

TE Vwgh Erkenntnis 2013/2/14 2012/08/0268

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.02.2013

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

Norm

ABGB §863;

ASVG §4 Abs2;

ASVG §4 Abs4;

ASVG §539;

ASVG §539a;

GSVG 1978 §2 Abs1 Z4;

1. ABGB § 863 heute
2. ABGB § 863 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998

20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 539 heute
2. ASVG § 539 gültig ab 01.01.1956

1. ASVG § 539a heute
2. ASVG § 539a gültig ab 01.07.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2012/08/0269 2012/08/0270 2012/08/0271 2012/08/0272 2012/08/0278 2012/08/0274 2012/08/0275 2012/08/0276 2012/08/0277 2012/08/0273

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über elf Beschwerden der G GmbH & Co KG in Wien, vertreten durch Kosch & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Stubenring 18, gegen elf Bescheide des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz jeweils vom 12. September 2012, jeweils zur Zl. BMASK-425510/0001-II/A/3/2010, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. SC in Wien, 2. SL in Wien, 3. CP in Wien, 4. DW in E, 5. WZ in Wien, 6. HJ in Wien,

1. 7.Ziffer 7
IF in Wien, 8. GP in Wien, 9. NF z.Hd. EB in G, 10. MD in WienJF in Wien, 8. Gesetzgebungsperiode in Wien, 9. NF z.Hd. EB in G, 10. MD in Wien,
2. 11.Ziffer 11
FM in Wien, 12. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 13. Wiener Gebietskrankenkasse in 1100 Wien, Wienerbergstraße 15-19, 14. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65- 67), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Aus den Beschwerden und den mit ihnen vorgelegten angefochtenen Bescheiden ergibt sich Folgendes:

Mit den im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheiden stellte die belangte Behörde fest, dass die erst- bis elftmitbeteiligten Parteien auf Grund ihrer Beschäftigungen bei der beschwerdeführenden Partei (als Schankkraft, Kellner, Kassakraft, Koch, Speisenträger bzw. Hilfskoch) einerseits in näher genannten Zeiträumen der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG und der Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliegen, andererseits in näher bestimmten Zeiträumen gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 Z 2 ASVG von der Vollversicherungspflicht ausgenommen sind und in den zuletzt genannten Zeiträumen der Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß § 7 Z 3 lit. a ASVG unterliegen. Mit den im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheiden stellte die belangte Behörde fest, dass die erst- bis elftmitbeteiligten Parteien auf Grund ihrer Beschäftigungen bei der beschwerdeführenden Partei (als Schankkraft, Kellner, Kassakraft, Koch, Speisenträger bzw. Hilfskoch) einerseits in näher genannten Zeiträumen der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit , Absatz 2, ASVG und der Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Litera a, AIVG unterliegen, andererseits in näher bestimmten Zeiträumen gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit , Absatz 2, Ziffer 2, ASVG von der Vollversicherungspflicht ausgenommen sind und in den zuletzt genannten Zeiträumen der Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß Paragraph 7, Ziffer 3, Litera a, ASVG unterliegen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, die beschwerdeführende Partei habe in ihren Berufungen vorgebracht, zwischen ihr und der jeweiligen mitbeteiligten Partei sei ein freier Dienstvertrag abgeschlossen und auch gelebt worden. Die mitbeteiligten Parteien hätten sich vertreten lassen können. Für die Tätigkeiten sei keine Erfahrung und Kenntnis des Betriebes notwendig gewesen, jede noch so unqualifizierte Person könnte diese ausführen. Sie habe die jeweiligen Vertreter einer der mitbeteiligten Parteien (ebenfalls) angemeldet, um jede Art von "Schwarzbeschäftigung" auszuschließen. Es sei irrelevant, von wem die Bezahlung der Vertreter ausgegangen sei. Auch wenn sich mitbeteiligte Parteien ausschließlich von den bei der beschwerdeführenden Partei (bereits früher) beschäftigten Personen vertreten ließen, heiße dies nicht, dass es den mitbeteiligten Parteien nicht zugestanden wäre, jederzeit nach Gutdünken einen geeigneten Vertreter zu bestimmen. Wenn eine Vertretung aus einem "Pool" an Mitarbeitern des Unternehmens heraus erfolge, so könne der einzelne Dienstnehmer davon ausgehen, dass er Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen könne. Dies würde den Anforderungen eines Gastronomiebetriebes nicht widersprechen. Für die meisten der mitbeteiligten Parteien habe es sich um einen "Nebenjob" gehandelt. Der freien Vertretungsmöglichkeit sei große Bedeutung zugekommen. Es sei ein großer Unterschied, ob ein Dienstnehmer am Sonntag arbeiten müsse oder sanktionslos fernbleiben könne.

