

TE Vwgh Erkenntnis 2008/2/20 2007/08/0053

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.02.2008

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

Norm

ABGB §1151;
ASVG §4 Abs2;
ASVG §4;
VwRallg;

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 des Kommerzialrat Ing. H R in Wien, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 25. Jänner 2007, Zl. BMSG- 322819/0002-II/A/3/2006, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. B D, 2. N D, 3. T D, alle vertreten durch Dr. Herbert Kaspar, Rechtsanwalt in 1120 Wien, Wilhelmstraße 54; 4. Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30; 5. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1; 6. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund (Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50, den erst-, zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 991,20 und der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

N.D., der Ehemann der erstmitbeteiligten Partei und Vater der zweitmitbeteiligten und drittmittelbeteiligten Partei, ist bei einer Autofahrt von Pressburg nach Wien am 31. August 1999 tödlich verunglückt. In Wien hätte er als Musiker im Heurigenlokal des Beschwerdeführers am Abend dieses Tages auftreten sollen.

Im Akt befindet sich folgender "Werkvertrag", abgeschlossen zwischen dem tödlich verunglückten N. D. und dem

Beschwerdeführer:

"Herr/Frau D.

(im folgenden kurz 'Auftragnehmer' genannt) verpflichtet sich, in der Zeit von 16.11.98 bis 15.11.99 an folgenden Tagen:

Montag Donnerstag Freitag Samstag Sonntag

von ca. 19.00 Uhr bis ca. 24.00 Uhr im Heuriger R

durch Unterhaltungsmusik für die Unterhaltung der Gäste zu sorgen. Die Auswahl der vorzutragenden Musikstücke (der Nummern) bleibt dem eigenen Ermessen der Musikkapelle überlassen, wobei allerdings der Gesamtcharakter des Musikvortrages mit der Eigenart der Lokalität im Einklang stehen soll. Die Musiker erhalten keine Weisungen hinsichtlich bestimmter zu spielender Musikstücke, und sie sind auch sonst in der Gestaltung und Dauer ihrer Darbietungen - innerhalb des oben angegebenen Rahmens - frei.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, das Gegenstand dieses Vertrages bildende Werk, nämlich die jeweilige Unterhaltung der Gäste durch Musikvorträge, nach bestem Können sorgfältig auszuführen bzw. ausführen zu lassen.

Der Auftragnehmer ist berechtigt, die versprochene Leistung jederzeit und ohne vorherige Rücksprache mit dem Auftraggeber völlig frei durch geeignete Dritte erbringen zu lassen.

Die Entsendung und Honorierung von Stellvertretern erfolgt auf Rechnung und Gefahr des Auftragnehmers.

Der Auftragnehmer ist (zusammen mit den übrigen in der Musikkapelle Mitwirkenden) im organisatorischen Ablauf des Betriebes frei; der Auftragnehmer kann die Zeiten der Pausen, die Länge der Musikstücke, die Dauer der Darbietungen etc. nach seinem Belieben wählen und gestalten.

Der Auftragnehmer (sowie die übrigen in der Musikkapelle Mitwirkenden) unterstehen nicht der Hausordnung (z.B. kein Rauchverbot, kein Verbot der Annahme alkoholischer Getränke etc.).

Die für die Musikvorträge notwendigen Instrumente, Verstärker, Noten etc. werden vom Auftragnehmer beigebracht.

Als Entgelt für die von 19.00 bis 24.00 zu erbringenden Werkleistungen (Musikvorträge) wird ein Gesamthonorar von 650 öS zuzüglich der Umsatzsteuer in der jeweiligen gesetzlichen Höhe vereinbart. Wird die Werkleistung nicht erbracht, fällt selbstverständlich kein Honorar an; für entsprechend geringere als die vereinbarten Leistungen ist das anteilige Honorar zu zahlen. Die Auszahlung des Honorars erfolgt jeweils am Ende der Aufführung oder - wenn vom Auftragnehmer gewünscht - in Wochenabständen.

Bei Vorliegen der beschränkten Steuerpflicht (insbesondere Ausländer bei Inlandsaufenthalt bis zu sechs Monaten) wird der jeweils gesetzlich vorgesehene Steuerabzug von den Einnahmen (Vergütung + Wert der Sachbezüge) durch den Auftraggeber vorgenommen. Die Verpflichtung zur Einbehaltung der Einkommensteuer entfällt bei Vorlage einer Wohnsitzbescheinigung des Wohnsitzfinanzamtes.

Die Auszahlung erfolgt an Herrn/Frau D.

Diese(r) ist verpflichtet, vom Gesamthonorar die in der Musikkapelle Mitwirkenden zu bezahlen. Der Auftragnehmer verpflichtet sich daher, den Auftraggeber hinsichtlich allfälliger Forderungen der in der Musikkapelle Mitwirkenden schad- und klaglos zu halten.

Der Auftragnehmer hat aus dem Honorar auch die Kosten für allfällige Stellvertretungen zu bestreiten.

Festgehalten wird, daß weder Lohnsteuer noch Sozialversicherungsbeiträge abgezogen werden.

Der Auftragnehmer und die in der Musikkapelle Mitwirkenden haben die aus diesem Vertrag entspringenden Honorare selbst zu versteuern.

Der Auftragnehmer nimmt zur Kenntnis, daß er im Falle des Eintritts eines Schadens auf Grund schuldhafter Verletzung vertraglicher Leistungsverpflichtungen zum Ersatz des Schadens im Sinne der Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches verpflichtet ist.

Der vorliegende Werkvertrag kann vorzeitig, also vor dem völligen Erbringen der vereinbarten Leistungen, Unterhaltung der Gäste durch das Aufführen von Musikstücken, bei NICHTerfüllung der im Werkvertrag verankerten

Rechte und Pflichten, in deren Gefolge ein Erreichen des Vertragszweckes (vereinbarungsgemäßes Unterhalten der Gäste durch das Aufführen von Musikstücken) nicht mehr erwartet werden kann, durch einseitige Erklärung jederzeit aufgelöst werden. Der Honoraranspruch ist in einem solchen Fall verhältnismäßig zu kürzen.

