jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2008/5/7 2007/08/0003

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.05.2008

Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

Norm

ASVG §4 Abs2;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Moritz, Dr. Lehofer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde 1. der Apotheke

K KG, 2. der G, 3. der R, 4. der K, 5. der B und 6. der E, alle in Wien, alle vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Nussdorferstraße 10-12, gegen den Bescheid der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 18. November 2006, Zl. BMSG-322294/0001- II/A/3/2006, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30; 2. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1;

3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerinnen haben dem Bund (Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 7. Juli 2005 sprach die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, dass die in der Anlage namentlich angeführten Personen (Anmerkung: die Zweit- bis Sechstbeschwerdeführerinnen) in den dort jeweils bezeichneten Zeiten auf Grund ihrer Beschäftigung als Inventurhelfer bei der Erstbeschwerdeführerin der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterliegen. Versicherte Zeiten waren bei der Zweitbeschwerdeführerin der 8. April 2000, der 5. Jänner 2002 und der 5. Jänner 2003, bei der Drittbeschwerdeführerin der 8. Jänner 2000, der 8. April 2000, der 5. Jänner 2002 und der 5. Jänner 2003, bei der Viertbeschwerdeführerin der 8. April 2000, bei der Fünftbeschwerdeführerin der 8. Jänner 2000 und der 5. Jänner 2002 und bei der Sechstbeschwerdeführerin der 8. April 2000, der 5. Jänner 2002 und der 5. Jänner 2003.

Gegen diesen Bescheid erhob die Erstbeschwerdeführerin Einspruch.

Mit Bescheid vom 20. Februar 2006 stellte der Landeshauptmann von Wien fest, dass die in der Anlage genannten Personen auf Grund ihrer Beschäftigung als Inventurhelfer bei der Erstbeschwerdeführerin an den in der Anlage genannten Tagen nicht der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AlVG und auch nicht auf Grund der Erbringung von Dienstleistungen der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliegen.

Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse Berufung.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass die in der Anlage genannten Personen auf Grund ihrer Tätigkeit als Inventurhelferinnen bei der Erstbeschwerdeführerin an den in der Anlage genannten Tagen der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 471a, 471b und 471c ASVG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 4 Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterlegen sind.

In der Bescheidbegründung stellte die belangte Behörde folgenden Sachverhalt fest:

"Unbestritten ist, dass die in der Anlage genannten Personen für die (Erstbeschwerdeführerin), an bestimmten (in der Anlage angeführten) Tagen als Inventurhelferinnen bei der einmal jährlich stattfindenden Inventur tätig waren.

Frau S., die bei der (Erstbeschwerdeführerin) als Drogistin beschäftigt ist, war früher nebenbei auch selbstständig erwerbstätig und hat auf Basis eines Werkvertrages die einmal jährlich stattfindende Inventur organisiert. Im Jahre 1998 hat sie jedoch ihre nebenberufliche Tätigkeit aufgegeben und ab diesem Zeitpunkt im Rahmen ihres Dienstverhältnisses zur Apotheke die Inventur, die in der Regel jeweils zu Beginn eines Jahres an einem Wochenendtag angesetzt war, durchgeführt. Mit Zustimmung der Apothekeninhaberin, Frau Mag. K., hat Frau S. die in der Anlage angeführten Personen als HelferInnen zu den Inventurarbeiten herangezogen. Im vorliegenden Fall hat dadurch die Dienstnehmerin Frau S. den Auftrag von ihrem Dienstgeber erhalten, im Namen der Apotheke Hilfskräfte für die Inventurarbeiten einzustellen. Aus den vom Steuerberater der (Erstbeschwerdeführerin) übermittelten Buchhaltungsunterlagen geht eindeutig hervor, dass die Zahlungen an die Inventuraushilfen über die Buchhaltung der Apotheke abgewickelt wurden. Bei den InventurhelferInnen handelt es sich um Personen, welche entweder in pharmazeutischen Unternehmen beschäftigt sind oder um PensionistInnen mit einschlägiger Erfahrung auf dem pharmazeutischen Gebiet. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen, es existieren jeweils nur mündliche Vereinbarungen.