Die beschwerdeführende Partei habe - so die belangte Behörde weiter - in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen am Standort N. in Wien ein Haubenrestaurant, ein Selbstbedienungsrestaurant sowie andere gastronomische Bereiche betrieben. Das Haubenrestaurant, das für ca. 50 Personen Platz geboten habe, sei täglich von 11.30 bis 14.00 Uhr und von 18.00 bis 24.00 Uhr geöffnet gewesen. Die restlichen Bereiche seien in der Regel nur an den einmal wöchentlich stattfindenden Renntagen bzw. bei (Groß-)Veranstaltungen in Betrieb gewesen. Mit den Kellnern, Köchen, Bar- und Schankkräften, Abwäschern, Speisenträgern etc. seien "freie Dienstverträge" abgeschlossen worden, zum erheblichen Teil auch nur für einen Tag. Zur Aufrechterhaltung des Betriebes an Renntagen auf insgesamt drei Etagen des Restaurationsbetriebes seien neben dem Geschäftsführer Z. und den beiden Kommanditisten zumindest weitere 22 Personen beschäftigt worden. Es sei für die beschwerdeführende Partei schwierig gewesen, genügend Personal zu bekommen. Mitarbeiter hätten die Tätigkeit auf Grund der zeitlichen Lagerung nach kurzer Zeit wieder beendet oder seien auf Grund einer hauptberuflichen Verpflichtung nicht zur Verfügung gestanden. Um fehlendes Personal ersetzen zu können, sei von der beschwerdeführenden Partei durch Mundpropaganda bzw. durch Vermittlung der bereits Beschäftigten laufend neues Personal rekrutiert worden.

Die Erstmitbeteiligte habe regelmäßig alle zwei Wochen als Schankkraft mit Inkasso in der Selbstbedienungssektor gearbeitet. Sie habe sich im Dienst mit Frau Sch. abgewechselt bzw. sei durch sie vertreten worden, wenn sie ihren Dienst nicht habe antreten können. Die Erstmitbeteiligte und Frau Sch. hätten ihre Dienste bei Urlaub und bei

vorhersehbaren Absenzen abgeglichen.

Die Zweitmitbeteiligte habe an den Renntagen, welche bereits im Vorfeld feststanden, als Schankkraft sowie Kassakraft im Selbstbedienungsrestaurant gearbeitet. Sie habe ihre Dienste mit dem Geschäftsführer Z. ausgemacht und diesen verständigt, an welchen Renntagen sie Dienst versehen könne. Ein einziges Mal habe die Zweitmitbeteiligte ihren Arbeitsplatz frühzeitig verlassen müssen. Sie sei in diesem Fall durch Z. vertreten worden.

Der Drittmitbeteiligte habe regelmäßig an den Renntagen als Kellner mit Inkasso gearbeitet. Die Abrechnung sei anhand der Abrechnungsbons jedes einzelnen Kellners vorgenommen worden. Bei Verhinderung habe der Drittmitbeteiligte Z. verständigt, welcher für Ersatz gesorgt habe.

Die Viertmitbeteiligte habe jeden Samstag bzw. zumindest jeden zweiten Samstag im Selbstbedienungsrestaurant der beschwerdeführenden Partei als Kassakraft gearbeitet. Bei Arbeitsbeginn habe sie von Z. das Wechselgeld erhalten, am Ende des Renntages habe sie mit diesem abgerechnet und auch ihren Stundenlohn bar ausbezahlt erhalten. Wenn sie ihren Dienst nicht habe antreten können, habe sie Z. angerufen, welcher sich um Ersatz gekümmert habe. Sie habe weder Ersatzkräfte geschickt noch genannt. Wenn sie ihren Arbeitsplatz kurzfristig habe verlassen müssen, sei sie durch die Zweitmitbeteiligte, Z. oder den Sechstmitbeteiligten vertreten worden.

Der Fünftmitbeteiligte habe als Schankkraft gearbeitet. Er habe das Wort "frei" in seinem Dienstvertrag auf die Steuer bezogen und eine Erklärung darüber, was dies wirklich heiße, nie bekommen. Im Falle einer Vertretung - was im gesamten Zeitraum seiner Beschäftigung etwa fünf- oder sechsmal vorgekommen sei - habe er jemanden aus dem Betrieb kontaktiert. Ein Betriebsfremder hätte seinen Arbeitsbereich nicht übernehmen können. Der Fünftmitbeteiligte habe sich auch um die Diensteinteilung der Kellner gekümmert sowie um die Abrechnung, die den Umsatz am Tagesende umfasst habe. Dies sei von der beschwerdeführenden Partei - ebenso wie die Arbeitsstunden der Kellner - kontrolliert worden. Z. habe die Kellner bezahlt und für diese Vertretungen organisiert, falls diese ausgefallen seien.

Der Sechstmitbeteiligte habe als Schankkraft ohne Inkasso im Selbstbedienungsrestaurant bzw. im "Zwischenstock" gearbeitet. Die Verrechnung der Speisen und Getränke sei im Selbstbedienungsrestaurant über die Kassakraft (die Zweitmitbeteiligte) erfolgt, im Zwischenstock über die Kellner. Er habe einen Dienstvertrag zur Unterfertigung vorgelegt bekommen, dessen genaue Bestimmungen ihm teilweise nicht bekannt bzw. nicht wichtig gewesen seien. Seine Vertretung sei intern aus dem Kreis der Arbeitskollegen organisiert worden. Dies sei in seinem Fall insgesamt sechsmal vorgekommen. Wichtig sei vor allem gewesen, dass Personen arbeiten, die den laufenden Betrieb kennen (Diensttausch).