Sobald innerhalb der vereinbarten Zeitspanne die entsprechenden Musikaufführungen durchgeführt sind, tritt keine automatische Wiederholung des Vertrages ein; gegebenenfalls muß schriftlich ein neuer Werkvertrag geschlossen werden.

..."

Mit Bescheid vom 7. Dezember 2004 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass N. D. auf Grund seiner Beschäftigung als Angestellter beim Beschwerdeführer als Dienstgeber in der Zeit vom 6. März bis 27. November 1998 und vom 4. März bis 31. August 1999 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 AIVG unterlegen ist.

Der dagegen erhobene Einspruch des Beschwerdeführers wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 2. Mai 2006 abgewiesen.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde der dagegen erhobenen Berufung des Beschwerdeführers keine Folge gegeben. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, es seien für die Zeiträume vom 4. März bis 15. November 1998 sowie vom 16. November 1998 bis 15. November 1999 im Wesentlichen gleichlautende "Werkverträge" abgeschlossen worden. Aus diesen ergebe sich, dass N. D. gattungsmäßig umschriebene Leistungen, also Dienstleistungen, geschuldet habe. Das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit sei daher auszuschließen.

Des weiteren führte die belangte Behörde in der Begründung

ihres Bescheides im Wesentlichen Folgendes aus:

"Arbeitszeit und Arbeitsort:

Der Berufungswerber behauptet, Arbeitszeit und Arbeitsort des Herrn (D.) hätten sich aus der Natur der zu verrichtenden Tätigkeit ergeben. Es habe keinen Dienstplan gegeben.

Dem gegenüber sagte (der Beschwerdeführer) vor Arbeits- und Sozialgericht Wien am 6.11.2002 als Zeuge: 'Es ist richtig, dass es einen Dienstplan gab mit diesbezüglichen Eintragungen. Auch stimmt es, dass bei unvorhergesehenen Reisegruppen die Musiker kurzfristig eingeteilt wurden.'

Vor dem Landeshauptmann von Wien sagte (der Beschwerdeführer) am 23.5.05: 'Die Koordination, welche Gruppe wann in welchen Räumlichkeiten spielt, obliegt mir. Ich führe eine tägliche Liste, wer wo stundenweise tätig ist. Das Lokal hat 750 Sitzplätze, auf verschiedene Stuben aufgeteilt.' Es gibt eine Art 'Kommandozentrale' in der ich oder meine Frau sitzen. In diesem Raum ist ein Monitor. Von diesem Monitor aus werden die Gästegruppen auf die jeweiligen Räume aufgeteilt. Zuerst teile ich die Gäste den Räumen zu und dann bestimme ich, wo welches Duo in welchen Raum kommt. Diese Einteilung erfolgt jeweils am Nachmittag. Meines Wissens gab es einen in der Garderobe aufgehängten Dienstplan nicht.'

Am 20.2.2006 sagte (der Beschwerdeführer) vor dem Landeshauptmann von Wien: 'Es hat im Betrieb keinen Arbeitsplan gegeben sondern es sind die Duos immer nach Bedarf nachgefragt worden.' Es habe natürlich eine Liste gegeben, in der die Gruppen angeführt wurden, die spielen sollen. Aufgrund dieser Liste habe er dann überlegt, welche Gruppen einzusetzen sind. Es habe sich um einen eher kurzfristig erstellten Plan gehandelt. Dieser Plan habe sich im Büro befunden. 'Die Musiker kannten diesen Plan, weil sie auch ins Büro gehen mussten.'

Frau (H.) sagte vor Arbeits- und Sozialgericht Wien am 2.10.2002 'Ich habe sie (die Musiker) eingeteilt, wenn sie gebraucht wurden. Die Einteilung geschah aufgrund des Bedarfs, vor allem von Reisegruppen. Wenn unvorhergesehen Reisegruppen kamen, so wurden auch Musiker entsprechend kurzfristig, d.h. noch am selben Tag eingeteilt. Der Dienstplan wurde wöchentlich erstellt und hing auch in der Garderobe auf. Es war auf dem Dienstplan für jeden ersichtlich, an welchem Tag er zu spielen hatte. Die Musiker hatten einen freien Tag. Darüber hinaus hatte abwechselnd einer der Musiker einen Tag, an dem er anrufen sollte. Dieser Tag war auf dem Dienstplan mit einem großen A vermerkt.'...'wenn einer der Musiker mit einem A auf dem Dienstplan vermerkt war, so musste er um 15 Uhr

des Tages jedenfalls anrufen, um festzustellen, ob er benötigt wird oder nicht. Zu der gesamten Dienstzeiteinteilung ist zu sagen, dass die Musiker sicher nicht weniger als 4 Tage in der Woche gespielt haben, üblicherweise zwischen 4 und 5 Tagen. Der Auftritt begann entweder schon um 16 Uhr oder erst um 19 Uhr, er dauerte bis ca. 23:30 Uhr.'

Herr (S.) sagte vor dem Landeshauptmann von Wien aus, 'Es gab in der Garderobe einen Einteilungsplan für die Kapellen. In diesem Plan stand, an welchem Tag die Duos tätig werden sollten und um welche Uhrzeit.'... 'Ich habe schon im Vornhinein die ganze Woche gewusst, wann ich spielen musste. Änderungen dieses Plans waren möglich und hat dann der Chef angerufen, dass wir nicht mehr benötigt werden oder dass wir zusätzlich oder anstelle einer anderen Gruppe kommen sollen. Wir waren bei (dem Beschwerdeführer) beschäftigt und wenn er uns gerufen hat, sind wir gekommen. Ich habe kommen müssen, weil ich die Arbeit gebraucht habe. Wenn ich eingeteilt wurde, bin ich immer gekommen.

