

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/10/19 2002/08/0264

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.10.2005

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ABGB §1151;

ASVG §4 Abs1;

ASVG §4 Abs2;

ASVG §4 Abs4;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Köller und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der V GmbH in W, vertreten durch Dr. Josef Bock, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Daffingerstraße 4, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 26. September 2002, Zl. 221.707/3-6/02, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. M in W, 2. Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30, 3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, 5. Arbeitsmarktservice Wien, Landesgeschäftsstelle, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Gesellschaft hat dem Bund (Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 und der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1. Der Erstmitbeteiligte schloss mit der beschwerdeführenden GmbH (in der Folge: Beschwerdeführerin) eine Vereinbarung (ohne Datum) mit folgendem (auszugsweise wiedergegebenem) Inhalt ab:

"Werkvertrag

abgeschlossen zwischen (der Beschwerdeführerin)

in der Folge kurz Auftraggeber einerseits und

(dem Erstmitbeteiligten)

in der Folge kurz Auftragnehmer andererseits wie folgt:

Zwischen den Vertragspartnern wird vereinbart, dass der Auftragnehmer als Redakteur für das Produkt '(...)' Werke nach Maßgabe des folgenden Vertrages erbringen wird. Bei diesem Vertrag handelt es sich ausschließlich um einen Werkvertrag; der Abschluss eines Dienstvertrages wird beidseitig nicht gewollt. I. Werkleistung

Die vom Auftragnehmer im Rahmen des Werkvertrages zu erbringenden Werke sind im grundsätzlichen in der einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages bildenden Anlage ./1 festgelegt.

Die Konkretisierung und Detaillierung des Auftrages erfolgt nach einem durch den Auftraggeber vorzugebenden Terminplan, wobei an der Spezifizierung jeweils die Geschäftsführung des Auftraggebers, die Chefredaktion des Auftraggebers und der Auftragnehmer teilnehmen. Im Rahmen der Terminisierung ist keine Arbeitszeitbindung beabsichtigt.

## II. Beginn und Dauer des Vertrages

Das Vertragsverhältnis beginnt mit 1. Juni 2000.

Das Vertragsverhältnis ist bis auf weiteres abgeschlossen. Es kann von jedem der Vertragspartner aufgelöst werden, wobei beide Vertragsteile die Kündigung so zu gestalten haben, dass die Vertragsbeendigung jeweils erst für die 3. nach Zugang der Kündigungserklärung erscheinende Ausgabe der Zeitschrift (...) wirkt. III. Subunternehmerschaft

Da mit Rücksicht auf den individuellen Charakter der beauftragten Werke die Schaffung der Werke durch den Auftragnehmer persönlich Vertragsgrundlage ist, ist eine Subvergabe des Auftrages bzw. von Auftragsanteilen, mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

## IV. Honorar

Als pauschales Honorar für sämtliche, während eines Kalendermonates erscheinenden Ausgaben der Zeitschrift gelieferten Werke (Werkteile) werden S 28.000,- ..... zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer vereinbart. Das Honorar ist gegen Rechnungslegung für die im jeweils abgelaufenen Monat gelieferten Werke innerhalb von 10 Tagen zu bezahlen.

Mit diesem Honorar, das die ordnungsgemäße Leistungserbringung voraussetzt, sind sämtliche Ansprüche aus dem Werkvertrag, unabhängig davon, ob die einzelne Werkleistung explizit in diesem Werkvertrag oder in der Anlage ./1 genannt ist, abgegolten. Davon sind auch sämtliche Ansprüche aus Rechtseinräumungen, auch für Bild- und Textbeiträge, abgegolten. V. Nutzungsrechte

Der Auftragnehmer räumt dem Auftraggeber an allen ihm im Rahmen dieses Werkvertragsverhältnisses geschaffenen Werken und erbrachten Leistungen einschließlich Bildbeiträgen die ausschließlichen, sachlich, zeitlich und territorial uneingeschränkten Werknutzungsrechte ein. Danach ist der Auftraggeber insbesondere berechtigt, diese Werke bzw. Leistungen zu verlegen, auf jede beliebige Art, einschließlich der Vervielfältigung auf Bild- und Schallträger und in beliebiger Weise in der ganzen Welt zu verbreiten und zu senden. Der Auftraggeber ist auch berechtigt, die Werke und Leistungen unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte in jeder Form zu bearbeiten, insbesondere auch zu übersetzen, oder dies von einem Dritten besorgen zu lassen. Diese Bearbeitung kann der Auftraggeber ebenso verwenden wie das Originalwerk.

