung zu entscheiden, der für die Krankenversicherung zuständig sei. Jedenfalls im Zeitraum von 29. August 2000 bis 29. Oktober 2009 sei der Erstmitbeteiligte aufgrund seiner Gewerbeberechtigung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG versichert gewesen. Auch liege keine Rechtsprechung dazu vor, ob das Bundesverwaltungsgericht in Hinblick auf das nach §§ 412a ff ASVG einzuhaltende Verfahren und die darin vorgesehenen wechselseitigen Verständigungspflichten die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen in seinem Verfahren als Partei hätte beiziehen müssen. Das SV-ZG sei zwar erst mit 1. Juli 2017 - somit erst nach Erlassung der gegenständlichen Bescheide der WGKK - in Kraft getreten. Es sei aber zu klären, ob das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Entscheidung das SV-ZG hätte anwenden müssen. Ausgehend von einer fehlenden Zuständigkeit der WGKK wären die angefochtenen Bescheide vom Bundesverwaltungsgericht aber aufzuheben gewesen.
- 34 Mit dem SV-ZG, BGBl. I Nr. 125/2017, wurde zur Klärung der Versicherungszuordnung ein Verfahren mit wechselseitigen Verständigungspflichten zwischen den Versicherungsträgern - nunmehr des Krankenversicherungsträgers und der Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen (§ 412a ASVG idF BGBl. I Nr. 100/2018) - eingeführt.



- 35 Gemäß § 707 Abs. 1 ASVG traten die dieses Verfahren betreffenden Bestimmungen, nämlich § 412a bis § 412e ASVG, mit 1. Juli 2017 in Kraft. Nach § 194b GSVG hat der Versicherungsträger (nach dem GSVG) die §§ 412a bis 412e ASVG sinngemäß anzuwenden.
- 36 Bei Änderungen verfahrensrechtlicher Rechtsvorschriften ist im Allgemeinen das neue Recht ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens anzuwenden (vgl. VwGH 1.7.2021, Ro 2021/02/0006, mwN). Die §§ 412a bis 412e ASVG regeln das von den Versicherungsträgern zur Klärung der Versicherungszuordnung durchzuführende Verfahren. Es ist nicht zweifelhaft, dass die Versicherungsträger diese Bestimmungen vor Inkrafttreten mit 1. Juli 2017 nach § 707 Abs. 1 ASVG nicht anzuwenden hatten. Vor dem Inkrafttreten mit 1. Juli 2017 konnte auch kein Antrag iSd. § 412e ASVG gestellt werden.
- 37 Schon aus diesem Grund vermag die revisionswerbende Partei im vorliegenden Fall, in dem die WGKK ihr Verfahren über den Antrag vom 23. April 2013 mit Bescheiden vom 1. April 2015 und vom 29. Dezember 2015 abgeschlossen hat, mit ihrem Vorbringen keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufzuzeigen. Es bedarf hier daher auch keines Eingehens darauf, welcher Versicherungsträger für einen Antrag auf Versicherungszuordnung nach § 412e ASVG zuständig ist.
- 38 In der Revision werden somit hinsichtlich der Feststellung der Pflichtversicherung des Erstmitbeteiligten nach § 4 Abs. 1 Z 14 iVm. Abs. 4 ASVG - abseits des oben behandelten Zeitraumes von 28. August 2000 bis 29. Oktober 2009 - keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

W i e n , am 31. Jänner 2023