Aus diesen Aussagen ergibt sich im Wesentlichen übereinstimmend und in Zusammenhalt mit den vorgelegten Verträgen, dass Herr (D.) grundsätzlich an fünf Tagen der Woche eine Arbeitszeit von ca. 19 Uhr bis ca. 24 Uhr einzuhalten hatte und dass es sich der Dienstgeber vorbehielt, durch einen wöchentlichen Dienstplan, der Herrn (D.) zugänglich war, sowie darüber hinaus mit kurzfristigen Anrufen die konkrete Einteilung der Arbeitszeit nach seinen Betriebserfordernissen festzusetzen.

Soweit der (Beschwerdeführer) behauptet, es hätte gar keinen Dienstplan gegeben, ist dem entgegenzuhalten, dass der (Beschwerdeführer) im Zuge seiner Aussagen zunächst selbst vom Vorliegen eines Dienstplanes gesprochen hat und erst im Laufe dieses Verwaltungsverfahrens gegenteilige Behauptungen gemacht hat.

Soweit der (Beschwerdeführer) vorbringt, der Dienstplan sei im Einvernehmen mit den Musikern erstellt worden, so ist dem nur eingeschränkt zu glauben: Es ist davon auszugehen, dass bei der Erstellung der Dienstzeiteinteilung auf Wünsche der Musiker allenfalls soweit Rücksicht genommen wurde, als es die Betriebserfordernisse erlaubt haben. Alles andere wäre mit den (vom Beschwerdeführer) klar dargelegten objektiven Anforderungen seiner Unternehmensorganisation und der vertraglichen Festlegung von fünf Spieltagen pro Wochen nicht zu vereinbaren.

Die Behauptung in der Berufung, Arbeitszeit und Arbeitsort hätten sich ausschließlich aus der Natur der Tätigkeit ergeben vermag angesichts dem (vom Beschwerdeführer) straff organisierten Ersatz seiner Musiker nicht zu überzeugen.

Es lag somit eine Bindung des Beschäftigten Herrn (D.) an eine vom Dienstgeber vorgegebene Arbeitszeit und an einen vom Dienstgeber vorgegebenen Arbeitsort vor.

Weisungen über den Ablauf der Tätigkeit bzw. das Verhalten bei der Tätigkeit sowie entsprechende Kontrollen:

...

Der (Beschwerdeführer) behauptet, Herr (D.) hätte seine Tätigkeit weisungsfrei erbracht. Sowohl was die Auswahl der Musikstücke als auch was die Pausengestaltung betraf, wäre er frei gewesen.

(Der Beschwerdeführer) sagte vor Arbeits- und Sozialgericht Wien am 6.11.2002: 'Es ist richtig, dass es einen Dienstplan gab mit diesbezüglichen Eintragungen. Auch stimmt es, dass bei unvorhergesehenen Reisegruppen die Musiker kurzfristig eingeteilt wurden.'

'Auf Befragung, ob die Musiker bei Auswahl der Stücke frei waren: Ich habe ihnen keine Vorschriften gemacht. Ich habe ihnen keine Anweisungen geben können, außer etwa disziplinar, etwa wenn sie betrunken gewesen wären.'

Vor dem Landeshauptmann von Wien sagte (der Beschwerdeführer) am 23.5.05 'Ich kenne den Betrieb in und auswendig und daher sind mir die Bedürfnisse der Kunden geläufig. Aus diesem Grund bin ich bestens informiert, welche Musikgruppen den Gästen zumutbar sind. Wer bei welchen Gästen in welchen Räumlichkeiten spielt, wird von mir bestimmt.'

'Die Koordination, welche Gruppe wann in welchen Räumlichkeiten spielt, obliegt mir. Ich führe eine tägliche Liste, wer wo stundenweise tätig ist. Das Lokal hat 750 Sitzplätze, auf verschiedene Stuben aufgeteilt.' Es gibt eine Art 'Kommandozentrale' in der ich oder meine Frau sitzen. In diesem Raum ist ein Monitor. Von diesem Monitor aus werden die Gästegruppen a(u)f die jeweiligen Räume aufgeteilt. Zuerst teile ich die Gäste den Räumen zu und dann bestimme ich, wo welches Duo in welchen Raum kommt. Diese Einteilung erfolgte jeweils am Nachmittag. Meines Wissens gab es einen in der Garderobe aufgehängten Dienstplan nicht.'

Frau (H.) sagte vor Arbeits- und Sozialgericht Wien am 2.10.2002: 'Ich erinnere mich daran, dass Herr (D.) und sein Kollege am Unfalltag jedenfalls spielen sollten, es hat Herr (D.) sen. auch bei uns auf sie gewartet. Die beiden haben an diesem Tag auch eine andere Steckdose gewählt, weil (der Beschwerdeführer) schon etwas ungehalten war, weil die beiden des öfteren auf der bisherigen Wegstrecke zu spät bei uns eingetroffen waren.'

Herr (S.) sagte vor dem Landeshauptmann von Wien am 20.2.2006: 'Wenn wir unsere Tätigkeit begonnen haben, haben wir uns an den Chef, (den Beschwerdeführer) oder dessen Vertretung gewandt, der uns dann die Räume zugewiesen hat, in denen wir spielen mussten. Er hat uns auch die Reisegruppen zugewiesen, wo wir spielen sollten.'

