

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/1/24 2004/08/0101

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.01.2006

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

ABGB §1151;  
AVG 1977 §1 Abs1 lit a;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §4 Abs4;  
ASVG §4 Abs5;  
ASVG §4 Abs6;  
AVG §66 Abs4;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Köller, Dr. Moritz und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der M Betriebsgesellschaft mbH & Co KG in W, vertreten durch Mag. Günter Petzelbauer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz-Josefs-Kai 27/top 3a, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 28. April 2004, Zl. 129.371/2-7/01, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. E in W; 2. Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30; 3. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1; 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65;

5. Arbeitsmarktservice, Landesgeschäftsstelle Wien, 1030 Wien, Landstraße Hauptstraße 55-57), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

### **Begründung**

Am 15. Oktober 2000 füllte die Erstmitbeteiligte einen "Auskunftsformular für Dienst- bzw. Auftragnehmer" der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse aus. Darin gab sie im Wesentlichen an, dass die von ihr mit der beschwerdeführenden Partei abgeschlossene Vereinbarung eine Dienstleistung und nicht die Herstellung eines Werkes zum Gegenstand habe. Die Vereinbarung sei 1990 mündlich und unbefristet abgeschlossen worden. Der Stundenlohn betrage S 280,-- , Sonderzahlungen seien keine vereinbart worden. Zeiten der Abwesenheit wegen Urlaubs oder Krankheit bekomme sie nicht bezahlt. Die vertraglich vereinbarten Dienstleistungen müsse sie persönlich erbringen; sie könne sich nicht vertreten lassen. Auf Grund der Vereinbarung könne sie "gewisse Tätigkeiten bzw. die Aufnahme der Beschäftigung" sanktionslos ablehnen. Eine bestimmte Arbeitszeit sei nicht vereinbart worden bzw. nicht einzuhalten. Der Dienst- bzw. Auftraggeber kontrolliere nicht, ob sie die vereinbarte Arbeitszeit einhalte. Sie habe aber mit ihm vereinbart, an welchem Ort sie ihre Tätigkeit ausübe. Der Dienst- bzw. Auftraggeber kontrolliere nicht, ob die Erstmitbeteiligte am vereinbarten Arbeitsort anwesend ist, und er erteile ihr keine Weisungen über die Art und Weise betreffend die Durchführung ihrer Arbeiten bzw. kontrolliere nicht die Reihenfolge, den Fortgang sowie den Ablauf der Tätigkeiten. Disziplinäre Maßnahmen seien nicht vorgesehen, wenn die Erstmitbeteiligte die vertraglichen Bestimmungen nicht einhalte. Zur Geheimhaltung sei sie nicht verpflichtet, und die Vereinbarung beinhaltete keine Konkurrenzklause. Mehrere Dienst- bzw. Auftraggeber habe sie nicht. Eine Gewährleistungspflicht für Mängel bestehet nicht. Der Dienst- bzw. Auftraggeber stelle ihr Arbeitsmittel zur Verfügung. Sie sei verpflichtet, eigene Arbeitsgeräte beizustellen. Über ein eigenes Unternehmen bzw. eine Betriebsstätte zur Ausübung ihrer Tätigkeit verfüge sie nicht. Auch habe sie keine Gewerbeberechtigung und auch keine sonstige berufsrechtliche Befugnis zur Ausübung der vereinbarten Tätigkeit. Die Erstmitbeteiligte sei hinsichtlich der vereinbarten Tätigkeit steuerlich als Selbständige veranlagt.

Ausweislich einer von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse aufgenommenen Niederschrift haben zwei Vertreter der beschwerdeführenden Partei (K. und S.) am 16. November 2000 angegeben, die Erstmitbeteiligte sei für die beschwerdeführende Partei als Aerobic-Trainerin tätig gewesen. Die Tätigkeit sei nach mündlicher Vereinbarung ausgeübt worden. Gegenstand der Vereinbarung sei gewesen, dass ein Fitnessprogramm nach eigenen Vorstellungen vorgetragen und die Begleitmusik dazu selbst gewählt werde. Diese Vereinbarung sei auf unbefristete Zeit ca. ab 1992 abgeschlossen worden. Die Vortagsstunden seien mit der Geschäftsführung gemeinsam eingeteilt worden, und die Durchführung sei nach Erstellung eines Stundenplanes erfolgt. Die Arbeits- und Übungszeiten hätten sich nach Auslastung und Zeit der Kurse gerichtet. Die Tätigkeit sei in den Räumen der beschwerdeführenden Partei ausgeübt worden. Eine Kontrolle durch die beschwerdeführende Partei sei nur in Bezug auf die Abhaltung der Kurszeiten erfolgt. Der Programmablauf selbst und die Durchführung der Übungen seien nicht kontrolliert worden. Wenn die Vereinbarung nicht eingehalten worden wäre, wäre dies einem Vertragsbruch gleichgekommen und der Kurs beendet bzw. von einer anderen geeigneten Person abgehalten worden. Das von der Erstmitbeteiligten vorgetragene Programm hätte auch in anderen Fitnesseinrichtungen verwendet werden können. Im Falle der Beendigung des Vertrages hätte es einer mündlichen Information beiderseits unter Berücksichtigung der angemeldeten Kursteilnehmer bedurft. Außer den vorhandenen Räumlichkeiten seien von der beschwerdeführenden Partei keine Betriebsmittel zur Verfügung gestellt worden. Die Bezahlung sei nach Stundensätzen erfolgt. Vereinbarungen über Sonderzahlungen seien nicht getroffen worden. Bei einem Urlaub oder bei Verhinderung durch Krankheit seien keine Honorare bezahlt worden. Für eine entsprechende und geeignete Vertretung in Abwesenheit hätte "selbst gesorgt werden" müssen. Die beschwerdeführende Partei sei über die Vertretung informiert worden. Die Bezahlung "der Vertretung" sei durch den Auftraggeber erfolgt, aber auch durch den zu Vertretenden.