Der Ablauf der Tätigkeit gestaltete sich tatsächlich wie folgt:

Die hauptberuflich anderswo tätigen Personen wurden telefonisch von Frau S. kontaktiert und gefragt, ob Interesse bestehen würde, bei Inventurarbeiten auszuhelfen. In der Folge wurde dann der Termin für die anfallende Inventur bekannt gegeben. Getroffen hat man sich dann am Tag der Inventur in den Räumlichkeiten der (Erstbeschwerdeführerin) wo dann auch die tatsächliche Inventur vorgenommen worden ist. Die Inventuraufnahme wurde unter den InventurhelferInnen nach bestimmten Arbeiten oder Apothekenteilen aufgeteilt. Eine bestimmte Arbeitszeit wurde nicht vereinbart, es war jedoch den Helfern bewusst, dass die Tätigkeit üblicherweise ca. 4 bis 5 Stunden dauern würde. Den Inventurhelfern wurden die benötigten Betriebsmittel stets von der Apotheke zur Verfügung gestellt. Die konkrete Tätigkeit umfasste das Erfassen der verschiedenen Produkte in eigens dafür vorgefertigte Listen, also die 'Inventuraufnahme' als solches. An der Ausarbeitung der Inventurlisten haben die InventurhelferInnen nicht mitgearbeitet.

Laut Aussage von zwei Inventuraushilfen am 13.5.2005 (Einvernahme vor der Wiener Gebietskrankenkasse (der Dritt- und Fünftbeschwerdeführerinnen), die repräsentativ aus dem Kreis gegenständlicher Inventurhelfer befragt worden sind) wurde keine wiederkehrende monatliche bzw. jährliche Leistungspflicht vereinbart. Auch ein Mindestmaß wurde nicht vereinbart. Der Arbeitseinsatz bei einer Inventur hat sich bei Bedarf ergeben. In der Regel wurden die Inventurhelfer ein paar Tage vor Arbeitseinsatz von der (Erstbeschwerdeführerin) (meistens von Frau S.) angerufen und gefragt, ob sie bereit seien, an der bevorstehenden Inventur mitzuarbeiten. Es stand somit im Belieben der (Erstbeschwerdeführerin) die einzelnen InventurhelferInnen anzurufen. Auf Grund ihrer zeitlichen Möglichkeiten haben die InventurhelferInnen dann zu- bzw. abgesagt. Es wurde jeweils für den Einzelfall geklärt, ob sie den Auftrag annehmen wollten oder nicht.

Es wurden somit die einzelnen Beschäftigungstage immer gesondert vereinbart und stand es im Belieben der

einzelnen Personen, entweder zu- oder abzusagen. Die (Erstbeschwerdeführerin) hat dies dann auch zur Kenntnis genommen. Wenn jedoch ein Inventurhelfer schließlich telefonisch einen Auftrag angenommen hat, bestand auch eine grundsätzliche konkrete Verpflichtung zur Arbeitsleistung. In Bezug auf eine etwaige Vertretung ist auszuführen, dass (die Drittbeschwerdeführerin) darunter eine solche, unter Heranziehung von KollegInnen aus dem Kreis der InventurhelferInnen, die sich dann naturgemäß auch mit der pharmazeutischen Materie auszukennen hatte, verstand (vgl. Niederschrift vom 13.5.2005). Da diese Art der Vertretung bezüglich der Beurteilung der persönlichen Arbeitspflicht irrelevant ist, war das Ermittlungsverfahren bezüglich der Frage, aus welchen Gründen eine solche Vertretung zulässig war, nicht zu ergänzen. Dass sie sich von einer Bekannten bzw. einer der (Erstbeschwerdeführerin) fremden Person, die über keinerlei Kenntnisse auf dem pharmazeutischen Gebiet verfügen würde, vertreten hätte lassen können, wird von der Berufungsbehörde ausgeschlossen. Dies ist auch aus dem Grund glaubwürdig, weil ein gewisses Qualitätserfordernis in Hinblick auf Kenntnisse der pharmazeutischen Produkte von Seiten der Apotheke gewollt war. Das bedeutet, dass die InventurhelferInnen tatsächlich nur durch eine andere Person aus dem Kreis der Inventurhelfer vertreten werden konnten und dies auch immer nur in Abstimmung bzw. nach Rücksprache mit der Apotheke.

Die einzelnen InventurhelferInnen waren also zwar nicht verpflichtet jeden Auftrag zu übernehmen, wenn sie einen Auftrag übernommen haben, waren sie jedoch in die Organisation des Apothekenunternehmens eingebunden. Mit Abschluss einer jeweiligen Zusage haben sie sich zur Durchführung der Inventuraufnahme in den Räumlichkeiten der Apotheke nach Art und Ort der vorgelegten Weise verpflichtet, und hatten sie dabei auch während der durchzuführenden Tätigkeit die von der Apotheke erstellten organisatorischen Vorgaben die Durchführung betreffend, zu beachten.