Die Werke und Leistungen können uneingeschränkt auch für jedwede Werbe- und Marketingmaßnahmen jeder Art für die vom Auftraggeber verlegten Produkte verwendet werden.

Die oben angeführten Rechtseinräumungen sind zur Gänze durch das gemäß Punkt IV. zufließende Honorar abgegolten.

Sämtliche Nutzungsrechte stehen dem Auftraggeber auch nach Beendigung dieses Vertragsverhältnisses zeitlich unbeschränkt zu. VI. Abgaben

Zwischen den Vertragspartnern herrscht Einigkeit darüber, dass es sich bei der vorliegenden Vereinbarung um einen rechtsgebührenfreien Werkvertrag gemäß §§ 1165 ff ABGB handelt. Dem Auftragnehmer ist bewusst, dass auftraggeberseitig die Entgelt- bzw. Honorarvereinbarung wirtschaftlich auf Basis Versicherungsfreiheit kalkuliert ist.

Unabhängig davon erklärt der Auftragnehmer, dass er über seine gesetzliche Pflicht, das vertragsgegenständliche Honorar zu versteuern, informiert ist.

## VII. Meldepflichten

Auf Grund der geltenden Rechtslage hat sich der Auftragnehmer zu verpflichten, den Auftraggeber über weitere von ihm im vertragsgegenständlichen Zeitraum eingegangene Werkverträge, Dienstverträge und freie Dienstverträge zu informieren. Diese Informationspflicht umfasst Angaben über die Vertragspartner, Beginn, Dauer und Ende der Vertragsverhältnisse und die aus diesen Verträgen lukrierten Honorare. Der Auftraggeber erklärt hiermit ausdrücklich, dass er diese Angaben nur zum Zwecke der Erfüllung der gesetzlichen Pflicht benötigt und selbstverständlich vertraulich behandelt.

## VIII. Leistungsausfall

Für Werke, in denen der Auftragnehmer die vertraglich vereinbarten Leistungen - aus welchen Gründen auch immer (z.B. Krankheit, Ortsabwesenheit etc.) nicht erbringt, besteht kein Honoraranspruch.

## IX. Konkurrenzverbot/Konventionalstrafe

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, jede den Auftraggeber konkurrenzierende Tätigkeit, insbesondere im Medienbereich, durch Rat, Tat oder andere Beteiligung in vermögensmäßiger und/oder ideeller Hinsicht, bis zur Beendigung dieses Werkvertragsverhältnisses und 3 Monate danach zu unterlassen.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, während des Vertragszeitraumes des gegenständlichen Vertrages weder selbständig noch unselbständig für Publikationen, die ihrer Art nach den vom Auftraggeber oder vom Auftraggeber bezeichneten Unternehmen herausgegebenen Publikationen gleich oder ähnlich sind, tätig zu werden. Dies gilt für folgende Produktgruppen:

Politische Wochen- und Monatsmagazine, wöchentliche und monatliche Wirtschaftspublikationen, Publikumszeitschriften (Beispiele: (...)) und Magazine im Online-Bereich. Dies gilt unabhängig davon, von wem die jeweilige Zeitschrift verlegt wird.

Bei Verletzung des Konkurrenzverbotes ist ungeachtet der auf Geltungsdauer des Konkurrenzverbotes aufrecht bleibenden Unterlassungsverpflichtung des Auftragnehmers eine Konventionalstrafe in Höhe des dreifachen Pauschalhonorares gemäß Punkt IV. zu bezahlen. Die Konventionalstrafe ist ohne Berücksichtigung und Nachweis eines tatsächlich entstandenen Schadens zu entrichten. Ein die Konventionalstrafe übersteigender Schaden kann vom Auftraggeber zusätzlich geltend gemacht werden. X. Verschwiegenheitspflicht

...

## XI. Allgemeines

..."

Die Anlage .1 zum Werkvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und dem Erstmitbeteiligten hat folgenden wesentlichen Inhalt:

### "WERKAUFTRÄGE

Der Auftragnehmer erbringt für die (Beschwerdeführerin) Werke für das Produkt '(...)' selbständig folgende Leistungen:

Beiträge für das Internet-Projekt: (...) online Kommentare für verschiedene Rubriken

Recherchen und Beratung

Der Auftragnehmer ist in seiner Zeiteinteilung ungebunden und kann sich im Rahmen einer Subunternehmerschaft vertreten lassen.

Bei nicht Erbringung der Leistungen aus welchen Gründen auch immer, besteht kein Anspruch auf Honorar."

Der Erstmitbeteiligte erstattete bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft eine Versicherungserklärung für die Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG. Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft übermittelte diese Meldung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse.

2. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse stellte mit Bescheid vom 24. September 2001 fest, dass der Erstmitbeteiligte "auf Grund seiner Tätigkeit als Journalist auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen" gegenüber der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin seit 1. Juni 2000 der Voll(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht

gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliege; der Erstmitbeteiligte stehe hinsichtlich dieser Tätigkeit nicht in einem die Voll(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG begründenden Beschäftigungsverhältnis. In der Begründung wurde ausgeführt, im Zuge der Erhebungen sei dem Erstmitbeteiligten ein Fragebogen übermittelt worden. In Beantwortung der einzelnen Fragen habe er angegeben, seine Aufgabe bestehe in der Erbringung selbständiger Recherchen für verschiedene Ressorts und der Verfassung redaktioneller Beiträge. Die Chefredaktion gebe Schwerpunkte und Themen für die selbständigen Recherchen und den Abgabetermin für die Beiträge vor und überprüfe inhaltlich die erbrachte Leistung nach Finalisierung. Die Tätigkeit werde meist direkt beim Auftraggeber ausgeübt. Sitzungen zwecks Koordination redaktioneller Beiträge fänden relativ regelmäßig statt. Die persönliche Arbeitsleistung sei erwünscht, es bestehe jedoch Vertretungsmöglichkeit bzw. die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Gehilfen. Die Bezahlung der Vertretung habe durch den Auftragnehmer zu erfolgen. Eine Dienstverhinderung müsse dem Chefredakteur und dem Ressortleiter gemeldet werden, wenn dadurch ein Auftrag nicht zeitgerecht durchgeführt werden könne. Im Falle von Terminkollisionen oder fehlender Qualifikation in Fachfragen sei es möglich, gewisse Tätigkeiten sanktionslos abzulehnen. Er sei zur Geheimhaltung verpflichtet; die Vereinbarung beinhalte eine Konkurrenzklausele und es bestehe Gewährleistungspflicht für Mängel. Nach auszugsweiser Wiedergabe des "Werkvertrages" zwischen der Beschwerdeführerin und dem Erstmitbeteiligten sowie der Anlage /1 führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, die Personalmanagerin der Beschwerdeführerin habe in der Besprechung vom 23. Jänner 2001 folgende Sachverhaltsdarstellung gegeben: Der Erstmitbeteiligte sei auf Grund eines schriftlich abgeschlossenen Werkvertrages als freischaffender Journalist für das Magazin (...) tätig. Dieses Magazin erscheine alle zwei Wochen. Der Erstmitbeteiligte habe sich verpflichtet, auf unbestimmte Zeit regelmäßig Beiträge für das Magazin zu verfassen. Wo und wann der Erstmitbeteiligte die Recherchen und Verfassung der Beiträge ausübe, bleibe ihm überlassen. Er habe jedenfalls die Möglichkeit, diese Tätigkeiten auch in der Redaktion durchzuführen. Tatsächlich werde es so sein, dass die Ausübung der Tätigkeit jeweils zu einem Drittel in der Redaktion, außer Haus und bei ihm zu Hause erfolge. Es gäbe wöchentliche Redaktionsitzungen, an denen er jedoch nur gelegentlich teilnehme, wenn es sein Beitrag erfordere. Die Themen des Beitrages würden in der Regel vom Journalisten vorgeschlagen, dem Chefredakteur vorgelegt und von diesem abgelehnt oder angenommen. Es komme jedoch auch vor, dass der Chefredakteur an den Journalisten, auf Grund dessen Qualifikation, herantrete und ihn frage, ob er einen bestimmten Beitrag machen würde. Der Auftragnehmer könne die Erstellung des Beitrages jederzeit ablehnen. Nehme er aber grundsätzlich an, würden das Thema und der Umfang des Beitrages im Beisein des Herausgebers, des Chefredakteurs und des Auftragnehmers konkretisiert. Der Beitrag müsse dann zum Abgabetermin (abhängig vom Redaktionsschluss) wie vereinbart vorgelegt werden und werde vom Herausgeber oder Chefredakteur auf inhaltliche Richtigkeit und Formulierung überprüft und gelegentlich umgeschrieben oder korrigiert. Sei ein Beitrag nicht zu verwenden, könne er auch abgelehnt werden, was eine Honorarkürzung zur Folge habe. Ob dies schon einmal vorgekommen sei, sei nicht bekannt. Die Beiträge müssten nicht zwingend vom Erstmitbeteiligten verfasst sein. Das Honorar werde aber jedenfalls an ihn ausbezahlt. Eine etwaige Vertretung müsse er selbst bezahlen. Für die Beiträge erhalte er ein monatliches Pauschalhonorar. Er könne jederzeit ohne Angabe von Gründen die Erstellung eines Beitrages ablehnen oder für eine gewisse Zeit (z.B. Urlaub, Krankheit) keine Beiträge liefern. Dies müsse er dem Chefredakteur mittels Werkausfallsmeldung bekannt geben. Diese Meldung enthalte die Anführung der Ausgaben jener Magazine, für die der Journalist zur Erstellung eines Beitrages nicht bereit stehe. Diese Meldung werde an das Personalbüro weitergeleitet und das Pauschalhonorar werde entsprechend gekürzt. Die benötigten Betriebsmittel, wie PC, Handy, Internet, seien sowohl in der Redaktion als auch beim Auftragnehmer vorhanden. Der Erstmitbeteiligte könne bis auf einige Ausnahmen (...) auch für andere Auftraggeber tätig werden.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, es stehe fest, dass kein die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG vorliege, weil der Erstmitbeteiligte zur Erbringung seiner Arbeitsleistung weder an einen bestimmten Arbeitsort noch an die Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit gebunden sei. Es liege ein die Versicherungspflicht begründender freier Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG vor, weil die vom Erstmitbeteiligten mit dem Dienstgeber getroffene Vereinbarung auf ein Bemühen um die in einer unbestimmten Zeit zu erbringenden Arbeitsleistungen abstelle.