Aus diesen Aussagen ergibt sich im Wesentlichen übereinstimmend, dass sich (der Beschwerdeführer) ein Weisungsrecht vorbehalten hat - sowohl was die Arbeitszeit betraf, als auch was das arbeitsbezogene Verhalten betraf. Da (der Beschwerdeführer) selbst aussagte, er oder seine Frau sei während der Betriebszeit in einer sogenannten mit einem Monitor ausgestatteten 'Kommandozentrale' gesessen, steht auch fest, dass sich (der Beschwerdeführer) bezüglich der Tätigkeit der Musiker stets die Möglichkeit des Eingreifens durch Weisungen und entsprechende Kontrolle vorbehalten hat.

Die gegenteiligen Behauptungen des (Beschwerdeführers) sind angesichts des von ihm selbst geschilderten gemäß seinen Betriebserfordernissen bis ins Detail organisierten Einsatzes seiner Musiker nicht glaubwürdig.

Es ist von einer Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen.

Persönliche Arbeitspflicht:

...

Der (Beschwerdeführer) bringt vor, Herr (D.) habe das Recht gehabt, sich beliebig vertreten zu lassen. Er verweist im Besonderen auf das mit Herrn (C.) aufgenommene Gedächtnisprotokoll vom 5.4.2006.

Herr (C.) führte darin aus, er sei selbständiger Musiker und im Weingut (R.) werkvertragstätig. Er spiele öfters in Wien, aber auch bei privaten Veranstaltungen, Hochzeiten etc. in der Slowakei auf und setzte für sich Vertretungen ein.

Herr (C.) habe auch des öfteren Herrn Norbert (D.) vertreten, wenn dieser andere Engagements angenommen hatte.

Die Vertretungsmodalitäten würden per Telefon untereinander ausgetauscht und vereinbart, sodass im Weingut (R.) der Einsatz vom jeweiligen Musiker gewährleistet war.

(Der Beschwerdeführer) hatte vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien am 6.11.2002 folgendes ausgesagt:

'Beim Werkvertrag war es ja so, dass ich dann auch keinerlei Kontrolle hatte bzw. ausgeübt habe, ob der betreffende auch selbst kommt. Er war nicht verpflichtet, selbst zu spielen. Wir haben unsererseits keine Arbeitsaufzeichnungen machen müssen.'...

'auf Befragung, ob es richtig sei, dass Herr (D.) mit Herrn (Z.) ein Duo gebildet habe und insofern ein Wechsel der Personen bzw. ein Ersatz nicht vorgekommen bzw. nicht erwünscht gewesen sei, dies in Kenntnis der Aussage der Frau (H.): Ich habe insgesamt 120 Mitarbeiter und 16 Musiker. Im einzelnen habe ich dies nicht so genau verfolgt, wer nun mit wem aufgetreten ist.'

'Wenn einer von den Musikern ausfiel, hatte er selbständig für einen Ersatz zu sorgen.'

Vor dem Landeshauptmann von Wien hat (der Beschwerdeführer) am 20.2.2006 folgendes ausgesagt: 'Der Werkvertrag lässt das Vertretungsrecht zu und ich habe dies positiv zur Kenntnis genommen. Eine Vertretung konnte sowohl hinsichtlich eines ganzen Duos erfolgen wie auch hinsichtlich der einzelnen Personen des Duos. Die Musiker haben so viel Verantwortungsgefühl, dass sie eine qualifizierte Vertretung schicken. Es ist tatsächlich vorgekommen, dass sich die Musiker vertreten lassen haben. Jeweils der, mit dem der Werkvertrag abgeschlossen war, hat das Entgelt erhalten. (..) Ob wirklich ein Vertreter kommt, kann ich nicht immer beurteilen, weil ich die meisten Musiker, so auch Herrn (D.) namentlich nicht kenne. Grundsätzlich kenne ich die Musiker vom Aussehen her und erkenne daher, wenn ein unbekanntes Gesicht erscheint. Mir ist nur wichtig, dass ein Duo auftritt.'

Frau (H.) sagte vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien am 2.10.2002: 'Neben Herrn (D.) und Herrn (Z.) haben noch der Vater von Herrn (D.), Herr (D.) sen., sowie weitere slowakische Musiker gespielt. Es handelte sich dabei im Wesentlichen um eingespielte Teams.'

Auf Befragen durch den Vorsitzenden, ob sich die Musiker vertreten lassen konnten: Ich würde sagen eher nicht. Dies hat der Chef nicht gern gehabt. Es war so, dass es eingespielte Teams waren, also Herr (D.) und Herr (Z.) ein Duo. Dann die beiden anderen slowakischen Musiker auch ein Duo bzw. die beiden anderen slowakischen Musiker mit Herrn (D.) sen. Ein Trio. Wenn jetzt von diesen einer etwa krankheitsbedingt ausfiel, so konnte schon ein anderer an seiner Stelle spielen. Es ist mir aber nicht untergekommen, dass völlig andere Musiker plötzlich vertretungsweise aufgetreten wären.

Herr (L.) sagte vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien am 26.8.2002 'Mit den Musikern selbst hatte ich nichts zu tun. Es mussten diese beiden Musiker da sein. Sie konnten sich aber auch vertreten lassen.'

Herr (Z.) gab schriftlich befragt an: 'Nur in Ausnahmefällen, z. B. Krankheit konnten uns Kollegen vertreten.'... '(Der Beschwerdeführer) hätte es nicht toleriert, wenn wir nach freiem Ermessen uns einer Vertretung bedient hätten.'

Herr (S.) gab vor dem Landeshauptmann von Wien an:

'Es ist manchmal vorgekommen, dass ich an meiner Stelle eine andere Person, z.B. meinen Onkel geschickt habe, damit er im Betrieb (vom Beschwerdeführer) spielt. Ich habe dem Chef gesagt, wenn ich nicht kommen konnte.