Bei der jeweiligen Arbeitsaufnahme hatten sie sich bei der zuständigen Vertreterin der Apotheke (in der Regel Frau S.) zu melden, welche auch am Ende der Tätigkeit die ausgefüllten Inventuraufnahmeprotokolle übernahm.

Die Inventuraufnahme dauerte ca. 4 - 5 Stunden. Die InventurhelferInnen waren verpflichtet, eine bestimmte Arbeitszeit insofern einzuhalten als die Inventur abzuschließen war; die Dauer war aus Erfahrungswerten abzuschätzen.

Für die Durchführung der Inventur wurde von der Apothekeninhaberin ein bestimmter Betrag zur Verfügung gestellt, der von Frau S. unter den InventurhelferInnen zu gleichen Teilen ausbezahlt wurde. Frau S. selbst erhielt von ihrem Dienstgeber für die Vornahme der Inventur Inventurarbeiten pro Person EUR 144,-- ausbezahlt."

Des weiteren führte die belangte Behörde in der Bescheidbegründung aus, "die Apotheke" (ersichtlich gemeint: die beschwerdeführende KG) sei als Dienstgeber gemäß § 35 ASVG anzusehen, auch wenn die Hilfskräfte durch eine Mittelsperson in Dienst gestellt worden seien. Die Inventurtätigkeiten seien ihrer Natur nach eindeutig als Dienstleistungen zu qualifizieren. Hinsichtlich der Ausübung der Tätigkeit seien die Inventurhelferinnen an Weisungen oder betriebliche Ordnungsvorschriften gebunden gewesen und auch einer qualitativen Kontrolle unterlegen, sie hätten daher über keine unternehmerische Dispositionsfreiheit in Ausübung ihrer Tätigkeit verfügt. Es sei im Belieben der Apotheke gestanden, die einzelnen Inventuraushilfen je nach Anfall der Inventur "abzurufen". Es sei ein "Arbeitskräftepool" von mehreren Personen zur Verfügung gestanden und gleichgültig gewesen, von welcher Arbeitskraft aus dem zur Verfügung stehenden Kreis die Arbeiten verrichtet worden seien. Im Falle einer Absage sei von der Apotheke eine andere Person kontaktiert und versucht worden, eine andere Inventuraushilfe zu finden. Die einzelnen Inventuraushilfen seien somit nicht verpflichtet gewesen, bei Abruf zu arbeiten, vielmehr sei es ihnen jeweils frei gestanden, auf Grund ihrer zeitlichen Möglichkeiten zu- oder abzusagen. Ihre Arbeitsleistung sei auch nicht im Sinne einer periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht durch ausdrückliche oder schlüssige Vereinbarung im Voraus bestimmt gewesen. Nur im Falle einer Zusage seien die Inventuraushilfen zum Tätigwerden verpflichtet gewesen. Die Apotheke habe nicht von Vornherein mit der Arbeitskraft rechnen können. Es liege daher kein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vor. Nur die reinen Beschäftigungszeiten seien als solche des Beschäftigungsverhältnisses anzusehen. Es sei eine fallweise Beschäftigung an einzelnen Arbeitstagen im Sinne des § 471b ASVG vorgelegen. Naturgemäß hätten die Inventuraushilfen stets in den Räumlichkeiten der Apotheke ihre Tätigkeit ausgeübt. Eine Bindung an den Arbeitsort sei daher gegeben gewesen. Sie seien auch an eine bestimmte Arbeitszeit (die für die Inventur notwendige) gebunden gewesen, in der Regel habe man für die Inventuraufnahme vier bis fünf Stunden benötigt. Gearbeitet worden sei an einem Wochenendtag, da die Inventurtätigkeiten nicht in den Öffnungszeiten zu vollbringen seien. Am Beginn der Tätigkeit hätten sich die Inventuraushilfen beim jeweiligen Vertreter der Apotheke (in