3. Die Beschwerdeführerin erhob Einspruch. Darin machte sie geltend, die Merkmale des § 4 Abs. 4 ASVG lägen nicht kumulativ vor. Diese Bestimmung setze einen zivilrechtlich freien Dienstvertrag voraus. Mit dem Erstmitbeteiligten sei aber ein Werkvertrag abgeschlossen worden. Die Bezahlung des Erstmitbeteiligten erfolge werks- bzw.

beitragsbezogen. Die vertraglich vorgesehene Pauschalierung sei nur aus Vereinfachungsgründen erfolgt. Bei Nichterbringung der Leistung gebühre kein Honorar.

Der Erstmitbeteiligte habe keine Dienstleistungen, sondern einzelne Werke bzw. Beiträge erbracht. Der mit dem Erstmitbeteiligten abgeschlossene Vertrag sei als "Rahmen" zu verstehen. Diese Vereinbarung sei jeweils für den Fall zur Anwendung gelangt, dass der Auftragnehmer Aufträge angenommen habe. Eine Verpflichtung, regelmäßig Dienstleistungen zu erbringen, die jeweils vom Auftraggeber konkretisiert würden, habe nicht bestanden.

Der Erstmitbeteiligte habe das Recht gehabt, übernommene Aufträge durch andere Personen durchführen zu lassen. Er sei der Beschwerdeführerin gegenüber wie ein Selbständiger aufgetreten. Der Erstmitbeteiligte besitze die für die journalistische Tätigkeit erforderliche Ausstattung mit Betriebsmitteln. Das wesentlichste Betriebsmittel eines Journalisten bestehe in seinem Kontaktnetz. Ohne dieses sei ein Journalist nicht erfolgreich. Der Erstmitbeteiligte verfüge über ein solches Kontaktnetz, das der Beschwerdeführerin interessant erschienen sei.

Nach der Gesetzeslage dürfte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft und mittels Bescheid feststellen, wenn der Auftragnehmer sich bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gemeldet habe und die Pflichtversicherung als neuer Selbständiger eingetreten sei. Der Erstmitbeteiligte habe sich bereits im Juni 2000 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gemeldet. Die ersten Erhebungen der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse seien erst im Februar 2001 vorgenommen worden. Selbst bei Vorliegen eines freien Dienstvertrages sei die Einbeziehung in die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG frühestens mit Bescheidzustellung, also November 2001, rechtens gewesen.

Der Erstmitbeteiligte habe nach dem Wissensstand der Beschwerdeführerin nicht nur für sie, sondern auch für andere Auftraggeber gearbeitet.

Seit der 58. ASVG-Novelle unterlägen Kunstschaffende nicht der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG. § 4 Abs. 4 lit. d ASVG nenne als Beispiel für die Ausnahme insbesondere Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetz. Dazu gehörten auch Schriftsteller. Ob Journalisten auch unter diesen Begriff fallen, könnte bezweifelt werden. Es sprächen gesetzestechnische (Journalisten und Künstler seien früher beide in § 3 Abs. 3 GSVG genannt gewesen), aber auch faktische Gegebenheiten dafür, diese beiden Personengruppen in der Sozialversicherung gleich zu behandeln. Journalisten seien - soweit sie nicht als Angestellte dem Journalistengesetz unterliegen - berufsethisch und berufsrechtlich dazu verpflichtet, ungebunden zu bleiben, müssten also berechtigt sein, Auftragsangebote abzulehnen, und müssten danach trachten, ihr Recht auf freie Meinungsäußerung zu erhalten. Eine Gleichbehandlung mit Künstlern sei daher jedenfalls geboten.