Die Siebtmitbeteiligte habe als Schankkraft mit Inkasso im Bereich des Selbstbedienungskaffeehauses regelmäßig zumindest einmal im Monat (an starken Renntagen und wenn Frau Z. oder Frau H. nicht den Dienst versehen konnten) gearbeitet. Die Abrechnung sei anhand der Standliste bzw. über Zählwerke ausschließlich durch die beiden anderen Kolleginnen erfolgt. Am Dienstende sei von der Siebentmitbeteiligten der aus den Arbeitsstunden resultierende Betrag übergeben worden. Eine Vertretung habe die Siebentmitbeteiligte niemals namhaft gemacht, weil im Verhinderungsfall andere von der beschwerdeführenden Partei Beschäftigte eingesprungen seien.

Der Achtmithbeteiligte habe als Kellner mit Inkasso regelmäßig zumindest einmal in der Woche an den Renntagen sowie bei Veranstaltungen gearbeitet. Er habe nur dreimal seinen Dienst nicht versehen können und sei in diesen Fällen durch eine andere bei der beschwerdeführenden Partei beschäftigte Person vertreten worden.

Der Neuntmitbeteiligte habe im Zeitraum vom 1. Jänner 2005 bis zum 30. September 2006 als "Sous-Chef" gearbeitet, davon seit dem 1. März 2005 "in Vollzeit". Küchenchef sei der Kommanditist R. gewesen. Mit diesem habe der Neuntmitbeteiligte den Dienstplan für sich und für das übrige Küchenpersonal erstellt und an der Zusammenstellung der Menüs bzw. den angebotenen Speisen mitgewirkt. Das Essen sei in der Küche der beschwerdeführenden Partei mit deren Betriebsmitteln zubereitet worden. Der Neuntmitbeteiligte habe zwar während des Arbeitsablaufes eigenständig handeln können, die Vorbereitung bzw. das Ergebnis sei den Anweisungen und der Kontrolle des Kommanditisten R. sowie im Endergebnis der gelegentlichen Kontrolle der Geschäftsleitung der beschwerdeführenden Partei unterlegen. Die Bezahlung sei monatlich für eine 40-Stunden-Woche erfolgt. Die Vertretung im Verhinderungsfall sei durch Arbeitskollegen erfolgt (Diensttausch). In einzelnen Fällen, in denen keine Vertretung innerhalb der Kollegenschaft habe vereinbart werden können, sei eine Vertretung von der beschwerdeführenden Partei organisiert worden (u.a. mittels Personalbereitstellung durch eine Cateringfirma). Der Neuntmitbeteiligte sei zwar von der beschwerdeführenden Partei aufgefordert worden, einen Namen der Person zu nennen, welche ihn im Bedarfsfall

vertreten könne, der Neuntmitbeteiligte habe jedoch nie vorgehabt, dies in Anspruch zu nehmen. Er sei auch tatsächlich nicht vertreten worden. Eine Vertretung wäre nur durch Personen, welche den Dienstablauf bzw. die Betriebsorganisation kennen, möglich gewesen.

Der Zehntmitbeteiligte habe als Speisenträger im Bedienungsbereich der Logen im ersten und zweiten Stock an den Renntagen gearbeitet. Bei Ausfall von Personal sei er auch als Kellner beschäftigt gewesen. Der Zehntmitbeteiligte habe alle Dienste selbst geleistet und sich nie vertreten lassen.

Der Elftmitbeteiligte habe als Hilfskoch im Restaurant mit Bedienung im ersten Stock gearbeitet. Die beschwerdeführende Partei habe dem Elftmitbeteiligten bezüglich der Vertretung gesagt, dass er eine Vertretung nennen solle, falls er ausfallen sollte. Der Elftmitbeteiligte habe sich nie vertreten lassen.