Aus diesen Aussagen sind folgende Feststellungen abzuleiten:

Die Aussagen der beiden Musiker (Z.) und (S.) sowie die Aussage der Frau (H.) lassen übereinstimmend erkennen, dass eine Vertretung nur im Ausnahmefall toleriert wurde. Die Aussage der Frau (H.) lässt überdies klar erkennen, dass sie nur Vertretungen unter den (beim Beschwerdeführer) beschäftigten Musikerkollegen wahrgenommen hatte.

Soweit der (Beschwerdeführer) nun behauptet, es habe das Recht bestanden, sich beliebig vertreten zu lassen und auf ein schriftliches Gedächtnisprotokoll des Herrn (C.) verweist, wo dieser angab, er habe Herrn (D.) etwa auch dann vertreten, wenn dieser ein anderes Engagement angenommen hatte, so ist zunächst zu berücksichtigen, dass Herr (C.) zu der Zeit, als das Protokoll aufgenommen wurde, in einer aufrechten Beschäftigung (zum Beschwerdeführer) stand. Seine Aussage muss daher als beeinflusst angesehen werden.

Es ist den übereinstimmenden Aussagen der Frau (H.) sowie der Herrn (Z.) und (S.) zu folgen, die den Sachverhalt lebensnahe wiedergegeben und deren Aussagen mit den (vom Beschwerdeführer) dargelegten objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation im Einklang stehen:

Wie schon erwähnt hat (der Beschwerdeführer) vor dem Landeshauptmann von Wien am 23.5.2005 ausgeführt, er kenne seinen Betrieb in und auswendig, ihm seien die Bedürfnisse der Kunden geläufig, dementsprechend bestimme er von einer 'Kommandozentrale' aus, welche Gruppen wo zu spielen habe.

(Der Beschwerdeführer) hat damit klar dargelegt, dass er die Musiker in einem straff organisierten seinen Unternehmenserfordernissen untergeordneten Betriebsablauf eingebunden hatte. Dies lässt für ein beliebiges Vertretungsrecht des einzelnen Musikers keinen Raum. Der (vom Beschwerdeführer) geführte Heurigenbetrieb wurde in einer Weise geführt, die dem Dienstgeber das Recht vorbehielt, stets zu bestimmen, welche Musiker in seinem Lokal tätig werden und in welchem Raum seines Lokales sie tätig werden.

Ein Recht der Musiker, sich beliebig vertreten zu lassen kann somit aus den klar hervorgekommenen objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht abgeleitet werden.

Die im Wesentlichen übereinstimmenden Aussagen der Zeugen (H.), (S.) und (Z.) unterstreichen diese Feststellung.

Schließlich unterstreicht auch die Aussage des (Beschwerdeführers), er beschäftige 16 Musiker und habe nicht im Einzelnen verfolgt, wer mit wem aufgetreten ist, dass (der Beschwerdeführer) selbst dabei von einer Vertretung der bei ihm beschäftigten Musiker untereinander ausging.

Die anders lautenden Behauptungen des (Beschwerdeführers) sind angesichts dieser Feststellung als Schutzbehauptungen anzusehen. Aus ihnen ist insgesamt zu erkennen, dass der (Beschwerdeführer) ab dem Moment wo er von den Behörden der Sozialversicherung belangt wurde, bemüht war, sich aus seiner Verpflichtung herauszureden.

Aus der Aussage des Herrn (S.) ist mangels näherer Ausführungen für die Frage des Rechtes auf eine beliebige Vertretung gar nichts abzuleiten.

Herr (D.) war somit nicht berechtigt, sich beliebig vertreten zu lassen. Ihn traf eine persönliche Arbeitspflicht.

...

Wirtschaftliche Abhängigkeit:

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Liegt persönliche Abhängigkeit vor, so muss daher die Frage der Zurverfügungstellung von Betriebsmitteln nicht mehr eigens gewichtet werden. Sie tritt als unerheblich in den Hintergrund.

Die Frage, ob Herr (D.) eigene Musikinstrumente, Noten und eigene Kleidung für seine Tätigkeit mitbrachte ist daher im vorliegenden Gesamtzusammenhang nicht zu prüfen.

Zu den weiteren Einwendungen des (Beschwerdeführers):

...

Soweit der (Beschwerdeführer) vorbringt, Frau (H.) hätte mit den Musikern gar nichts zu tun gehabt, und sei im Unfrieden aus dem Unternehmen ausgeschieden, ist dem entgegenzuhalten, dass die Aussage der Frau (H.) mit der des Herrn (S.) übereinstimmt und teilweise auch durch (den Beschwerdeführer) selbst bestätigt wurde. Auch nimmt der (Beschwerdeführer) selbst in der Berufung Bezug auf die Aussage der Frau (H.) und zieht sie zur Untermauerung seiner Behauptungen heran, er hätte nur nachgesehen, ob die anwesenden Musiker entsprechend eingeteilt seien.

Der (Beschwerdeführer) bringt überdies in seiner Berufung vor, Frau (H.) habe die Musiker zwar eingeteilt, dies aber nach Absprache mit den Musikern.

Dem eben genannten Einwand des (Beschwerdeführers)/... ist aus diesem Grund nicht zu glauben.

Die Aussagen der Zeugen (H.), (L.) und (S.) ergeben ein im Wesentlichen übereinstimmendes und in sich widerspruchsfreies Bild. Sie entsprechen auch nicht der im Zuge der Ermittlungen klar hervorgekommenen objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation.

Aus ihnen ist insgesamt zu erkennen, dass der (Beschwerdeführer) ab dem Moment wo er von den Behörde der Sozialversicherung belangt wurde, bemüht war, sich aus seiner Verpflichtung herauszureden.

Die im Verwaltungsverfahren getätigte Behauptung des (Beschwerdeführers), er kenne Herrn (Z.) nicht wurde durch die Vorlage des entsprechenden Werkvertrages widerlegt. Sie widerspricht auch der gerichtlichen Aussage des (Beschwerdeführers), dass Herr (D.) und auch Herr (Z.) ab 1991 im Betrieb des (Beschwerdeführers) aufgetreten seien.