4. Der Landeshauptmann von Wien wies mit Bescheid vom 8. Mai 2002 den Einspruch als unbegründet ab. In der Begründung wurde nach einer Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzeszitatens der wesentliche Inhalt des im Akt einliegenden Werkvertrages wiedergegeben. Sodann wurde ausgeführt, der Erstmitbeteiligte habe in der mündlichen Verhandlung vom 13. März 2002 zum Sachverhalt befragt Folgendes angegeben:

"Ich habe gehört, dass in der Verlagsgruppe ..... ein neues Magazin im Entstehen ist (...). Es handelt sich um eine periodische Druckschrift, die alle zwei Wochen auf den Markt kommt. Ich habe den damaligen Chefredakteur, G.E., angerufen, welcher mir einen Termin gegeben hat. Besprochen wurde, in welchem Ressort ich tätig werden sollte. Ich sollte im sogenannten (...) - Programm tätig werden. Meine Aufgabe besteht darin, zu verschiedenen Themenbereichen (z.B. Gesundheit, Politik, Kultur, Computer, Kunst) Recherchen im Internet zu betreiben. Ich biete diese Themen der Chefredaktion von mir aus an und ist es vom Chefredakteur abhängig, ob er diese Themen auch annimmt. In weiterer Folge stelle ich dann meinen Beitrag, den ich auf einem Computerprogramm verfasst habe, in den Layout-Entwurf einer zukünftigen Ausgabe von (...). Es erfolgt dann eine sogenannte Schlussredaktion, in dem die Zeitung im eigentlichen Sinne fertig gestellt wird und in der allfällige Änderungen vorgenommen werden. Bezüglich der Betriebsmittel teile ich mit, dass es eine Infrastruktur (Computer mit Internetanschluss, Software, Schreibtisch, Telefon) im Büro der Firma gibt. Ich benütze diese Infrastruktur, arbeite aber auch zu Hause mit meinem Computer. Ich arbeite zeitlich gesehen länger im Büro als zu Hause. Ich verfüge über Informanten, die mich zu einzelnen Fachthemen beraten können. Bezüglich meines täglichen Arbeitsablaufes gibt es keine Weisungen bzw. keine Kontrollen. Es ist mir gestattet, einzelne Artikel (Recherchen) bzw. einzelne Rubriken durch jemanden anderen erledigen zu lassen und ich habe dies auch schon getan. Ich müsste die Firma nicht fragen, wenn ich mich durch jemanden an meiner Stelle vertreten ließe, solange der redaktionelle Ablauf nicht gefährdet ist. Ich bekomme als Entgelt einen Pauschalbetrag pro

Monat in Höhe von 28.000 ATS brutto zuzüglich Umsatzsteuer für zwei Hefte. Zu Beginn meiner Tätigkeit hat man mit mir vereinbart, dass die Tätigkeit auf unbestimmte Zeit sein sollte. Ich erhalte monatlich den Pauschalbetrag in Höhe von 28.000 ATS, jedoch würde mein Honorar gekürzt werden, wenn ich keine Ideen bringe und keine Artikel schreibe. Es wäre sicher möglich, dass ich auch überhaupt kein Entgelt erhalte, wenn ich keine Ideen und Artikel liefere. Vereinbart wurde, dass ich für die zwei oder drei Ausgaben der (...) im Monat als Ausgangspunkt Ideen liefere und auf Grund dieser Ideen beauftragt werde, Artikel zu schreiben. Der Umfang der Artikel ist, wenn die Idee akzeptiert worden ist, seitenmäßig genau bestimmt. Die Seiten- und Zeilenanzahl, die ich für die zwei Ausgaben im Monat machen muss, bleiben im Wesentlichen gleich, und ich weiß, vor jeder Ausgabe, wie viele Seiten gefüllt werden müssen. Ich habe die Regelung im Vertrag über das Konkurrenzverbot so verstanden, dass ich für kein anderes Monatsmagazin in der betreffenden Sparte arbeiten darf."

Sodann führte die Einspruchsbehörde aus, Mag. Helmut F. habe am 3. Mai 2000 eine Stellungnahme abgegeben; diese laute:

"Im Jahr 2000 haben wir das Magazin (...) gegründet, welches mittlerweile vierzehntägig erscheint. Mit dieser Zeitschrift ist inhaltlich im wesentlichen der gesamte Internet und Computerbereich abgedeckt.