Mit Bescheid vom 4. Jänner 2001 sprach die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, dass die Erstmitbeteiligte durch ihre Tätigkeit als Fitness-Trainerin auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen gegenüber der beschwerdeführenden Partei als Dienstgeberin in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. März 1999, vom 1. Mai 1999 bis 30. Juni 1999 und vom 1. November 1999 bis 31. Dezember 1999 der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterlegen sei. In der Zeit vom 1. Juli 1999 bis 31. Oktober 1999 und vom 1. Jänner 2000 bis 31. Oktober 2000 sei die

Erstmitbeteiligte nicht der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG iVm § 5 Abs. 2 ASVG, jedoch der gesetzlichen Unfallversicherungspflicht gemäß § 7 Z. 3 lit. a ASVG unterlegen. Gleichzeitig wurde festgestellt, dass die Erstmitbeteiligte bezüglich dieser Tätigkeit nicht in einem die Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG iVm § 4 Abs. 2 ASVG und die Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG begründenden Beschäftigungsverhältnis gestanden sei. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, es liege ein freies Dienstverhältnis vor, da die Erbringung der Arbeitsleistung auf unbestimmte Zeit vertraglich vereinbart worden sei, von der Erstmitbeteiligten persönlich erbracht werde und von ihr keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel beigestellt würden. Auf Grund der vorliegenden Honorarnoten bestehe für die Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. März 1999, vom 1. Mai 1999 bis 30. Juni 1999 und vom 1. November 1999 bis 31. Dezember 1999 Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG, für die Zeiten vom 1. Juli 1999 bis 31. Oktober 1999 und vom 1. Jänner 2000 bis 31. Oktober 2000 habe das Entgelt die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschritten; insoweit bestehe nur Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung gemäß § 7 Z. 3 lit. a ASVG. Für April 1999 habe kein Entgeltanspruch bestanden. Ein die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG bestehe nicht, weil die Erstmitbeteiligte die Tätigkeit ohne persönliche Arbeitspflicht ausgeübt habe, keinem Weisungsrecht bzw. keiner laufenden Kontrolle in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten unterworfen gewesen sei und somit die von ihr ausgeübte Tätigkeit keine Wesensmerkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit aufweise. Die Tätigkeit beruhe auf einem freien Dienstvertrag, weil die Vereinbarung darüber auf ein Bemühen um die in einer bestimmten oder unbestimmten Zeit zu erbringenden Arbeitsleistungen abstelle.

Die beschwerdeführende Partei und die Erstmitbeteiligte erhoben im Wesentlichen gleichlautende Einsprüche. Darin wurde ausgeführt, dass der Ausspruch, dass die Erstmitbeteiligte in keinem Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG iVm § 4 Abs. 2 ASVG und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG steht, ausdrücklich nicht bekämpft werde. Dargelegt wurde, dass die Erstmitbeteiligte als Aerobic-Trainerin und nicht als Fitness-Trainerin beschäftigt gewesen sei. Unzutreffend sei es, dass sie ihre Tätigkeit in den Räumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei (nur) teilweise mit ihren eigenen Betriebsmitteln ausgeübt habe. Zur Ausübung der Tätigkeit als Aerobic-Trainerin seien wesentliche eigene Betriebsmittel erforderlich. Die Erstmitbeteiligte stelle den Teilnehmern an den Aerobic-Kursen eigene Gummibänder und Bälle zur Verfügung. Sie verwende ein eigenes Mikrophon sowie ein eigenes Abspielgerät für Tonträger. Die passende Musik suche sie selbst aus, nehme sie teilweise selbst auf oder erwerbe selbst die entsprechenden Tonträger. Die Kosten dafür würden im Jahr ca. S 2.000,-- betragen. Weiters verwende die Erstmitbeteiligte eine eigene Aerobic-Bekleidung und eigene Aerobic-Schuhe. Ferner besitze sie eine eigene Betriebsstruktur. In ihrer Wohnung habe sie einen eigenen Büroraum eingerichtet, worin sich eine EDV-Anlage, ein Kopierer, eine Schneidemaschine, ein Telefon und ein Faxgerät befänden. Bei den Kursen würden von der Erstmitbeteiligten regelmäßig Unterlagen an die Kursteilnehmer ausgeteilt. Diese beträfen Trainingsübungen und Ernährungsvorschläge. Die Unterlagen würden von der Erstmitbeteiligten in ihrem Büro selbst konzipiert und verfasst. Außerdem besitze die Erstmitbeteiligte in ihrem Büro eine umfangreiche Fachbuchsammlung zu Themen wie Anatomie oder Ernährung. Diese diene der Fortbildung und der konkreten Vorbereitung von Kursstunden. Im Jahr gebe die Erstmitbeteiligte für diese Betriebsmittel ca. S 2.000,-- aus. Darüber hinaus benütze die Erstmitbeteiligte den Büroraum für die Gestaltung und die Choreographie der Aerobic-Übungen sowie für die konkrete Stundenvorbereitung. Etwa ein Viertel ihrer gesamten Arbeitszeit benötige die Erstmitbeteiligte für die Stundenvorbereitung, ein (weiteres) Drittel für die Erstellung von Unterlagen und die Abrechnung. Ein wesentlicher Teil der Tätigkeit sei der Fortbildung gewidmet. Die Erstmitbeteiligte besuche jährlich Seminare, Fortbildungskurse und "Workshops", die sich über Wochenenden und mitunter über ganze Wochen erstreckten und teilweise in Deutschland, Holland oder Amerika stattfänden. Pro Jahr besuche die Erstmitbeteiligte solche Fortbildungsveranstaltungen im Ausmaß von ca. zwei Wochen, wobei die Kosten insgesamt ca. S 20.000,-- ausmachten. Darüber hinaus nutze die Erstmitbeteiligte zur Weiterbildung das Internet im Ausmaß von zwei bis vier Stunden wöchentlich.

Mit Bescheid vom 28. Mai 2001 entschied der Landeshauptmann von Wien über die Einsprüche der beschwerdeführenden Partei und der Erstmitbeteiligten - der Sache nach den erstinstanzlichen Bescheid zum Teil abändernd - dahingehend, dass die Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. Dezember 1997 auf Grund ihrer Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei gemäß § 4 Abs. 4 ASVG iVm § 5a Abs. 1 ASVG der Vollversicherungspflicht unterlegen sei. In der Zeit vom 1. Jänner 1998 bis 31. März 1999 und vom 1. Mai 1999 bis 31. Dezember 1999 sei die Erstmitbeteiligte gemäß § 4 Abs. 4 ASVG iVm § 5 Abs. 2 ASVG der Vollversicherungspflicht unterlegen. In der Zeit vom 1. Jänner 2000 bis 31. Oktober 2000 sei sie gemäß § 4 Abs. 4 ASVG in Verbindung mit § 5 Abs. 2 ASVG nicht der