Der Geschäftsführer Z. habe die Arbeitsleistungen der mitbeteiligten Parteien laufend kontrolliert. Er sei immer im Betrieb unterwegs gewesen und habe nachgesehen, ob alles in Ordnung sei. Bei Gästebeschwerden sei mit Z. Rücksprache gehalten worden. Dieser habe dann weitere Maßnahmen beschlossen. Am Tagesende sei mit Z. abgerechnet worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, ein Dienstvertrag lasse zwar die in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden, entscheidend sei jedoch, wie die in Aussicht genommene Beschäftigung konkret ausgeübt worden sei. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein vollversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) sei die persönliche Arbeitspflicht. Fehle sie, dann liege ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht könne entweder dadurch zum Ausdruck kommen, dass einem Beschäftigten die Befugnis eingeräumt werde, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte vornehmen zu lassen, oder dadurch, dass er sich ohne weitere Verständigung des Vertragspartners zur Verrichtung der bedungenen Arbeitsleistung einer Hilfskraft bedienen dürfe. In beiden Fällen sei aber Voraussetzung, dass eine generelle (nicht auf bestimmte Arbeiten oder auf bestimmte Ereignisse beschränkte, sondern jederzeit ohne weiteres nach Gutdünken ausübbarer) Befugnis zur Vertretung bei der Arbeitsleistung vorliege. Keine generelle Vertretungsberechtigung stelle die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen. Ebenso wenig stelle die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigten Personen eine generelle Vertretungsberechtigung dar. Nach dem Wortlaut der "freien Dienstverträge" seien die Mitbeteiligten berechtigt gewesen, "im Fall der Verhinderung durch Krankheit oder sonstige Abwesenheit auf eigene Kosten eine andere geeignete Person mit den ihr aus dieser Vereinbarung erwachsenden Verpflichtungen zu beauftragen (jederzeitiges vollständiges Vertretungsrecht)". Dies entspreche keinem generellen Vertretungsrecht, welches nach Gutdünken ausgeübt werden könne. Hätte die mitbeteiligten Parteien keine persönliche Arbeitspflicht getroffen, so wären sie weder nach § 4 Abs. 2 ASVG als abhängige Dienstnehmer noch gemäß § 4 Abs. 4 ASVG als freie Dienstnehmer pflichtversichert gewesen. Dies stünde im Widerspruch dazu, dass die beschwerdeführende Partei die mitbeteiligten Parteien bei der Gebietskrankenkasse als freie Dienstnehmer angemeldet habe. In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, ein Dienstvertrag lasse zwar die in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden, entscheidend sei jedoch, wie die in Aussicht genommene Beschäftigung konkret ausgeübt worden sei. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit iSd Paragraph 4, Absatz 2, ASVG (und damit für ein vollversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) sei die persönliche Arbeitspflicht. Fehle sie, dann liege ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht könne entweder dadurch zum Ausdruck kommen, dass einem Beschäftigten die Befugnis eingeräumt werde, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte vornehmen zu lassen, oder dadurch, dass er sich ohne weitere Verständigung des Vertragspartners zur Verrichtung der bedungenen Arbeitsleistung einer Hilfskraft bedienen dürfe. In beiden Fällen sei aber Voraussetzung, dass eine generelle (nicht auf bestimmte Arbeiten oder auf bestimmte Ereignisse beschränkte, sondern jederzeit ohne weiteres nach Gutdünken ausübbarer) Befugnis zur Vertretung bei der Arbeitsleistung vorliege. Keine generelle Vertretungsberechtigung stelle die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen. Ebenso wenig stelle die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigten Personen eine generelle Vertretungsberechtigung dar. Nach dem Wortlaut der "freien Dienstverträge" seien die Mitbeteiligten

berechtigt gewesen, "im Fall der Verhinderung durch Krankheit oder sonstige Abwesenheit auf eigene Kosten eine andere geeignete Person mit den ihr aus dieser Vereinbarung erwachsenden Verpflichtungen zu beauftragen (jederzeitiges vollständiges Vertretungsrecht)". Dies entspreche keinem generellen Vertretungsrecht, welches nach Gutdünken ausgeübt werden könne. Hätte die mitbeteiligten Parteien keine persönliche Arbeitspflicht getroffen, so wären sie weder nach Paragraph 4, Absatz 2, ASVG als abhängige Dienstnehmer noch gemäß Paragraph 4, Absatz 4, ASVG als freie Dienstnehmer pflichtversichert gewesen. Dies stünde im Widerspruch dazu, dass die beschwerdeführende Partei die mitbeteiligten Parteien bei der Gebietskrankenkasse als freie Dienstnehmer angemeldet habe.

Während der freie Dienstnehmer die Möglichkeit habe, den vorgegebenen Ablauf der Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, sei ein Merkmal für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit die Gebundenheit des Beschäftigten an einen ihm vom Dienstgeber zugewiesenen Arbeitsort und die vorgeschriebene Arbeitszeit sowie die Weisungsgebundenheit und die Kontrollunterworfenheit der Dienstnehmer. Die mitbeteiligten Parteien seien in die betriebliche Organisation der beschwerdeführenden Partei eingebunden gewesen. Auch eine fallweise Beschäftigung stehe einer solchen Eingliederung nicht entgegen. Entscheidend für die Weisungsgebundenheit seien Weisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten, sohin betreffend die Gestaltung des Arbeitsablaufes und die Arbeitsfolge und die damit im Zusammenhang stehenden organisatorischen Maßnahmen. Die mitbeteiligten Parteien seien laufend durch die Geschäftsführung kontrolliert worden. Alles, was über den alltäglichen Betrieb hinausgegangen sei (Abrechnung, Beschwerden, Gebrechen, Lieferungen) sei vom Geschäftsführer Z. gehandhabt worden.