In der Gründungsphase ist (der Erstmitbeteiligte) an uns herangetreten und hat mitgeteilt, dass er uns Artikel für die neue Zeitschrift anzubieten hätte. Da sein Angebot für uns auf Grund seiner Verbindungen und Kontakte in der Internet-Community interessant war, haben wir mit ihm einen Werkvertrag abgeschlossen. Zwischen (dem Erstmitbeteiligten) und uns war von Anfang an gewollt und beabsichtigt, einen Werkvertrag abzuschließen. Andere Vertragsformen, die Artikel (vom Erstmitbeteiligten) einzukaufen, wurden nicht erörtert, sondern war für beide Seiten klar, dass wir die Artikel und Recherche-Ergebnisse auf Grund seiner Kontakte ausschließlich auf Werkvertragsbasis beauftragen bzw. einkaufen würden.

An dieser Stelle möchte und muss ich ausdrücklich festhalten, dass der Zukauf von redaktionellen Beiträgen auf der Grundlage von Werkverträgen ein üblicher und für das tägliche Verlagsgeschäft unerlässlicher Vorgang ist. Wir müssen in unserer schnelllebigen und themenmäßig umfangreichen Branche sowohl zeitlich und inhaltlich flexibel auf ständig wechselnde Anforderungen reagieren können. Die Inhalte von Magazinen lassen sich somit nicht langfristig planen, sondern werden diese zumeist kurzfristig - auch unter Berücksichtigung der vorliegenden Angebote der für unser Haus tätigen freien Journalisten - festgelegt. Diese Angebote wahlweise annehmen und ablehnen zu können, ist Bestandteil unserer täglichen redaktionellen Arbeit und ist dies auch ein selbstverständlicher Vorgang für freie Journalisten. Der Umstand, dass wir von einigen freien Journalisten über einen längeren Zeitraum immer wieder Beiträge zukaufen, ändert nichts an der Tatsache, dass die einzelnen Beiträge auch einzelne Werke darstellen, die wir eben nur dann annehmen und bezahlen, wenn diese auftragsgemäß erbracht und veröffentlicht werden. Wir erwarten von diesen freien Journalisten auch keine Leistung 'allgemein' und schon gar kein 'Bemühen in einer unbestimmten Zeit Arbeitsleistungen zu erbringen' - wie es im Bescheid falsch festgestellt wurde. Vielmehr werden die freien Journalisten beauftragt, konkrete Werke zu erbringen und dies nicht in einer unbestimmten Zeit, sondern zu einem fix vereinbarten Liefertermin. Oder solche Werke werden von uns auf Grund eines vorliegenden Angebotes gekauft. Es ist für uns dabei nicht relevant, ob der beauftragte Artikel von dem beauftragten Journalisten persönlich erstellt worden ist oder ob dieser den Artikel teilweise oder - möglicherweise - zur Gänze zugekauft hat. Es zählt letztlich das Ergebnis!

(Der Erstmitbeteiligte) hat selbst bei seiner Einvernahme mitgeteilt, dass er konkrete Artikel abzuliefern hat und dass er sich auch vertreten lassen kann. Ob er von seinem Vertretungsrecht tatsächlich Gebrauch macht, wird von uns als Auftraggeber nicht kontrolliert und ist dies - wie gesagt - auch nicht relevant, weil eben das Ergebnis für uns ausschlaggebend ist. (Der Erstmitbeteiligter) ist somit auch für die ordnungsgemäße Ausführung seiner Arbeiten verantwortlich und trägt das damit verbundene wirtschaftliche Risiko selbst.

Im Übrigen ist (der Erstmitbeteiligte) als freier selbständiger Journalist nicht an Weisungen oder an eine Kontrolle in seinem Arbeitsablauf gebunden.

Die Bezahlung der beauftragten Artikel ..... erfolgt

selbstverständlich beitragsbezogen. Das vertraglich vereinbarte

Pauschalhonorar (es handelt sich um ein Höchsthonorar) wurde nur

deshalb festgelegt, um die Abrechnung ..... zu vereinfachen.