Vollversicherungspflicht, jedoch gemäß § 7 Abs. 3 lit. a ASVG der Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung unterlegen. Weiters wurde festgestellt, dass die Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. März 1999 und vom 1. Mai 1999 bis 31. Oktober 2000 zur beschwerdeführenden Partei in keinem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG gestanden sei. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, schon wegen der Möglichkeit, einzelne Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu können, sei eine persönliche Abhängigkeit und somit die Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ausgeschlossen. Da ein Dauerschuldverhältnis vorliege, sei die gegenständliche Tätigkeit auf Grund des Überschreitens der Versicherungsgrenze bis zum 31. Dezember 1997 als freier Dienstvertrag anzusehen. Erst seit 1. November 1998 sei es dafür erforderlich, dass keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verwendet werden. Die Ausstattung mit PC und Internet sei auch im privaten Gebrauch nicht mehr unüblich und lasse daher noch nicht auf eine unternehmerische Struktur schließen. Möglicherweise erleichterten derartige Hilfsmittel die Vorbereitung auf die Kurse, für deren Abhaltung seien sie jedoch nicht wesentlich. Erforderlich seien dafür außer der Arbeitskraft des Trainers geeignete Räumlichkeiten, musikalische Begleitung und allenfalls Gymnastikgeräte. Die Erstmitbeteiligte habe zwar Gummibänder und Bälle selbst zur Verfügung gestellt, doch stellten diese keine wesentlichen Betriebsmittel dar. Die notwendigen Räumlichkeiten sowie Fitnesseinrichtungen seien von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden. Die Weiterbildung sei nicht nur für Selbständige typisch, sondern werde auch von Dienstnehmern erwartet. Daher eigne sich der Besuch von Fortbildungskursen und die Anschaffung von Fachliteratur nicht als Unterscheidungskriterium. Das freie Dienstverhältnis habe daher auch nach dem 1. Jänner 1998 mit einer kurzen Unterbrechung weiter bestanden. Ab 1. Jänner 2000 sei jedoch von der Erstmitbeteiligten nur ein Einkommen im Durchschnitt unter der Geringfügungsgrenze erzielt worden, weshalb ab diesem Zeitpunkt nur eine Teilversicherung in der Unfallversicherung gegeben gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid erhoben die beschwerdeführende Partei und die Erstmitbeteiligte im Wesentlichen gleichlautende Berufungen. Darin wurde neuerlich auf den eigenen Büroum der Erstmitbeteiligten mit EDV-Anlage, Kopierer, Schneidemaschine, Telefon und Faxgerät, der in erster Linie beruflichen Zwecken diene, hingewiesen. Die Erstmitbeteiligte nutze den Büroum zum Studium und zur Weiterbildung im Internet, zur Konzipierung und Verfassung von Unterlagen für Kursteilnehmer, für die konkrete Vorbereitung von Kursstunden anhand ihrer umfangreichen Fachbuchsammlung, für die Gestaltung und Choreographie der Aerobic-Übungen sowie für die konkrete Stundenvorbereitung. Ein Aerobic-Trainer werde im Gegensatz zu einem Fitness-Trainer überwiegend künstlerisch tätig. Die künstlerischen Aspekte erforderten eine regelmäßige intensive Aus- und Weiterbildung sowie eine umfassende Vorbereitung. Ohne die dieser Aus- und Weiterbildung sowie Vorbereitung dienenden Betriebsmittel sei die Gestaltung von Aerobic-Kursen und deren Abhaltung nicht möglich. Erneut wurde darauf verwiesen, dass die Erstmitbeteiligte den Teilnehmern an den Kursen eigene Gummibänder und Bälle zur Verfügung stelle, ein eigenes Mikrofon sowie ein eigenes Abspielgerät für Tonträger benutze, die passende Musik selbst aussuche, teilweise selbst aufnahme oder die entsprechenden Tonträger selbst erwerbe. Die Erstmitbeteiligte verwende keine Betriebsmittel der beschwerdeführenden Partei. Insbesondere würden ihr keine Fitnesseinrichtungen zur Verfügung gestellt. Sie benutze lediglich die Räumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei zur Abhaltung ihrer Aerobic-Kurse. Ohne die von der Erstmitbeteiligten selbst zur Verfügung gestellten Betriebsmittel sei es nicht möglich, Aerobic-Kurse abzuhalten. Mehr als 50 % der Zeit, die die Erstmitbeteiligte für ihre berufliche Tätigkeit aufwende, seien für die Stundenvorbereitung, die Erstellung von Unterlagen, die Abrechnung sowie die Weiterbildung notwendig. Die Weiterbildung erfolge nicht im zeitlichen Rahmen eines Dienstverhältnisses oder freien Dienstverhältnisses und werde auch nicht von der beschwerdeführenden Partei entlohnt. Auch die Anschaffung von Fachliteratur und die Bezahlung von Fortbildungskursen erfolge nicht durch die beschwerdeführende Partei. Die Erstmitbeteiligte besitze daher wesentliche eigene Betriebsmittel und habe eine eigene Betriebsstruktur geschaffen.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde den Berufungen keine Folge gegeben. Ausgesprochen wurde, dass die Erstmitbeteiligte vom 1. Juli 1996 bis 31. März 1999 und vom 1. Mai 1999 bis 31. Dezember 1999 auf Grund ihrer Tätigkeit als Aerobic-Trainerin bei der beschwerdeführenden Partei der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterlegen ist. In der Zeit vom 1. Jänner 2000 bis 31. Oktober 2000 sei sie auf Grund dieser Tätigkeit nicht der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG iVm § 5 Abs. 2 ASVG unterlegen, jedoch gemäß § 7 Abs. 3 lit. a ASVG der Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung. Die Erstmitbeteiligte sei in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. März 1999 und vom 1. Mai 1999 bis 31. Oktober 2000 zur beschwerdeführenden Partei in keinem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und