Soweit der (Beschwerdeführer) die Vernehmung des Herrn (C.) und der Frau (R.) beantragt, ist folgendes auszuführen:

Der Sachverhalt ist ausreichend ermittelt.

Die beantragte ergänzende Vernehmung des Herrn (C.) und der Frau (R.) muss nach Ansicht des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz nicht durchgeführt werden:

Herr (C.) steht laut Stellungnahme des (Beschwerdeführers) in einem aufrechten Beschäftigungsverhältnis zu ihm. Von Herrn (C.) sind daher keine unbeeinflussten Aussagen zu erwarten.

Dasselbe muss im vorliegenden Gesamtzusammenhang von der Gattin des (Beschwerdeführers) angenommen werden. Überdies wurden keine neuen Vorbringen erstattet, die eine Vernehmung der Frau (R.) notwendig erscheinen ließen.

Die vorliegende Beurteilung stützt sich darüber hinaus zu einem wesentlichen Teil auf die Tatsache, dass der Betrieb in einer Weise geführt wurde, die den Einsatz von Musikern als freie Dienstnehmer gar nicht erlaubt hätte.

Zu der Frage, weshalb mit den Musikern während der ersten Jahre Dienstverträge und ab 1995 nur Werkverträge abgeschlossen wurden, wird vor Gericht einhellig angegeben, dass die Schwierigkeit, mit einem Dienstvertrag ein Visum zu erlangen ((L.) vor Arbeits- und Sozialgericht Wien, (H.) vor Arbeits- und Sozialgericht Wien, (Beschwerdeführer) vor Arbeits- und Sozialgericht Wien), ausschlaggebend für diese Entscheidung war.

Übereinstimmend geben Frau (H.) und (der Beschwerdeführer) vor Gericht an, die Beschäftigung der Musiker sei immer gleich abgelaufen.

Der Berufungseinwand, damit sei lediglich gemeint gewesen, dass vorher Musik gespielt und auch nachher Musik gespielt worden wäre, dass jedoch auf Wunsch der Musiker nach 1995 ein beliebiges Vertretungsrecht bestanden habe, vermag nicht zu überzeugen.

(Der Beschwerdeführer) selbst gab vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien dazu an, 'Auf die Befragung, welcher faktische Unterschied zwischen jener Zeit bestanden habe, als eine Meldung zur Sozialversicherung vorlag und der Zeit, als dann Herr (D.) aufgrund eines Werkvertrages gespielt hat: Von der Arbeitsleistung und dem Umfang der Arbeitszeit war kein Unterschied, bei den Werkverträgen war es so, dass keine Sozialversicherung und keine Krankenversicherung zu zahlen war und die Musiker verpflichtet waren, sich selbst zu versichern.'... 'Es ist richtig, dass die Musiker mit dem Angestelltenvertrag dann kein Visum (..) bekommen haben und aus diesem Grund dann die Werkverträge geschlossen wurden.'

Erst im Zuge dieses Verwaltungsverfahrens argumentierte (der Beschwerdeführer), er habe es begrüßt, den Musikern fortan das Recht einer beliebigen Vertretung gewähren zu können bzw. die Musiker seien schon während der Zeit als sie als Dienstnehmer zur Sozialversicherung gemeldet waren gar keine echten Dienstnehmer gewesen, die Organisation, wer im Heurigenlokal tatsächlich auftrete, und wer sich vertreten lasse, sei allein von den Musikern durchgeführt worden. Durch das freie Vertretungsrecht hätten die Musiker die Möglichkeit, mehrere Engagements anzunehmen, wodurch sie wirtschaftlich unabhängig gewesen seien.

Nach Ansicht der Berufungsbehörde unterstreicht dies die Wahrnehmung, dass (der Beschwerdeführer) erst im Zuge dieses Verwaltungsverfahrens bemüht war, die Beschäftigung des Herrn (D.) in einem Licht erscheinen zu lassen, das den Eindruck erwecken soll, als wäre Herr (D.) tatsächlich selbständig tätig gewesen.

Schließlich ist darauf Bedacht zu nehmen, dass (der Beschwerdeführer) anlässlich seiner Aussage vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien als Zeuge unter Wahrheitspflicht stand. Seiner gerichtlichen Aussage ist daher unter diesem Gesichtspunkt und aufgrund der den eben dargelegten Wahrnehmungen erhöhtes Gewicht beizumessen.

Die Parteivorbringen des (Beschwerdeführers) im hier anhängigen Verwaltungsverfahren lassen dem gegenüber erkennen, dass (der Beschwerdeführer) nun bemüht war, die Beschäftigung in einem Licht erscheinen zu lassen, das ihrer tatsächlichen Ausgestaltung nicht entsprach, um den daraus folgenden Beitragsnachzahlungen zu entgehen.

Rechtlich ergibt sich, dass Herr (D.) während der hier strittigen Zeiträume in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit (beim ... Beschwerdeführer) beschäftigt wurde. Die vorgelegten Werkverträge sind insoweit sie der tatsächlichen Ausgestaltung der vorliegenden Beschäftigung widersprachen, als Scheinverträge zu beurteilen.

..."

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 des Vorlageaufwandes begehrt und im Übrigen, ebenso wie die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt, auf die Erstattung einer Gegenschrift ausdrücklich verzichtet.

Die erst-, zweit- und drittmittelbeteiligten Parteien haben, ebenso wie die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse, eine Gegenschrift erstattet mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Die mitbeteiligte Pensionsversicherungsanstalt hat sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, N. D. habe auf werkvertraglicher Basis für ihn gearbeitet.