Werden (vom Erstmitbeteiligten) die Beiträge nicht oder nicht ordnungsgemäß abgeliefert, wird auch kein Honorar ausbezahlt. Die Pauschalierung steht somit einer beitragsbezogenen Bezahlung nicht entgegen. Die Möglichkeit auch bei Werkverträgen ein Pauschale zu bezahlen ist ja ausdrücklich auch im Gesamtvertrag vorgesehen. Bei den Verhandlungen zu diesem Gesamtvertrag, bei denen ich auch persönlich teilgenommen habe, hatte diese Pauschalierungsmöglichkeit den ausschließlichen Zweck, beiden Vertragsparteien die Abrechnung zu erleichtern und potenzielle Auseinandersetzungen über die Honorarhöhe in bestimmten Einzelfällen zu vermeiden - sie wurde aber keineswegs dazu aufgenommen, dass man später über die Pauschalierung eine nicht vereinbarte Vertragsform definiert.

Würden nun trotzdem freie selbständige Journalisten, die über einen längeren Zeitraum für einen Verlag Artikel schreiben, generell zu freien Dienstnehmern umdefiniert werden, so würde dies völlig an den tatsächlich vorliegenden wirtschaftlichen Gegebenheiten und Erfordernissen vorbeigehen. Außerdem würde dies die Vertragsfreiheit massiv einengen, was in weiterer Folge wiederum zur Gefährdung des Medienstandortes Österreich beitragen würde - ein Standort, auf dem die Bewegungsfreiheit ohnehin bereits durch eine Vielzahl anderer gesetzlicher Auflagen erheblich eingeschränkt ist. Selbstverständlich ist das Institut des 'freien Journalisten' ein Grundprinzip der freien westlichen Presse - eine Einschränkung durch Versuche, diese freien Journalisten zu (weisungsgebundenen), laufend kontrollierten allgemeinen Leistungserbringern - somit freien Dienstnehmern - zu machen, gefährdet daher sowohl die Pressefreiheit als auch die Qualität des Journalismus dieses Landes!"

Anschließend führte die Einspruchsbehörde aus, auf Grund der Aktenlage und der Ausführungen des Erstmitbeteiligten sei davon auszugehen, dass kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG (echter Dienstvertrag) vorliege. Vielmehr sei von einem freien Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG auszugehen. Dies deswegen, weil sich der Erstmitbeteiligte auf unbestimmte Zeit verpflichtet habe, gegen ein monatliches Pauschalentgelt für zwei bis drei Ausgaben der (...) im Monat Recherchen zu betreiben und Artikel zu schreiben. Es würden nicht eine Vielzahl in sich abgeschlossener Werke, sondern Dienste einer mehr oder weniger bestimmten Art auf unbestimmte Dauer geschuldet.

Gegen das Vorliegen eines Werkvertrages spreche insbesondere, dass mit dem Erstmitbeteiligten ein Konkurrenzverbot vereinbart worden sei und die Tatsache, dass der Genannte, eigenen Angaben zufolge, keine weiteren Auftraggeber gehabt habe. Auch die Vereinbarung eines Pauschalentgeltes lasse nicht notwendigerweise auf einen Werkvertrag schließen, weil der Pauschalbetrag regelmäßig in gleicher Höhe ausbezahlt worden sei und unbestrittenermaßen bisher nie eine Reduktion auf Grund nicht entsprechender Leistung erfolgt sei.

Was den Einwand anbelange, die Beschwerdeführerin habe mit dem Erstmitbeteiligten einen Werkvertrag abgeschlossen, sei festzuhalten, dass ein Werkvertrag die Verpflichtung zur Erbringung einer schon im Vertrag individualisierten bzw. konkretisierten Leistung als einer in sich geschlossenen Einheit zum Gegenstand habe. Beim freien Dienstvertrag gehe es dem gegenüber um die vertraglich eingeräumte Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Vertragspartners, also die Bereitschaft, eine gewisse Zeit lang bloß gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen. Jedenfalls seien die konkreten Einzelleistungen nicht von vornherein bestimmt. Bei Vorliegen eines Werkvertrages werde in bestimmtes Arbeitsergebnis geschuldet und solle der Vertrag mit dem Vorliegen dieses Arbeitsergebnisses beendet, weil erfüllt, sein. Im Falle eines freien Dienstvertrages sollten fortgesetzt jene Tätigkeiten geschuldet sein, die auf die Erreichung solcher Arbeitsergebnisse gerichtet seien. Im Hinblick darauf, dass im vorliegenden Fall nach dem Gesamtbild der Tätigkeit ein Dauerschuldverhältnis vereinbart worden sei, liege kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag vor.