Wenn eine der mitbeteiligten Parteien für einen Dienst eingeteilt gewesen sei, sei mit ihr gerechnet worden und sie habe zu erscheinen gehabt. Bei Verhinderung habe sie dies dem (Bereichs-)Verantwortlichen zu melden gehabt, und sie sei in weiterer Folge durch Kollegen ersetzt worden. Dass eine Person vor der eigentlichen Arbeitsausführung bzw. Dienstzuteilung bestimmen könne, ob sie diesen Dienst antrete, habe mit einem "sanktionslosen Ablehnungsrecht" im Zuge der Leistungsausführung (die gegen eine persönliche Abhängigkeit sprechen würde) nichts zu tun. Das "sanktionslose Ablehnungsrecht" sei als eine in den Vertrag zum Schein aufgenommene Phrase zu werten, welcher keine tatsächliche Bedeutung zugekommen sei. Ein solches Ablehnungsrecht von Aufträgen "jedweder Art" könne den Anforderungen an einen Gastronomiebetrieb nicht gerecht werden.

Für die belangte Behörde sei offensichtlich, dass bei der Beschäftigung der mitbeteiligten Parteien die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit jedenfalls überwiegen. Sie seien für die beschwerdeführende Partei in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen im Rahmen eines echten Dienstvertrages iSd § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG tätig gewesen. Da jedoch das aus den Dienstverhältnissen gebührende Entgelt in gewissen Zeiträumen die maßgebliche Grenze iSd § 5 Abs. 2 Z 2 ASVG nicht überschritten habe, liege in diesen Zeiträumen eine geringfügige Beschäftigung und somit eine Teilversicherung in der Unfallversicherung vor. Für die belangte Behörde sei offensichtlich, dass bei der Beschäftigung der mitbeteiligten Parteien die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit jedenfalls überwiegen. Sie seien für die beschwerdeführende Partei in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen im Rahmen eines echten Dienstvertrages iSd Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit , Absatz 2, ASVG tätig gewesen. Da jedoch das aus den Dienstverhältnissen gebührende Entgelt in gewissen Zeiträumen die maßgebliche Grenze iSd Paragraph 5, Absatz 2, Ziffer 2, ASVG nicht überschritten habe, liege in diesen Zeiträumen eine geringfügige Beschäftigung und somit eine Teilversicherung in der Unfallversicherung vor.

Gegen diese Bescheide richten sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden Beschwerden mit dem Begehren, die angefochtenen Bescheide kostenpflichtig aufzuheben.

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

Die beschwerdeführende Partei bringt vor, die laufende Tätigkeit in ihrem Gastronomiebetrieb hätte durch Kommanditisten, der darüber hinausgehende Spitzenausgleich durch "beschäftigungsabhängige freie Dienstnehmer" erfolgen sollen. Dies hätte "die Rekrutierung für sehr unregelmäßige Zeiten ... erleichtern" sollen. Die freien Dienstnehmer seien für jene Aufgaben eingesetzt worden, die entweder binnen kürzester Zeit von jedermann hätten bewältigt werden können oder bei denen es vollkommen egal gewesen sei, wann und wo sie ausgeübt würden. Beides hätte von den ganztags tätigen Kommanditisten mit jahrelanger Gastronomieerfahrung unterstützt werden sollen. Die

Tätigkeiten hätten schwerpunktartig einmal in der Woche ein paar Stunden gedauert. Als sich herausgestellt habe, dass die gastronomische Betreuung alleine mit freien Dienstnehmern nicht zu bewältigen gewesen sei, seien "sowohl echte Beschäftigungsverhältnisse mit Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers und freie Dienstverhältnisse ohne persönliche Arbeitsverpflichtung" eingegangen worden. Die mitbeteiligten Parteien hätten ihre freien Dienstverhältnisse auf Basis eines schriftlichen freien Dienstvertrages ausgeübt. Dieser habe ein "jederzeitiges vollständiges Vertretungsrecht" vorgesehen, das tatsächlich so gelebt worden sei. Die vertragliche Vereinbarung habe die Vermutung der Richtigkeit für sich. Es sei richtig, dass die beschwerdeführende Partei ihre freien Dienstnehmer aufgefordert habe, Vertreter zu nennen. Sie habe wissen wollen, "wer wen vertreten hatte, um diesen Sachverhalt im Beitragsverfahren vorbringen zu können". Es habe sich nicht um ein bloß wechselseitiges Vertretungsrecht gehandelt, vielmehr sei jeder Vertreter (als Dienstnehmer der beschwerdeführenden Partei) angemeldet worden.