§ 1 Abs. 1 lit. a AIVG gestanden. Bezüglich des Sachverhaltes stellte die belangte Behörde in der Bescheidbegründung fest, die Erstmitbeteiligte sei auf Grund einer mündlichen, im Jahr 1990 abgeschlossenen unbefristeten Vereinbarung für die beschwerdeführende Partei als Aerobic-Trainerin tätig gewesen. Sie habe die Dienstleistungen persönlich nach eigenen Vorstellungen zu erbringen gehabt und sich dabei nicht vertreten lassen können, jedoch habe sie "gewisse Tätigkeiten" sanktionslos ablehnen können. Die Bezahlung sei stundenweise (S 280,--) erfolgt, wobei keine bestimmte Arbeitszeit einzuhalten gewesen sei. Die Tätigkeit sei in den Räumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei ausgeübt worden, wobei die Erstmitbeteiligte hinsichtlich ihrer Tätigkeit nicht weisungsgebunden gewesen und nicht kontrolliert worden sei. Als Betriebsmittel seien der Erstmitbeteiligten in ihrer Wohnung ein PC mit Internetanschluss, ein Kopierer, eine Schneidemaschine, ein Telefon und ein Faxgerät zur Verfügung gestanden. Die Erstmitbeteiligte habe bei der Abhaltung ihrer Kurse eigene Gummibänder und Bälle sowie ein eigenes Abspielgerät für Tonträger verwendet und sich anhand von eigens angeschaffter Fachliteratur bzw. von Fortbildungsveranstaltungen auf die Kurse vorbereitet. Das von der beschwerdeführenden Partei gezahlte Entgelt liege seit dem 1. Jänner 2000 im Durchschnitt unter der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG. Des Weiteren führt die belangte Behörde in der Bescheidbegründung aus, unbestritten sei, dass die Erstmitbeteiligte nicht der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege. Es fehle auch jeglicher Anhaltspunkt, der eine nähere Untersuchung dieses Tatbestandes notwendig erscheinen ließe. Nicht bestritten sei ferner auch die Höhe des von der Erstmitbeteiligten für ihre Tätigkeit erhaltenen Entgeltes. Die Erstmitbeteiligte habe sich zur Durchführung von nicht näher umschriebenen (bloß gattungsmäßig bestimmten) Aerobic-Kursen verpflichtet. Wo hier ein "Werk" gegeben sein solle, sodass ein Werkvertrag vorliege, sei nicht ersichtlich. Die Erstmitbeteiligte habe auch angegeben, lediglich für einen Dienstgeber tätig gewesen zu sein, über keine eigene Unternehmensstruktur zur verfügen, die Kurse grundsätzlich selbst abhalten zu müssen und die Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt zu bekommen. Die Entlohnung sei nach erbrachter Arbeitszeit anhand des vereinbarten Stundenhonorars und unabhängig von einem eingetretenen Erfolg des Kurses durchgeführt worden. Die Tätigkeit unterliege daher, da sie auf Grund eines freien Dienstvertrages erfolge, der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG. Für die Zeit ab Jänner 1998 sei zu prüfen, ob die Erstmitbeteiligte wesentliche eigene Betriebsmittel eingesetzt habe. Damit seien nur sachliche Produktionsmittel und nicht die menschliche Arbeitskraft gemeint. Bei Tätigkeiten, die im Wesentlichen nur mit menschlicher Arbeitskraft erbracht werden, sei es begrifflich ausgeschlossen, dass eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG wegen der Verwendung wesentlicher eigener Betriebsmittel nicht eintrete. Bei Tätigkeiten, bei denen die sachlichen Produktionsmittel gegenüber dem Einsatz der Arbeitskraft deutlich in den Hintergrund träten, sei bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG jedenfalls gegeben. Ob die sachlichen Betriebsmittel wesentlich seien, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. "Wesentlich" bedeute, dass ohne Verwendung eines Betriebsmittels bei realitätsbezogener, wirtschaftsorientierter Betrachtungsweise die Dienstleistung nicht erbracht werden könnte. Das Betriebsmittel müsse weiters so gestaltet sein, dass es über Mittel des allgemeinen täglichen Gebrauches hinausgehe. Klargestellt müsse werden, ob die wesentlichen Betriebsmittel vom Dienstgeber oder vom freien Dienstnehmer bereitgestellt werden. Würden sie vom freien Dienstnehmer zur Verfügung gestellt, wäre der Pflichtversicherungstatbestand des § 4 Abs. 4 ASVG nicht erfüllt. Im vorliegenden Fall handle es sich um keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel, die so ausgestaltet seien, dass ihre Verwendung über den allgemeinen Gebrauch des täglichen Lebens hinausgehe. Es sei lediglich eine untergeordnete betriebliche Struktur gegeben gewesen. Die Ausstattung mit PC und Internet sowie Fax, Kopierer etc. lasse noch keinen Schluss auf eine unternehmerische Struktur zu. Solche Betriebsmittel seien auch im privaten Gebrauch heutzutage nicht mehr unüblich und zur Erbringung von Aerobic-Stunden auch nicht zwangsläufig notwendig. Dementsprechend habe die Erstmitbeteiligte im Fragebogen der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse auch angegeben, über kein eigenes Unternehmen bzw. keine eigene Betriebsstätte zur Ausübung ihrer Tätigkeit zu verfügen und dass die Räumlichkeiten von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt würden. Auch Gummibänder und Bälle stellten keine wesentlichen Betriebsmittel dar. Die Absolvierung von Fortbildungsseminaren und die Anschaffung von Fachliteratur könne nicht als Betriebsmittel gesehen werden, zumal die damit angesprochene Weiterbildung kein besonders Merkmal für Selbständige sei. Die für die Abhaltung der Kurse notwendigen Räumlichkeiten seien außerdem von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden. In jenen Monaten, in denen ein Entgelt unter der Geringfügigkeitsgrenze erzielt worden sei, habe lediglich eine Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung bestanden. Für April 1999 habe kein Entgeltanspruch bestanden. Eine Einvernahme von beantragten Zeugen zum Thema "Betriebsmittel" sei nicht erforderlich gewesen, da die

belangte Behörde ohnedies davon ausgehe, dass die Erstmitbeteiligte über die angegebenen Betriebsmittel tatsächlich verfügt habe. Im Übrigen sei Herr S. bereits von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vernommen worden und seine neuerliche Einvernahme nicht nötig. Schließlich habe sich die belangte Behörde auf Grund der übermittelten Fragebögen ein Bild von der Ausgestaltung der Tätigkeit machen können, sodass eine Einvernahme der Erstmitbeteiligten und einer weiteren Aerobic-Trainerin als Zeugin nicht erforderlich seien.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, begehrte Aufwandsatz für den Vorlageaufwand und nahm von der Erstattung einer Gegenschrift, ebenso wie die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt, ausdrücklich Abstand. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen. Die übrigen Parteien haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Das Bestehen oder Nichtbestehen der Sozialversicherungspflicht ist hinsichtlich der Sach- und der Rechtslage zeitraumbezogen zu beurteilen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 4. Mai 1977, Slg. Nr. 9.315/A). Auf den Beschwerdefall sind daher nachstehende - zwischen 1. Juli 1996 und 31. Oktober 2000 in Kraft gewesene - Bestimmungen anzuwenden (vgl. dazu auch die Wiedergabe der Rechtslage im hg. Erkenntnis vom 5. Juni 2002, Zl. 2001/08/0107):

Mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201, das in seinem Art. 34 eine Novelle zum ASVG enthält, hat der Gesetzgeber mit Wirksamkeit vom 1. Juli 1996 zwei Personengruppen neu in die Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG einbezogen, nämlich Personen, "die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für einen Auftraggeber ... verpflichten, ohne Dienstnehmer ... zu sein" (§ 4 Abs. 4 ASVG), und Personen, "die auf Grund einer oder mehrerer vertraglichen Vereinbarungen dienstnehmerähnlich ... beschäftigt sind" (§ 4 Abs. 3 Z. 12 leg. cit.).

In der Regierungsvorlage zum Strukturanpassungsgesetz 1996 (72 BlgNR XX. GP, 251 f) wurde unter anderem zu § 4 Abs. 3 Z. 12 und § 4 Abs. 4 ASVG Folgendes ausgeführt:

"Zur Verhinderung der Flucht aus der Sozialversicherung sollen freie Dienstverträge und die in der Regel als 'Werkverträge' bezeichneten Vereinbarungen, auf Grund derer Arbeitsleistungen in wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht werden und die daher als dienstnehmerähnlich anzusehen sind, in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden. Es werden nämlich immer häufiger zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in der Weise ausgenutzt, dass die Versicherungspflicht zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmer und der Versichertengemeinschaft umgangen wird.

Es sollen daher die so genannten freien Dienstverhältnisse (z.B. Konsulentenverträge oder Telearbeitsverhältnisse) durch § 4 Abs. 4 ASVG und die dienstnehmerähnlichen Personen durch § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG in die Pflichtversicherung einbezogen werden.

Dienstnehmerähnlichkeit im Sinne des § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG liegt dann vor, wenn bei einer Betrachtung des Beschäftigungsverhältnisses insbesondere anhand der nachstehenden Merkmale der Eindruck wirtschaftlicher Unselbstständigkeit des Beschäftigten im Verhältnis zum Beschäftiger überwiegt, ohne dass im Einzelfall sämtliche oder die Mehrzahl dieser Merkmale vorliegen müssen.

Für die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des Beschäftigten spricht,

1. wenn die menschliche Arbeitsleistung gegenüber dem Einsatz von eigenem Kapital des Beschäftigten im Vordergrund steht;
2. wenn der Beschäftigte seine Leistungen im Wesentlichen nur gegenüber dem Beschäftiger oder einer begrenzten Anzahl von Beschäftigern bzw. gegenüber deren Kunden und mit ihnen wirtschaftlich verflochtenen Unternehmen und nicht gegenüber einer unbegrenzt, ständig wechselnden Anzahl von Beschäftigern erbringt;
3. wenn der Beschäftigte im Zusammenhang mit der Erbringung seiner Leistung über keine nennenswerte eigene unternehmerische Struktur materieller und immaterieller Art verfügt (insbesondere Geschäftsräumlichkeiten, Betriebsmittel, Eintragung im Firmenbuch, kaufmännische Buchführung, Einsatz von Werbemitteln zur Bearbeitung eines allgemeinen Marktes);

4. wenn der Beschäftigte in seiner unternehmerischen Position rechtlichen oder faktischen Beschränkungen im Verhältnis zum Beschäftiger unterworfen ist (z.B. Konkurrenzklauseln, Verpflichtung zur Bekanntgabe oder sonstige Beschränkung der Vertretung des Beschäftigten durch von diesem bestellte Personen, Bindung an die Verwendung bestimmter Arbeitsmittel und Produkte).

Immer wieder ist es in der Vergangenheit vorgekommen, dass 'Werkverträge' nach schweren Unfällen mit Folgeleiden, nach schweren Erkrankungen oder auch im Fall der Mutterschaft (bei vergleichbarem Arbeitsinhalt) in versicherungspflichtige Dienstverhältnisse umgewandelt wurden, was zur Folge hatte, dass die einschlägigen Sozialversicherungsleistungen zu erbringen waren, ohne dass für das volle erzielte Einkommen Beiträge gezahlt worden wären. Solange die betreffenden Personen gesund waren, wurden sie außerhalb der Sozialversicherung tätig, in dem Moment, wo höherwertige Leistungen notwendig oder in Aussicht waren, kehrten sie in den Schutzbereich der Sozialversicherung zurück. Ein solches Ausnutzen des Sozialsystems belastet die Risikogemeinschaft der Versicherten in unvertretbarer Weise.

Eine weitere Lücke hat sich dadurch ergeben, dass Werkvertragsnehmer mit ihren Ehegatten oder Eltern in der Krankenversicherung beitragsfrei anspruchsberechtigt sein können, obwohl sie wesentliches Einkommen erzielen. Die 'Mitversicherung' als Angehöriger ist de facto kostenlos, womit die entsprechenden Vertragsverhältnisse quasi als 'Verträge zu Lasten der Versichertengemeinschaft' bezeichnet werden können.

Zu den einzelnen Bestimmungen wird Folgendes bemerkt:

A. Zum Personenkreis gemäß § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG:

Der vorgeschlagene Text hat zum Ziel, die geschilderten Unstimmigkeiten durch die Versicherung von Personen, die auf Grund vertraglicher Vereinbarungen dienstnehmerähnlich beschäftigt sind, zu beheben. Die Pflichtversicherung soll jedoch nur dann eintreten, wenn die innerhalb eines Kalendermonats mit ein und demselben Auftraggeber (Dienstgeber) vereinbarten Entgelte das 1 1/2 fache der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze übersteigen, das sind im Kalenderjahr 1996 S 5.400,--.