der Regel bei Frau S.) melden müssen, welcher auch bei Beendigung der Tätigkeit die ausgefüllten Taxlisten übernommen habe. Die Inventuraushilfen hätten ihre Arbeit somit nicht nach eigenem Gutdünken beginnen und beenden können. In Bezug auf die Weisungs- und Kontrollbefugnis sei auszuführen, dass die Inventuraushilfen ihren Arbeitsbeginn und die Beendigung ihrer Tätigkeit durch Empfangnahmen bzw. Abgaben der Taxlisten hätten melden müssen und die Anwesenheit somit dokumentiert worden sei. Bei telefonischer Zusage seien die Inventurhilfen verpflichtet gewesen, die Tätigkeit auszuführen. Es habe zwar keine durchgehende Arbeitspflicht bestanden, aber bei der Annahme des Angebotes seien sie auch verpflichtet gewesen, der Tätigkeit nachzugehen. Das tägliche Entgelt habe die Geringfügigkeitsgrenze überstiegen. Ebenso sei die wirtschaftliche Abhängigkeit der Inventuraushilfen gegeben gewesen, da sie ausschließlich mit den Betriebsmitteln der Apotheke (Taxlisten etc.) gearbeitet hätten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, Ersatz für den Vorlageaufwand begehrt und im Übrigen, ebenso wie die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt, von der Erstattung einer Gegenschrift ausdrücklich Abstand genommen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift mit dem Antrag erstattet, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Die mitbeteiligte Pensionsversicherungsanstalt hat sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Landeshauptmann von Wien hat im Verwaltungsverfahren mit seinem Bescheid vom 20. Februar 2006 ausgesprochen, dass die Zweitbis Sechstbeschwerdeführerinnen nicht der Pflichtversicherung nach § 4 ASVG unterliegen. Die belangte Behörde hat mit dem angefochtenen Bescheid eine Pflichtversicherung dieser Personen gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG hingegen bejaht. Schon im Hinblick auf die damit erfolgte Änderung ihrer Rechtsposition durch den angefochtenen Bescheid ist die Beschwerdelegitimation der Zweit- bis Sechstbeschwerdeführerinnen im vorliegenden Fall gegeben.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

In der Beschwerde wird vorgebracht, es seien keine Dienstverträge, sondern Werkverträge vorgelegen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mehrmals mit der Unterscheidung zwischen Dienstverträgen und Werkverträgen auseinandergesetzt. So hat er etwa in seinem Erkenntnis vom 3. Juli 2002, Zl. 2000/08/0161, Folgendes ausgeführt:

"Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A (= Arb. 9876) grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und hat - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Durch die Verpflichtung zu Dienstleistungen für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit begründet der freie

Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis. Demgegenüber verpflichtet sich der Werkunternehmer zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt (vgl. das zitierte Erkenntnis vom 20. Mai 1980). Diese Rechtsauffassung wurde - wie unten gezeigt wird - in der Lehre und Judikatur geteilt. Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis (Koziol/Welser, Grundriss, Band I, 10. Auflage, 410), die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis (vgl. auch Krejci in Rummel, 2. Auflage, § 1151 RZ 93). Der 'freie Dienstnehmer' handelt - wie dargestellt - ebenso wie der Werkunternehmer persönlich selbstständig, diese Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Nach Mazal (ecolex 1997, 277) kommt es darauf an, ob die Parteien eine bestimmte letztlich abgeschlossene Tätigkeit (Werkvertrag) vereinbaren oder ob sie eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Verpflichtung zum Tun begründen wollen (freier Dienstvertrag). Wachter (DRdA 1984, 405) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet sind. Auch nach der Judikatur (OGH 9 ObA 225/91) liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn Gegenstand der vereinbarten Leistung ein bestimmtes Projekt ist. Die Herstellung eines Werkes als eine in sich geschlossene Einheit hat der Verwaltungsgerichtshof bei der Erbringung einzelner manueller Beiträge zu einem Werk nicht angenommen (Montagearbeiten an einer Lüftungsanlage, Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, 93/08/0092; Arbeiten auf einer Baustelle, Erkenntnis vom 19. Jänner 1999, 96/08/0350; zu einer vergleichbaren Tätigkeit siehe auch OGH 9 ObA 54/97z). Ebenso wurde ein Werkvertrag verneint, wenn die zu erbringende Leistung nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert wurde (Erkenntnis vom 30. Mai 2001, 98/08/0388). Schrank/Grabner (Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Auflage, 26 f) führen unter Berufung auf Tomandl (auf den sich auch der Verwaltungsgerichtshof im genannten Erkenntnis vom 20. Mai 1980 sowie Mazal und Wachter stützen) aus, die Vertragspflicht beim freien Dienstvertrag auf Seiten des Auftragnehmers müsse Dienstleistungen umfassen, müsse sich also auf bloß der Art nach umschriebene Tätigkeiten (Arbeiten, Tun, Wirken) beziehen, bei welchen 'die Einräumung eines Gestaltungsrechtes an den Besteller (bzw. eine Unterwerfung auf Seiten des freien Dienstnehmers) wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist, der noch nach Vertragsabschluss, also bei der Vertragserfüllung, einer Konkretisierung durch den Auftraggeber dahin bedarf, welche Einzelleistungen er im Rahmen des Vertrages verrichtet sehen möchte'.