Bei Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können; entscheidend bleibt aber doch, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. das Erkenntnis vom 11. Dezember 1990, Slg. Nr. 13.336/A). Die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit

(im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Vertrag eine eindeutige Antwort darauf, welche Art von Vertrag gewollt war, zulässt oder nicht. Im letzteren Fall kommt der tatsächlichen Durchführung der Beschäftigung für die Frage der Pflichtversicherung entscheidende Bedeutung zu.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, 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 liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liegt 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 beim Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit, ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. 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. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 5. Juni 2002, Zl. 2001/08/0107, 0135, sowie vom 3. Juli 2002, Zl. 2000/08/0161).

Im vorliegenden Fall ist schon deshalb kein Werkvertrag gegeben, weil es an der vertragsmäßigen Konkretisierung des Werkes fehlt. Außerdem ist kein Maßstab ersichtlich, nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Ein der für den Werkvertrag essenziellen Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten ist nicht messbar, weshalb von einem individualisierbaren "Werk" nicht die Rede sein kann. Es liegt vielmehr eine Vereinbarung über Dienstleistungen vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0162, mwN).

Der eingangs wiedergegebene Vertrag ist seiner Rechtsnatur nach ein Kapellmeister- oder Gruppenarbeitsvertrag, aufgrund dessen sich N. D. mit seinem Ensemble dem Betreiber eines Heurigen gegenüber verpflichtet, für eine garantierte und bestimmte Spieldauer dortselbst Musikstücke nach seiner Wahl aber entsprechend der Eigenart des Heurigenlokals gegen ein Gesamthonorar aufzuführen, dessen Aufteilung auf die einzelnen Musiker offenbar ihm ebenso überlassen war, wie die Auswahl der einzelnen Musiker. Ein solcher Dienstnehmer aus einem Gruppenarbeitsvertrag ist wirtschaftlich vom Unternehmer (Heurigenwirt) abhängig, der das Risiko des Unternehmens ausschließlich trägt (vgl. zum vergleichbaren Fall des Direktors eines Bauerntheaters OGH SZ 21/128).

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 selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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 (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. 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. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. z.B. auch dazu das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 25. April 2007).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung Dritten überbinden kann oder von vornherein die Leistungserbringung durch Dritte erfolgen darf, dann liegt keine persönliche Abhängigkeit vor. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass eine generelle, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten oder Ereignisse wie Krankheit oder Urlaub beschränkte, Befugnis zur Vertretung vorliegt (vgl. z.B. neuerlich das zitierte hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, mwN). Eine generelle Vertretungsbefugnis hat auch mit einem wechselseitigen Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber beschäftigten Personen nichts zu tun (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. April 2005, Zl. 2002/08/0222, mwN).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich im Allgemeinen bereits aus dem Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit. Sie darf nicht mit Lohnabhängigkeit, also mit dem Angewiesensein des Beschäftigten auf das Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes, gleichgesetzt werden. Sie findet vielmehr ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel (vgl. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, mwN).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs. 2 AVG) bedeutet nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht, dass der in der Begründung des Bescheides niederzulegende Denkvorgang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegt. Die Bestimmung des § 45 Abs. 2 AVG hat nur zur Folge, dass die Würdigung der Beweise keinen gesetzlichen Regeln unterworfen ist. Wegen der durch § 41 Abs. 1 VwGG eingeschränkten Prüfungsbefugnis darf der Verwaltungsgerichtshof jedoch die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht in dem Sinn einer Kontrolle unterziehen, dass er sie an der Beweiswürdigung misst, die er selbst vorgenommen hätte, wäre er an Stelle der belangten Behörde gewesen. Er darf vielmehr die Beweiswürdigung nur auf ihre Schlüssigkeit, gemessen an Denkgesetzen und an menschlichem Erfahrungsgut, sowie dahin überprüfen, ob die Behörde alle dabei in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt hat. Hingegen ist der Verwaltungsgerichtshof nicht berechtigt, einer Beweiswürdigung der belangten Behörde, die einer Überprüfung unter den genannten Gesichtspunkten standhält, mit der Begründung entgegenzutreten, dass auch ein anderer Ablauf der Ereignisse bzw. ein anderer Sachverhalt schlüssig begründbar wäre. Die belangte Behörde ist zwar gehalten, in der Begründung ihres Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen (§ 60 AVG), sie ist aber nicht verpflichtet, allen sonst noch denkbaren schlüssig begründbaren Sachverhaltsvarianten im Einzelnen nachzugehen, wenn sie sich nur mit allen Umständen schlüssig und nachvollziehbar auseinander gesetzt hat, die für und wider die von ihr tatsächlich getroffenen Sachverhaltsfeststellungen sprechen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2004/08/0110, mwN).

Der Beschwerdeführer bringt vor, es habe keinen Dienstplan, sondern nur einen "Bespielungsplan" gegeben, mittels dessen eine bestimmte Anzahl von Musikern mit deren Einvernehmen eingeteilt worden sei. Wenn einer von den Musikern ausgefallen sei, so habe er selbständig für einen Ersatz zu sorgen gehabt. Es sei lediglich wesentlich gewesen, dass eine Gattung von Heurigenmusikern einer bestimmten Anzahl vorhanden gewesen sei, ohne dass eine individuelle Leistungspflicht bestanden habe. Es sei vom Einvernehmen mit N. D. abhängig gewesen, ob dieser zu einem bestimmten Zeitpunkt im Heurigenlokal gespielt habe. Wenn ein Musiker keine Zeit oder ein anderes Engagement gehabt habe, habe er sich jederzeit und ohne vorherige Rücksprache mit dem Beschwerdeführer durch

geeignete Dritte vertreten lassen können. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Herren S. und Z. auf Grund ihrer Freundschaft zu N. D. das Bemühen von dessen Familie zur Erlangung einer Unfallrente entsprechend unterstützten. Frau H. wiederum habe mit dem Ablauf der Musik wenig zu tun gehabt und könne daher keine zweckdienlichen Angaben machen; sie sei überdies im Unfrieden aus dem Unternehmen geschieden.