Die neue Versicherung ist an die Versicherungen angelehnt, die bereits jetzt nach § 4 Abs. 3 ASVG existieren (für faktisch betrachtet 'dienstnehmerähnliche' Selbstständige, wie freiberufliche Krankenpfleger, Lehrer, Wohnsitzärzte, Vorstandsmitglieder, Geschäftsleiter, Hebammen, Musiker, Markthelfer, Bergführer usw.). Es soll sich jedoch dabei um eine Teilversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung handeln (§ 5a ASVG).

Da es sich um Beschäftigungen handelt, die rechtlich betrachtet weitgehend selbstständig ausgeübt werden, soll die finanzielle und administrative Belastung des Auftraggebers (Dienstgebers des freien Dienstvertrages) möglichst gering gehalten werden.

...

B. Zum Personenkreis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG:

Weiters sollen in Hinkunft Personen vollversichert sein, die sich auf Zeit zu Dienstleistungen für einen Unternehmer im Sinne des § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG verpflichten. Für diese Personen sollen grundsätzlich die allgemein für Dienstnehmer geltenden melde- und beitragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden.

..."

Im Bericht des Budgetausschusses (95 BlgNR XX. GP, 25) ist

dazu zu lesen:

"Der Budgetausschuss stellt fest, dass bei der Prüfung der Frage der Sozialversicherungspflicht gemäß§ 4 ASVG nachstehende Reihenfolge einzuhalten ist:

1. Zunächst ist vom Versicherungsträger zu prüfen, ob ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vorliegt.
2. Trifft dies nicht zu, so hat der Versicherungsträger zu beurteilen, ob ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG gegeben ist.

3. Wenn weder die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 2 ASVG noch nach § 4 Abs. 4 ASVG vorliegen, so ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG erfüllt sind.

4. Weiters stellt der Budgetausschuss fest, dass die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG mit dem Tag der Aufnahme der versicherungspflichtigen Tätigkeit beginnt. Auf Grund des § 539a ASVG ist bei der Beurteilung der Versicherung von dienstnehmerähnlich Beschäftigten nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der vertraglichen Vereinbarung(en) zu prüfen, wann die die Pflichtversicherung begründende Tätigkeit tatsächlich ausgeübt worden ist bzw. in welchem Verhältnis diese Tätigkeit zur vereinbarten Gegenleistung (Honorar) steht. Der Auftragnehmer kann keinesfalls länger versichert bleiben, als die vorläufige Beitragsgrundlage gemäß § 44a ASVG durch die Gegenleistung (Honorar) gedeckt ist."

Mit der 53. ASVG-Novelle, die ihrerseits Teil des Sozialrechts-Änderungsgesetzes 1996 (SRÄG 1996), BGBl. Nr. 411, ist, und mit dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 600/1996 wurden die mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996 eingeführten Bestimmungen betreffend die Sozialversicherungspflicht der genannten Personengruppen novelliert; der die Fälle der Vollversicherung regelnde § 4 ASVG in den oben genannten Fassungen lautet - soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung - ab 1. Juli 1996 wie folgt:

"§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind 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:

1. Die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

...

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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.

...

(4) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes nach Maßgabe des § 5a auch Personen versichert, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für

1. einen Auftraggeber (Dienstgeber) im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziels usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit)

verpflichten, ohne Dienstnehmer im Sinne des Abs. 2 zu sein, und aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, sofern sie nicht bereits auf Grund dieser Tätigkeit der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegen bzw. unterliegen könnten (§ 2 Abs. 1 FSVG).

(5) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes nach Maßgabe des § 5a auch Personen versichert, die infolge einer oder mehrerer vertraglichen Vereinbarungen dienstnehmerähnlich für einen Auftraggeber (Gebietskörperschaft) im Sinne des Abs. 4 Z. 1 oder 2 gegen Entgelt beschäftigt sind, sofern sie nicht bereits auf Grund dieser Tätigkeit der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegen bzw. unterliegen könnten (§ 2 Abs. 1 FSVG). Die zur Beurteilung der Dienstnehmerähnlichkeit insbesondere zu prüfende Regelmäßigkeit der Beschäftigung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn

1. mit diesem Auftraggeber (Gebietskörperschaft) innerhalb der letzten sechs vor dem Abschluss der Vereinbarung liegenden aufeinander folgenden Kalendermonate, wobei der Kalendermonat der Vereinbarung mitzuzählen ist, mehr als drei Vereinbarungen abgeschlossen wurden oder

2. die mit dem Auftraggeber (Gebietskörperschaft) vereinbarte Tätigkeit sich über mehr als zwei Kalendermonate erstreckt.

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 und 5, eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 5 aus."

Der in Abs. 4 und Abs. 5 bezogene, unter der Überschrift "Versicherungsgrenze für die gemäß § 4 Abs. 4 und 5 Versicherten" stehende § 5a ASVG (außer Kraft getreten am 31. Dezember 1997 gemäß § 572 Abs. 2 Z. 2 ASVG idF ASRÄG 1997) hatte (Abs. 1 und Abs. 2 Z. 1 und 2 ab 1. Juli 1996, Abs. 2 Z. 3 ab 1. Jänner 1997) folgenden Wortlaut:

"§ 5a. (1) Eine Versicherung gemäß § 4 Abs. 4 oder 5 tritt nur dann ein, wenn der Teil des auf einen Kalendermonat entfallenden vereinbarten Entgeltes, der sich aus der Teilung des gesamten vereinbarten Entgeltes durch die Anzahl der für die Tätigkeit (Erbringung der Leistung) vereinbarten Kalendermonate ergibt (monatliches Entgelt), den Betrag von S 7.000,-- übersteigt. Dabei sind auch Kalendermonate, die nur zum Teil von der vereinbarten Tätigkeit (Leistung) ausgefüllt werden, als volle Kalendermonate zu zählen.

(2) Abweichend von Abs. 1 sind Personen gemäß § 4 Abs. 4 oder 5 auch dann versichert, wenn

1. in einem Kalendermonat die Summe der monatlichen Entgelte (Abs. 1) aus mehreren Vereinbarungen gemäß § 4 Abs. 4 und 5, die mit ein und demselben Arbeitgeber (Dienstgeber) abgeschlossen wurden, den Betrag gemäß Abs. 1 übersteigt oder
2. die Höhe des vereinbarten Entgeltes und/oder die Dauer der vereinbarten Tätigkeit (Leistungserbringung) zum Zeitpunkt des Beginnes der Pflichtversicherung nicht feststeht oder
3. in einem Kalendermonat die Summe der Entgelte aus einem oder mehreren Dienstverhältnissen gemäß § 4 Abs. 2 und Vereinbarungen gemäß § 4 Abs. 4 und 5 zu ein und demselben Auftraggeber (Dienstgeber) den Betrag gemäß § 5 Abs. 2 lit. c übersteigt."