...

Ebenso wenig aussagekräftig für die hier maßgebende Abgrenzung ist das von der Beschwerdeführerin betonte Element der Dauer der Vertragsbeziehungen, da dann, wenn ein oder mehrere Werke (und nicht bloß ein laufendes Bemühen) geschuldet werden, auch die ständig wiederkehrende Herstellung von solchen Werken noch keinen freien Dienstvertrag ergibt. Der Verwaltungsgerichtshof verkennt im letztgenannten Zusammenhang nicht, dass die Abgrenzung zwischen Werk und Dienstleistung nicht immer eindeutig möglich ist und es - je nach dem Gegenstand und dem sonstigen Inhalt der getroffenen Vereinbarung und der sonst zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalles - durchaus möglich sein kann, eine bestimmte Tätigkeit (wie z.B. die Verrichtung von Reinigungsarbeiten) entweder als ein Werk zu qualifizieren oder als eine Dienstleistung, und dass in einem solchen Zusammenhang auch dem Element der Dauer bzw. der kurzfristigen Wiederkehr der Verpflichtung eine gewisse Bedeutung zukommen kann."

Im vorliegenden Fall bestand die Tätigkeit der Zweit- bis Sechstbeschwerdeführerinnen darin, Produkte zu erfassen und in Listen einzutragen. Worin dabei ein von diesen Beschwerdeführerinnen zu erbringendes Werk bestehen sollte, ist nicht ersichtlich (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0045). Die gegenständliche und oben beschriebene Tätigkeit der Zweit- bis Sechstbeschwerdeführerinnen stellt vielmehr das Erbringen einer Dienstleistung dar (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2006, Zl. 2004/08/0202).

Im vorliegenden Fall ist außerdem hervorzuheben, dass dann, wenn bestimmte Tätigkeiten üblicherweise im Rahmen von Dienstverhältnissen ausgeübt werden, vom Abschluss eines Dienstvertrages auszugehen ist, wenn der Dienstgeber nicht vor Vertragsabschluss eindeutig zum Ausdruck bringt, keinen Dienstvertrag, sondern einen anderen Vertrag schließen zu wollen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0158). Dass in diesem Sinne ausdrücklich ein Werkvertrag mit einer entsprechenden Willensübereinkunft geschlossen worden wäre, aus dem sich eine im Vorhinein individualisierte und konkretisierte Werkleistung und an dieser auch ein Maßstab für eine allfällige

Gewährleistung der Zweit- bis Sechstbeschwerdeführerinnen für ihre Tätigkeit ergeben hätte, wird im vorliegenden Fall nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Der belangten Behörde kann daher nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn sie vom Vorliegen eines Dienstvertrages ausgegangen ist.

Soweit in der Beschwerde geltend gemacht wird, dass eine besondere Sachkenntnis für die gegenständlichen Tätigkeiten erforderlich gewesen ist, ist festzuhalten, dass dies allein kein ausschlaggebendes Merkmal dafür sein kann, ob die Tätigkeit im Rahmen eines Dienstvertrages oder eines Werkvertrages geleistet wird. Auch bei Dienstverträgen ist oftmals eine bestimmte Sachkenntnis erforderlich.

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer - im Regelfall freilich auch vorliegender - Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. z.B. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2006, mwN).

In der Beschwerde wird ausgeführt, dass es sanktionslos möglich gewesen wäre, die Tätigkeit abzulehnen. Dies ändert aber nichts daran, dass dann, wenn einmal zugesagt worden ist, eine entsprechende Verpflichtung zur Tätigkeit bestanden hat. Damit war aber insofern eine der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 ASVG erfüllt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 7. September 2005, Zl. 2002/08/0215, und vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0162).

Im Übrigen ist es durchaus möglich, dass ein Dienstverhältnis im Rahmen des § 4 Abs. 2 ASVG auch dann besteht, wenn eine konkrete Verpflichtung zur Tätigkeit nur an bestimmten Tagen gegeben ist. In diesem Fall ist eben, und dies ist auch im vorliegenden Fall gegeben und von der belangten Behörde so festgestellt worden, eine tageweise Beschäftigung im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG anzunehmen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2005/08/0176).