Ausgehend von den obigen Darlegungen zur freien Beweiswürdigung kann aber der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn sie zu dem Ergebnis gekommen ist, dass eine generelle Vertretungsbefugnis des N. D. nicht bestanden hat. Insbesondere hat sich die belangte Behörde auch mit den Aussagen der gehörten Zeugen sowie des Beschwerdeführers auseinander gesetzt und diese einer nachvollziehbaren Beweiswürdigung unterzogen, ebenso jene des Z. und der H.. Die belangte Behörde hat abgesehen davon im Übrigen vor allem den - nicht bestrittenen - Betriebsablauf dafür ins Treffen geführt, dass ein beliebiges Vertretungsrecht keinen Raum gehabt habe.

Unbestritten ist im gegenständlichen Zusammenhang, dass der Arbeitsort das Heurigenlokal des Beschwerdeführers gewesen ist. In der Beschwerde wird auch eingeräumt, dass die Musiker dann zu spielen hatten, wenn Gäste im Lokal anwesend gewesen sind und unterhalten werden wollten. Die Arbeitszeit habe sich nach den Gegebenheiten des Heurigenlokals, nämlich nach der Anwesenheit der Heurigenbesucher, zu richten gehabt. Die Musiker hätten die Stückwahl selbständig vornehmen können, der Beschwerdeführer habe nicht in den Musikablauf eingegriffen. Die Auswahl der Musikstücke habe lediglich mit der Art der Lokalität im Einklang stehen sollen. Die Zeit der Pausen und die Linie der Musikstücke seien ebenso wie die Dauer der Darbietung nach dem Belieben des Musikers zu wählen und zu gestalten gewesen. Die Musiker seien auch nicht der Hausordnung unterstanden und auch berechtigt gewesen, Aufträge abzulehnen. Das Tragen bestimmter Kleidungsstücke sei ihnen nicht vorgeschrieben worden. Sie hätten ihre eigene Kleidung getragen.

Auch dieses Vorbringen vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen: Wenn nämlich die allfällige Ungebundenheit von Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenzen in den betrieblichen Erfordernissen hat, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies unter dem Gesichtspunkt des Überwiegens der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131, mwN). Dies ist aber im vorliegenden Fall gegeben, da einerseits entsprechende Musikstücke zu spielen waren und andererseits zu Zeiten, zu denen dies betrieblich passend gewesen ist. Im Übrigen war die Arbeitszeit sogar in den schriftlichen "Werkverträgen" konkretisiert.

Soweit sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Zusammenhang auf das hg. Erkenntnis vom 8. Februar 1994, Zl. 92/08/0153, beruft, ist festzuhalten, dass der dort gegenständliche Sachverhalt mit dem hier relevanten nicht zu vergleichen ist. In jenem Erkenntnis ging es darum, dass ein Musiker mehrfach als Alleinunterhalter im Rahmen bunter Abende in einem Hotel beschäftigt worden ist und die musikalische Umrahmung durchgeführt bzw. die Gäste durch Spiele etc. unterhalten hat. Um 20.30 Uhr habe der Musiker begonnen und - je nach dem, ob noch Stimmung vorhanden gewesen sei - bis 24.00 Uhr weitergespielt. Es sei ihm überlassen gewesen, wann er Schluss habe machen wollen. Lediglich vereinzelt sei es vorgekommen, dass er gebeten worden sei, noch eine halbe Stunde weiterzuspielen. Anders als im vorliegenden Fall war die Dauer der Darbietung daher nicht von vornherein einvernehmlich festgelegt, sondern stand im Ermessen des Beschäftigten. Die Feststellungen, dass er wiederholt gebeten worden sei, weiter zu spielen, hätten gezeigt, dass er sanktionslos das Ende und somit die Dauer der Darbietungen bestimmt habe. Es sei weder eine fixe Arbeitszeit vereinbart worden noch eine solche durch die Öffnungszeiten des Lokales zwingend vorgegeben gewesen. Auch war der Musiker als Alleinunterhalter tätig, der "bunte Abend" sei von ihm geleitet worden und der Inhalt der Darbietung sei ihm überlassen gewesen.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, war eine derartige Unabhängigkeit des N. D. im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Wenn der Beschwerdeführer ausführt, dass N. D. mehrere Engagements habe annehmen können, wodurch er persönlich und wirtschaftlich unabhängig geblieben sei, ist dem entgegenzuhalten, dass sogar trotz einer "hauptberuflichen" anderen Tätigkeit des N. D. ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zum

Beschwerdeführer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit bestanden haben kann. Es handelt sich daher bei diesem Beschwerdevorbringen um kein Argument, das gegen das Vorliegen einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 ASVG spricht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2005/08/0177).

Wie in der Beschwerde selbst ausgeführt wird, hat es sich um Heurigenmusiker und nicht um Straßenmusikanten gehandelt. Die Tätigkeit der Musiker erfolgte in den Betriebsräumlichkeiten des Beschwerdeführers. Damit ist es aber im Sinne der oben wiedergegebenen Rechtsprechung auch nicht mehr von Bedeutung, wenn die Musiker die Musikinstrumente, Verstärker, Noten, Gestaltungskonzepte und ihre Kleidung selbst beigestellt haben. Eine wirtschaftliche Unabhängigkeit des N. D. war damit jedenfalls nicht gegeben

Soweit der Beschwerdeführer rügt, dass seine Gattin und C. nicht als Zeugen einvernommen worden seien, zeigt er die Relevanz des damit behaupteten Verfahrensmangels nicht auf.

Die vorliegende Beschwerde erweist sich daher insgesamt als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. Februar 2008

Schlagworte

Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7 Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit
Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007080053.X00

Im RIS seit

07.04.2008

Zuletzt aktualisiert am

31.10.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at