In der Regierungsvorlage zur 53. ASVG-Novelle (214 BlgNR XX. GP, 27 f) ist dazu Folgendes ausgeführt:

"Die vorgeschlagenen Änderungen sollen eine leichtere Vollziehbarkeit der mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201, geschaffenen Bestimmungen betreffend die Pflichtversicherung von 'freien Dienstvertragsnehmern' und dienstnehmerähnlich beschäftigten Personen mit sich bringen und damit vielfach geäußerte Anregungen der Sozialpartner und der Praxis verwirklichen.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Maßnahmen:

1. Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen beider Bestimmungen sollen soweit wie möglich vereinheitlicht werden, damit das Problem der Abgrenzung nicht mehr relevant ist; dies kommt bereits dadurch zum Ausdruck, dass der bisher im § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG umschriebene Personenkreis nunmehr in § 4 Abs. 5 ASVG genannt wird, d.h. nicht mehr in der Aufzählung der selbstständig Erwerbstätigen, die der Vollversicherung nach dem ASVG unterliegen, aufscheint.
  2. An Stelle einer Geringfügigkeitsgrenze soll für beide Vertragstypen eine Versicherungsgrenze von S 3.600,-- bestehen (§ 5a ASVG).
  3. Beide Vertragstypen sollen grundsätzlich Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach sich ziehen, wenn das monatliche Entgelt die Versicherungsgrenze übersteigt.
  4. Die vom Budgetausschuss des Nationalrates im Rahmen der Behandlung des Strukturanpassungsgesetzes 1996 beschlossene Feststellung einer Reihenfolge bei der Prüfung der Frage der Sozialversicherungspflicht gemäß § 4 ASVG (95 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XX. GP, Seite 25) soll gesetzlich verankert werden (§ 4 Abs. 6 ASVG).
  5. Hinsichtlich beider Vertragstypen soll keine Teilversicherung in der Unfallversicherung bestehen, wenn das Entgelt von vornherein unter der Versicherungsgrenze liegt (diesfalls besteht auch keine Meldeverpflichtung). Wird dies erst nachträglich festgestellt, so werden die Beiträge nur dann rückerstattet, wenn keine Leistung in Anspruch genommen worden ist.
- ...
11. Zur Dienstnehmerähnlichkeit wird im Gesetz näher definiert, was unter dem Begriff der 'Regelmäßigkeit' jedenfalls zu verstehen ist. Regelmäßigkeit der Beschäftigung liegt gemäß § 4 Abs. 5 Z. 1 und 2 ASVG in jedem Fall dann vor,

- a) wenn mehr als drei Vereinbarungen mit ein und demselben Auftraggeber in sechs aufeinander folgenden Kalendermonaten vorliegen oder
- b) wenn die Tätigkeit sich über mehr als zwei Kalendermonate erstreckt.

Fortgesetzte Rechtsbeziehungen zu ein und demselben Auftraggeber sind ab der vierten Vereinbarung auch dann als regelmäßig anzusehen, wenn durch entsprechende zeitliche Lagerung der Vereinbarungen lit. a nicht zur Anwendung kommen würde (z.B. im Jänner und Juli werden jeweils drei Verträge für jeweils zwei Monate abgeschlossen). Als Vereinbarung ist jeweils die Vereinbarung über ein einzelnes Werk anzusehen. Werden mehrere einzelne Werke in einem einzigen Vertrag vereinbart, liegen dementsprechend mehrere Vereinbarungen vor. Eine rückwirkende Feststellung der Dienstnehmerähnlichkeit auf Grund der Beurteilung der Regelmäßigkeit ist nicht zulässig.

12. Auslegung der lit. a:

- die Pflichtversicherung tritt erst mit der Aufnahme der Tätigkeit aus der vierten Vereinbarung ein und besteht bis zur Beendigung der Tätigkeit aus dieser Vereinbarung;

- bei Abschluss weiterer Vereinbarungen wird jedes Mal sechs Kalendermonate (volle Kalendermonate; der Monat, in dem die zu prüfende Vereinbarung geschlossen wurde, wird hiebei mitgerechnet) zurückgeblickt ('gleitender Beobachtungszeitraum'), um festzustellen, ob in diesem Zeitraum die Voraussetzung erfüllt ist (Vorliegen von drei weiteren Vereinbarungen). Wenn ja, besteht für die neue Vereinbarung Pflichtversicherung;

- es handelt sich somit, was das Zusammenspiel mehrerer Vereinbarungen betrifft, um keine durchgehende Versicherung, sondern die Pflichtversicherung besteht jeweils von der Aufnahme bis zur Beendigung der Tätigkeit (letzteres Kalendermonat) aus der jeweiligen Vereinbarung.

Auslegung der lit. b:

Die Pflichtversicherung tritt erst mit dem Beginn des dritten Kalendermonats ein, wenn nicht von vornherein feststeht, dass sich die Tätigkeit über mehr als zwei Kalendermonate erstrecken wird.

..."

Im Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (325 BlgNR XX. GP, 1) zum Bundesgesetz, mit dem unter anderem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert wird, BGBl. Nr. 600/1996, ist dazu ausgeführt:

"Die Koalitionsparteien haben sich auf folgende Maßnahmen geeinigt, die die bestehende Werkvertragsregelung korrigieren und erleichtern:

- Anhebung der Geringfügigkeitsgrenze für freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche Werkverträge auf S 7.000,-- pro Vertrag und Auftraggeber.

- Zusammenziehung der Einkommen aus einem echten Dienstvertrag und mehreren parallel abgeschlossenen Werkverträgen = freie Dienstverträge bzw. dienstnehmerähnliche Werkverträge bei ein und demselben Auftraggeber zur Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge. Das gilt auch für mehrere Auftraggeber, die in einem wirtschaftlichen Verbund stehen. Die Geringfügigkeitsgrenze liegt in diesem Fall summarisch bei

S 3.600,--. Liegen mehrere Werkverträge mit dem gleichen Auftraggeber vor (auch hier gilt wirtschaftlicher Verbund), sind diese hinsichtlich der Geringfügigkeitsgrenze für Werkverträge von

S 7.000,-- kumuliert zu betrachten.