Unstrittig ist es im Übrigen, dass die auszufüllenden Listen von der Erstbeschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden sind und demnach das arbeitsbezogene Verhalten von Anordnungen der beschwerdeführenden Partei bestimmt gewesen ist.

Soweit in der Beschwerde geltend gemacht wird, dass (im Übrigen) keine Weisungen erteilt worden sind und auch nicht notwendig gewesen seien, ist dem entgegen zu halten, dass insoweit kein wesentliches Unterscheidungskriterium vorliegt, als das Fehlen ausdrücklicher Weisungen dann nicht gegen das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit spricht, wenn der Beschäftigte von sich aus weiß, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu verhalten hat (vgl. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2006, mwN).

In der Beschwerde wird des Weiteren vorgebracht, dass die Zweit- bis Sechstbeschwerdeführerinnen nicht abhängig von der Erstbeschwerdeführerin gewesen seien, da sie in anderen Apotheken gearbeitet hätten bzw. in Pension gewesen seien. Dem ist entgegen zu halten, dass auch dann, wenn ein Dienstnehmer hauptberuflich eine andere Tätigkeit ausübt bzw. wie im vorliegenden Fall im Pensionsbezug steht die Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG nicht schon deshalb zu verneinen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2005/08/0177).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung erkannt hat, schließt die Berechtigung, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte verrichten zu lassen oder sich ohne weitere Verständigung des Vertragspartners zur Verrichtung der bedungenen Arbeitsleistung einer Hilfskraft zu bedienen, die persönliche Abhängigkeit wegen der dadurch fehlenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Verpflichteten aus. Damit keine für die Annahme persönlicher Abhängigkeit wesentliche persönliche Arbeitspflicht vorliegt, bedarf es dabei einer

generellen, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten oder Ereignisse (wie z. B. Krankheit oder Urlaub) beschränkten Vertretungsbefugnis. Eine solche generelle Vertretungsbefugnis hat mit einem wechselseitigen Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber aufgenommenen Personen bzw. mit dem Recht, ausnahmsweise unter besonderen Umständen eine Ersatzarbeitskraft zu stellen, nichts zu tun (vgl. das zitierte hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2006, mwN).

Wie in der vorliegenden Beschwerde selbst ausgeführt wird, bestand nachdem zugesagt worden ist, die Tätigkeit zu erledigen, eine grundsätzliche konkrete Verpflichtung zur Arbeitsleistung. In der Beschwerde wird ausgeführt, dass auch die Entsendung einer Vertretung, unter Heranziehung von Kolleginnen aus dem Kreis der Inventurhelferinnen, die sich dann naturgemäß auch mit der pharmazeutischen Materie auszukennen hatten, zulässig gewesen sei. Eine derartige Vertretungsbefugnis ist aber keine generelle im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, weil, wie in der Beschwerde selbst dargelegt wird, eben eine Beschränkung nicht nur hinsichtlich der fachlichen Kriterien (pharmazeutische Fachkenntnisse) bestand, sondern auch insofern, als es sich um Kolleginnen aus dem Kreis der Inventurhelferinnen handeln musste.

Angesichts dessen erübrigt es sich auch, auf das Beschwerdevorbringen, dass ein "Pool" von Arbeitskräften bestanden habe, näher einzugehen. Ein derartiger "Pool" wäre im Übrigen nur dann relevant, wenn der Dienstgeber selber von sich aus im Falle der Absage einer Arbeitskraft die Möglichkeit gehabt hätte, jemanden anderen aus diesem Pool zu beschäftigen, wobei auch der jeweiligen Arbeitskraft von vornherein bewusst gewesen ist, dass der "Pool" entsprechend groß war. Derartiges wurde aber nicht behauptet (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 17. Dezember 2002, Zl. 99/08/0008, vom 20. April 2005, Zl. 2004/08/0109, und vom 19. Oktober 2005, Zl. 2002/08/0242).

In der Beschwerde wird schließlich noch vorgebracht, dass Verjährung eingetreten sei. Dem ist entgegen zu halten, dass hinsichtlich der Feststellung der Versicherungspflicht keine Verjährungsbestimmungen bestehen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2005, Zl. 2002/08/0220). Die Versicherungspflicht kann demnach auch für Zeiträume festgestellt werden, für die das Recht auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen nach § 68 Abs. 1 ASVG bereits verjährt ist.

Die Beschwerde erweist sich daher insgesamt als unbegründet und war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Kostenersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Wien, am 7. Mai 2008

Schlagworte

Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007080003.X00

Im RIS seit

09.06.2008

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2008

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at