Die Erstmitbeteiligte habe ausnahmslos Frau Sch. angerufen, wenn diese sie vertreten sollte. Die Entscheidung, ob sie arbeite oder nicht, sei ausschließlich ihre eigene gewesen. Die Zweitmitbeteiligte habe mit der beschwerdeführenden Partei vereinbart, bei Bedarf und wenn sie Zeit hätte tageweise beschäftigt zu werden. Auch der Drittmittelbeteiligte habe Ersatz geschickt, wenn er an einem Arbeitseinsatz verhindert war. Die Viertmitbeteiligte habe laut eigenen Angaben in ihrer Befragung am 7. April 2006 deponiert, sie habe den Geschäftsführer Z. angerufen und ihm gesagt, wenn sie an einem vereinbarten Tag nicht habe arbeiten können. Die Siebtmitbeteiligte sei als Vertreterin von Frau Z. "angeheuert ... und (aus Gründen der Sicherheit) von der Beschwerdeführerin angemeldet" worden. Wenn es der Siebtmitbeteiligten nicht möglich gewesen sei, einen Dienst zu übernehmen, seien andere der beschwerdeführenden Partei ebenfalls bekannte Arbeitskräfte angerufen worden. Der Neuntmitbeteiligte hätte mit Peter H., einem Kollegen aus dem Gastronomiebereich, einen nicht aus dem Kreis der ebenfalls bei der beschwerdeführenden Partei beschäftigten freien Dienstnehmer als Vertreter nennen können. Das Vertretungsrecht sei nicht nur vertraglich vereinbart, sondern tatsächlich gelebt worden. Die Vertretungen hätten sich die freien Dienstnehmer größtenteils untereinander organisiert. Der Kreis der Vertreter sei "sicher nicht auf eine bestimmte Personengruppe" beschränkt gewesen. Um das Tätigwerden von nicht angemeldeten Personen und "Doppelgleisigkeiten" bei der Verrechnung zu vermeiden, seien die Vertreter direkt von der beschwerdeführenden Partei beschäftigt worden. Es gebe keine gesetzliche Norm, welche die Vertreter zwingt, direkt mit dem Vertretenen abzurechnen. Neben der Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, sei den mitbeteiligten Parteien ein sanktionsloses Ablehnungsrecht zugestanden. Wollte eine mitbeteiligte Partei "arbeiten, konnte sie dies, wollte sie nicht, dann musste sie nicht". Die Mitbeteiligten hätten "offensichtlich mehrfach sanktionslos Aufträge abgelehnt". Ein jederzeit ausübbares Vertretungsrecht stehe "selbstverständlich im Einklang mit dem Betriebsablauf, wenn die Tätigkeit einfach und die in Frage kommende Personengruppe extrem groß oder unbestimmt ist". Die mitbeteiligten Parteien hätten sich (generell) vertreten lassen können und sie hätten ihre Arbeitsleistung jederzeit sanktionslos ablehnen können.

Die Beschwerde ist nicht berechtigt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist insbesondere bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, Zl. 2012/08/0224, mwN). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist insbesondere bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2012, Zl. 2012/08/0224, mwN).

Im vorliegenden Fall führt jedoch bereits der festgestellte Regelungsgehalt der "freien Dienstverträge", dem die

unstrittigen tatsächlichen Verhältnisse der Leistungserbringung (die Dienstnehmer waren in die betriebliche Organisation der beschwerdeführenden Partei eingebunden und haben manuelle Hilfsarbeiten erbracht) gar nicht widersprechen, zum Ergebnis, dass es sich um abhängige Beschäftigungsverhältnisse gehandelt hat.

Die beschwerdeführende Partei stützt ihre gegenteilige Ansicht auf den von ihr als ausschlaggebend betrachteten Umstand, dass sich die mitbeteiligten Parteien ihre Dienste selbst aussuchen oder an deren Einteilung mitwirken oder eine bereits vorgenommene Diensterteilung (unter Heranziehung von Vertretern) abändern konnten. Ein den Dienstnehmern bei Diensterteilungen eingeräumter Entscheidungsspielraum (bis hin zur Möglichkeit, bereits übernommene Dienste mit verfügbaren Vertretern aus einem entsprechend großen "Arbeitskräftepool" zu tauschen) ist im modernen Erwerbsleben nichts Ungewöhnliches und hat mit dem von der Rechtsprechung für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterien eines "generellen Vertretungsrechts" bzw. "sanktionslosen Ablehnungsrechts" nichts zu tun. Er wirkt sich nicht auf die bei der eigentlichen Diensterteilung bestehende persönliche Abhängigkeit aus, sondern allenfalls darauf, ob kontinuierliche oder tageweise Beschäftigungsverhältnisse vorliegen. Dazu im Einzelnen:

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg 17185/A). Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis iSd Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG schon deshalb nicht vor vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg 17185/A).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der betriebliche (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei sein Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient (vgl. die Grenzziehung zwischen den freien Dienstnehmern iSd § 4 Abs. 4 ASVG, die "Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen" und den sog. "neuen Selbständigen" iSd § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG). Die persönliche Arbeitspflicht fehlt, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der betriebliche (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei sein Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient vergleiche , die Grenzziehung zwischen den freien Dienstnehmern iSd Paragraph 4, Absatz 4, ASVG, die "Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen" und den sog. "neuen Selbständigen" iSd Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 4, GSVG).

Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) sohin dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist. Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs, oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 16. November 2011, Zl. 2008/08/0152, mwN). Die persönliche Arbeitspflicht wird auch durch die Befugnis des Erbringers der Leistung ausgeschlossen, nach Gutdünken ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 16. Mai 2001, Zlen. 96/08/0200 und 96/08/0072) oder einzelne Aufträge im Rahmen einer Gesamtverpflichtung (d.h. bei Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses) sanktionslos abzulehnen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 31. Jänner 1995, Zl. 92/08/0213, und vom 5. Juni 2002, Zl. 98/08/0262). Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) sohin dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist. Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten

Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs, oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 16. November 2011, ZI. 2008/08/0152, mwN). Die persönliche Arbeitspflicht wird auch durch die Befugnis des Erbringers der Leistung ausgeschlossen, nach Gutdünken ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen vergleiche , die hg. Erkenntnisse vom 16. Mai 2001, ZI. 96/08/0200 und 96/08/0072) oder einzelne Aufträge im Rahmen einer Gesamtverpflichtung (d.h. bei Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses) sanktionslos abzulehnen vergleiche , die hg. Erkenntnisse vom 31. Jänner 1995, ZI. 92/08/0213, und vom 5. Juni 2002, ZI. 98/08/0262).

Die in den verfahrensgegenständlichen "freien Dienstverträgen" ausbedungene Berechtigung, sich "im Fall der Verhinderung durch Krankheit oder sonstige Abwesenheit", sohin nur im Fall der Verhinderung vertreten zu lassen, stellt keine generelle Vertretungsberechtigung dar (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg. Nr. 17185/A). Die in den verfahrensgegenständlichen "freien Dienstverträgen" ausbedungene Berechtigung, sich "im Fall der Verhinderung durch Krankheit oder sonstige Abwesenheit", sohin nur im Fall der Verhinderung vertreten zu lassen, stellt keine generelle Vertretungsberechtigung dar vergleiche , nochmals das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg. Nr. 17185/A).

Ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" im dargestellten Sinn liegt ebenfalls nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung (d.h. im Rahmen einer Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen und bei Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, wodurch er trotz übernommener Gesamtverpflichtung in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren kann, wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger aus (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2007, ZI. 2006/08/0193, und nochmals das Erkenntnis ZI. 92/08/0213). Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis, Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu können, stünde aber in Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. §§ 539 und 539a ASVG). Ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" im dargestellten Sinn liegt ebenfalls nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung (d.h. im Rahmen einer Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen und bei Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, wodurch er trotz übernommener Gesamtverpflichtung in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren kann, wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger aus vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2007, ZI. 2006/08/0193, und nochmals das Erkenntnis ZI. 92/08/0213). Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis, Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu können, stünde aber in Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre vergleiche , Paragraphen 539 und 539 a ASVG).

Die beschwerdeführende Partei hebt selbst hervor, dass es ihr darum ging, für einen "Spitzenausgleich", d.h. für Zeiten besonders intensiven Geschäftsgangs genügend Dienstnehmer in ihrem Gastronomiebetrieb zum Einsatz zu bringen. Um dies zu gewährleisten und die "Rekrutierung für sehr unregelmäßige Zeiten zu erleichtern" war sie u.a. daran interessiert, von den bereits beschäftigten Dienstnehmern Personen empfohlen zu bekommen, die als "Vertreter" im Rahmen eigener Dienstverhältnisse bereit gewesen sind, für sie tätig zu werden. Die beschwerdeführende Partei hat - zusammenfassend betrachtet - somit lediglich organisatorische Maßnahmen ergriffen, um eine den spezifischen Anforderungen ihres Gastronomiebetriebs gerecht werdende Diensteinteilung bzw. Dienstkoordination zu erzielen. Auf die Wünsche bzw. die Verfügbarkeit der Dienstnehmer sollte Rücksicht genommen werden. Die