..."

Die Bestimmungen des § 4 Abs. 1, 2 und 4 ASVG idF der 53. ASVG-Novelle sind bis einschließlich 31. Dezember 1997 in Kraft geblieben.

§ 4 Abs. 5 ASVG (idF BGBI. Nr. 411/1996) sowie der Satzteil "und 5, eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 5" in § 4 Abs. 6 (idF BGBI. Nr. 411/1996), ferner § 4 Abs. 7 (idF BGBI. Nr. 600/1996), § 5 Abs. 2 letzter Satz (idFBGBI. Nr. 600/1996), die Worte "oder 5" im ersten Satz des § 5a Abs. 1 (idFBGBI. Nr. 600/1996), § 5a Abs. 2 Z. 3 (idFBGBI. Nr. 600/1996) wurden mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 1997, Slg. Nr. 14.802), ohne Fristsetzung aufgehoben; die Aufhebung wurde mit dem am 23. April 1997 ausgegebenen BGBI. I Nr. 39/1997 kundgemacht.

Mit dem Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 1997 (ASRÄG 1997), BGBI. I Nr. 139/1997, das in seinem Art. 7 die 54. Novelle zum ASVG enthält, wurde dem oben wiedergegebenen § 4 Abs. 2 ASVG mit Wirkung ab 1. Jänner 1998 (§ 572 Abs. 1 Z. 1 ASVG) folgender Satz angefügt:

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

Dieser Satz wurde mit der 55. Novelle zum ASVG, BGBI. I Nr. 138/1998, ab 1. Jänner 1999 (§ 575 Abs. 1 Z. 2 ASVG) dahingehend geändert, dass er zu lauten hat:

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

Der zweite Satz des § 4 Abs. 2 ASVG wurde schließlich mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 § 589 Abs. 1 ASVG, § 593 Abs. 1 Z. 5 ASVG) durch das Budgetbegleitgesetz 2001, BGBI. I Nr. 142/2000, und die 58. Novelle zum ASVG, BGBI. I Nr. 99/2001, dahingehend geändert, dass er lautet:

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z. 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z. 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen."

§ 4 Abs. 4 erhielt durch das ASRÄG 1997 und die 55. Novelle zum ASVG ab 1. Jänner 1998 (§ 572 Abs. 1 Z. 1 bzw. § 575 Abs. 1 Z. 5 ASVG) bis 31. Juli 2001 (gemäß § 593 Abs. 1 Z. 1 ASVG tritt die Änderung durch BGBI. I Nr. 99/2001 mit 1. August 2001 in Kraft) folgende Fassung:

"(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, sofern sie auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 bis 3 bzw. § 3 Abs. 3 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes oder gemäß § 2 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Sozialversicherung freiberuflich selbstständig Erwerbstätiger versichert sind oder sofern es sich nicht um eine (Neben)Tätigkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Z. 1 lit. f des Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes handelt oder sofern diese Personen nicht eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlich beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausüben."

In der Regierungsvorlage zum ASRÄG 1997 (886 BlgNR XX. GP) wurde dazu im Allgemeinen Teil der Erläuterungen (Seite 75) ausgeführt:

"ad. 1. Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung.

1. Konkretisierung des Dienstnehmerbegriffes in § 4 Abs. 2 ASVG um die Verweisung, dass jedenfalls auch lohnsteuerpflichtige Personen gemäß § 47 EStG 1988 als Dienstnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinne gelten.
2. Neufassung des Begriffes der 'freien Dienstverträge' gemäß § 4 Abs. 4 ASVG (Einschränkung auf Personen, die ihre Leistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und keine Unternehmensstruktur haben). ..."

Im besonderen Teil (Seite 98f), wurde dazu ausgeführt:

"Der Nationalrat hat mit Entschließung vom 2. Oktober 1996, E 24-Nr./XX. GP, die Bundesregierung ersucht, unter Einbeziehung von Sozialpartnern und Experten im Rahmen einer Arbeitsgruppe die Weiterentwicklung des österreichischen Sozialversicherungssystems mit dem Ziel einer breiten und fairen Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in einer einheitlichen Sozialversicherung bis Ende 1997 zu erarbeiten.

Im Rahmen einer solchen Arbeitsgruppe wurde auch über eine Modernisierung des Dienstnehmerbegriffs gemäß § 4 Abs. 2 ASVG in Verbindung mit einer Neufassung des § 4 Abs. 4 ASVG intensiv diskutiert. Ausgangspunkt der Diskussion war der Umstand, dass die bestehende Judikatur zum Dienstnehmerbegriff gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, insbesondere auf Grund der Möglichkeit, durch Vereinbarung jederzeitiger Vertretbarkeit oder freier Arbeitszeiteinteilung die persönliche Abhängigkeit auszuschließen, bei Beschäftigten, die sich nach dem äußeren Erscheinungsbild der Tätigkeit und der Schutzwürdigkeit realiter nicht von einem Dienstnehmer unterscheiden, die Pflichtversicherung nach dem ASVG verneint. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, soll als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG jedenfalls auch gelten, wer nach den Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Dem gegenüber sollen 'echte' Selbstständige, die Dienstleistungen im Wesentlichen nicht persönlich erbringen und die über eine eigene unternehmerische Struktur (d.h. beträchtliche Betriebsmittel, Personal usw.) verfügen, von der Regelung des § 4 Abs. 4 ASVG hinkünftig nicht mehr erfasst sein. Die Gruppe echter Unternehmer unter jenen Personen, die freie Dienstverträge abschließen und erfüllen, soll daher nicht der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliegen.

Wer jedoch in wirtschaftlicher Abhängigkeit kontinuierlich Arbeit für einen oder wenige Dienstgeber verrichtet, ohne dass die Merkmale persönlicher Abhängigkeit vorliegen, steht einem Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG wesentlich näher als einem selbstständig Erwerbstätigen. Sein Dienstgeber soll daher weiterhin einen Anteil am Beitragsaufkommen tragen, die Anmeldung zur Sozialversicherung sicherstellen usw.

Hervorzuheben ist, dass nicht zuletzt im Hinblick auf § 539a ASVG von der Anwendbarkeit des § 4 Abs. 4 ASVG auch dann auszugehen sein wird, wenn die Erbringung von Dienstleistungen von den Parteien zwar in die Rechtsform von Zielschuldverhältnissen (z.B. Werkverträge) gekleidet sind.

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)