beschwerdeführende Partei war in den von ihr angesprochenen Spitzenzeiten auf die Arbeitskraft der mitbeteiligten Parteien angewiesen. Ein in diesen Einsatzzeiten praktiziertes "sanktionsloses Ablehnungsrecht" im oben dargelegten strengen Sinn hätte mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang gebracht werden können und würde auch aus der Warte der beschäftigten Dienstnehmer keinen Sinn ergeben. Das von der beschwerdeführenden Partei so bezeichnete "sanktionslose Ablehnungsrecht" erweist sich als ein die Entscheidungsfreiheit der Dienstnehmer betreffender Teilaspekt der praktizierten flexiblen Diensterteilung bzw. Dienstplanerstellung. Es ändert nichts daran, dass die zur Rede stehenden konkreten Arbeitsleistungen der mitbeteiligten Parteien in persönlicher Abhängigkeit erbracht worden sind, weil bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben - wie den hier vorliegenden Arbeiten in einem Gastronomiebetrieb -, bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigten - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2011, Zl. 2010/08/0089, mwN). Die beschwerdeführende Partei hebt selbst hervor, dass es ihr darum ging, für einen "Spitzenausgleich", d.h. für Zeiten besonders intensiven Geschäftsgangs genügend Dienstnehmer in ihrem Gastronomiebetrieb zum Einsatz zu bringen. Um dies zu gewährleisten und die "Rekrutierung für sehr unregelmäßige Zeiten zu erleichtern" war sie u.a. daran interessiert, von den bereits beschäftigten Dienstnehmern Personen empfohlen zu bekommen, die als "Vertreter" im Rahmen eigener Dienstverhältnisse bereit gewesen sind, für sie tätig zu werden. Die beschwerdeführende Partei hat - zusammenfassend betrachtet - somit lediglich organisatorische Maßnahmen ergriffen, um eine den spezifischen Anforderungen ihres Gastronomiebetriebs gerecht werdende Diensterteilung bzw. Dienstkoordination zu erzielen. Auf die Wünsche bzw. die Verfügbarkeit der Dienstnehmer sollte Rücksicht genommen werden. Die beschwerdeführende Partei war in den von ihr angesprochenen Spitzenzeiten auf die Arbeitskraft der mitbeteiligten Parteien angewiesen. Ein in diesen Einsatzzeiten praktiziertes "sanktionsloses Ablehnungsrecht" im oben dargelegten strengen Sinn hätte mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang gebracht werden können und würde auch aus der Warte der beschäftigten Dienstnehmer keinen Sinn ergeben. Das von der beschwerdeführenden Partei so bezeichnete "sanktionslose Ablehnungsrecht" erweist sich als ein die Entscheidungsfreiheit der Dienstnehmer betreffender Teilaspekt der praktizierten flexiblen Diensterteilung bzw. Dienstplanerstellung. Es ändert nichts daran, dass die zur Rede stehenden konkreten Arbeitsleistungen der mitbeteiligten Parteien in persönlicher Abhängigkeit erbracht worden sind, weil bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben - wie den hier vorliegenden Arbeiten in einem Gastronomiebetrieb -, bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigten - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2011, Zl. 2010/08/0089, mwN).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt in Fällen, in denen erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung eine Arbeitspflicht begründet, kein durchgehendes, jedoch eventuell ein tageweises oder periodisch wiederkehrendes Dienstverhältnis in Frage. Liegt keine (für ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis erforderliche) ausdrückliche oder iSd § 863 ABGB schlüssige Vereinbarung über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des Dienstnehmers, d.h. über seine Verpflichtung, an bestimmten oder doch bestimmbar Tagen Arbeit zu leisten, und über eine korrespondierende Verpflichtung des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu beschäftigen bzw. ihm zumindest Entgelt für im Voraus vereinbarte Beschäftigungen zu bezahlen, vor, oder besteht zwar eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, sanktionslos einzelne Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen auszugehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2012, Zl. 2011/08/0361). Eine tatsächlich feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ist ein Indiz für die genannte schlüssige Vereinbarung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. Juli 2012, Zl. 2011/08/0366). Mit dieser lediglich die Dauer der Beschäftigung und damit der Pflichtversicherung berührenden Konsequenz wird auch die Unterscheidung zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall

der Zusage, und einem generellen Ablehnungsrecht, das die persönliche Arbeitspflicht und damit die persönliche Abhängigkeit ausschließt, deutlich (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2004, Zl. 2005/08/0137). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt in Fällen, in denen erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung eine Arbeitspflicht begründet, kein durchgehendes, jedoch eventuell ein tageweises oder periodisch wiederkehrendes Dienstverhältnis in Frage. Liegt keine (für ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis erforderliche) ausdrückliche oder iSd Paragraph 863, ABGB schlüssige Vereinbarung über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des Dienstnehmers, d.h. über seine Verpflichtung, an bestimmten oder doch bestimmbar Tagen Arbeit zu leisten, und über eine korrespondierende Verpflichtung des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu beschäftigen bzw. ihm zumindest Entgelt für im Voraus vereinbarte Beschäftigungen zu bezahlen, vor, oder besteht zwar eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, sanktionslos einzelne Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen auszugehen (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2012, Zl. 2011/08/0361). Eine tatsächlich feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ist ein Indiz für die genannte schlüssige Vereinbarung (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 11. Juli 2012, Zl. 2011/08/0366). Mit dieser lediglich die Dauer der Beschäftigung und damit der Pflichtversicherung berührenden Konsequenz wird auch die Unterscheidung zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen Ablehnungsrecht, das die persönliche Arbeitspflicht und damit die persönliche Abhängigkeit ausschließt, deutlich (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 25. April 2004, Zl. 2005/08/0137).

Die belangte Behörde hat das Vorliegen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse und demgemäß der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG (bzw. gemäß § 7 Z 3 lit. a ASVG) zutreffend festgestellt, wobei von den Beschwerden die Zeiträume, für die die Pflichtversicherungen festgestellt wurden, nicht bestritten wurden. Die belangte Behörde hat das Vorliegen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse und demgemäß der Pflichtversicherung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit, Absatz 2, ASVG und Paragraph eins, Absatz eins, Litera a, AIVG (bzw. gemäß Paragraph 7, Ziffer 3, Litera a, ASVG) zutreffend festgestellt, wobei von den Beschwerden die Zeiträume, für die die Pflichtversicherungen festgestellt wurden, nicht bestritten wurden.

Da somit bereits der Inhalt der Beschwerden erkennen lässt, dass die behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, waren die Beschwerden gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Da somit bereits der Inhalt der Beschwerden erkennen lässt, dass die behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, waren die Beschwerden gemäß Paragraph 35, Absatz eins, VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 14. Februar 2013

Schlagworte

Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2012080268.X00

Im RIS seit

20.03.2013

Zuletzt aktualisiert am

31.07.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at