5. Die Beschwerdeführerin erhob Berufung. Sie machte geltend, die Einspruchsbehörde habe unrichtigerweise festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte keine weiteren Auftraggeber gehabt habe. Es sei unrichtig, dass der Erstmitbeteiligte dies bei seiner Einvernahme angegeben habe. Aus dem Akt ergebe sich kein Hinweis, dass er keine anderen Auftraggeber gehabt habe. Seine Angabe, er hätte die Regelung für das Konkurrenzverbot so verstanden, dass er für kein anderes Monatsmagazin in der betreffenden Sparte arbeiten dürfe, lasse vielmehr schließen, dass er für andere Auftraggeber arbeite, ohne dabei gegen das Konkurrenzverbot verstoßen zu müssen. Die Einspruchsbehörde habe nicht entsprechend gewürdigt, dass der Erstmitbeteiligte angegeben habe, er habe sich bei den Recherchen bzw. bei den einzelnen Artikeln von Dritten vertreten lassen. Es sei auch nicht festgestellt worden, dass der Erstmitbeteiligte bei seiner Arbeit im Wesentlichen eigene Betriebsmittel verwendet habe.

Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 4 ASVG seien nicht erfüllt. Der Erstmitbeteiligte als freier Journalist hätte nach dem GSVG versichert werden müssen. Seine Tätigkeit sei der Tätigkeit eines Kunstschaffenden gleichwertig. Es sei zu prüfen gewesen, ob ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliege. Die mit dem Erstmitbeteiligten getroffene Vereinbarung sei als Werkvertrag zu qualifizieren. Er sei berechtigt, die geschuldeten Leistungen durch einen Dritten erfüllen zu lassen, er arbeite nach eigenem Plan mit eigenen Mitteln, er schulde und erbringe geistige Werke, nämlich Recherchen und Artikel, und hafte auch für den Erfolg. Es sei unbedeutend, ob ein Pauschalentgelt vereinbart worden sei. Auch in einem Werkvertrag könne ein Konkurrenzverbot vereinbart werden. Ein Konkurrenzverbot sei nämlich keinesfalls ein ausschließliches Kriterium für einen Dienstvertrag. Der Erstmitbeteiligte habe deponiert, dass sich das Konkurrenzverbot nur auf andere Monatsmagazine in der betreffenden Sparte beziehe und nicht auf seine sonstige journalistische Tätigkeit. Jeder Artikel begründe für sich ein Werk und genieße auch selbständig Urheberrechtsschutz. Der Erstmitbeteiligte habe als Werkunternehmer Werkleistungen erbracht. Die Anwendung des § 4 Abs. 4 ASVG sei daher nicht berechtigt.

6. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung keine Folge; in Bestätigung des bekämpften Bescheides wurde festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Journalist bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin ab dem 1. Juni 2000 der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliege. In der Begründung führte sie nach einer Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzeszitate aus, der Sachverhalte ergebe sich aus den Akten der Unterinstanzen, insbesondere aus der Niederschrift mit dem Erstmitbeteiligten vom 13. März 2002 und dem zwischen der Beschwerdeführerin und ihm abgeschlossenen Vertrag. In wesentlichen Punkten sei der Sachverhalt unbestritten. Es sei davon auszugehen, dass der Erstmitbeteiligte im Rahmen des als Werkvertrag titulierten Vertrages die Erstellung von Beiträgen für die Zeitschrift (...), die alle 14 Tage erscheine, übernommen habe. Er verfasse Kommentare für verschiedene Rubriken und stelle Recherchen an und erbringe Beratungen (siehe dazu Anlage 1 vom Werkvertrag). Nach dem Vertragsinhalt sei der Erstmitbeteiligte zu Recherchen zu verschiedenen Themenbereichen verpflichtet gewesen. Er habe auch über Informanten verfügt, die ihn über im Fachbereich wesentliche Themen informiert hätten. Er biete die ausgewählten Themen dem Chefredakteur an und dieser entscheide, woran konkret weitergearbeitet werde und woraus ein Beitrag zu entstehen habe.

Der Vertrag beginne mit 1. Juli (richtig Juni) 2000 und sei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden. Bezüglich der Arbeitszeit und des Arbeitsablaufes bestünden keine Vereinbarungen. Der Erstmitbeteiligte arbeite überwiegend in der Redaktion, aber auch zu Hause. Er brauche dazu im Wesentlichen neben dem Schreibtisch einen PC, ein Handy und einen Internetanschluss. Als monatliches Pauschalhonorar sei ein Betrag in der Höhe von S 28.000,-- vereinbart worden, mit welchem alle Leistungen abgegolten seien. Eine Kürzung des Entgeltes wegen mangelnder Ideen und Artikel sei bisher nicht vorgenommen worden. Nach dem Vertrag bestehe ein Konkurrenzverbot.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, der Erstmitbeteiligte unterliege auf Grund seiner Tätigkeit als Journalist bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin nicht der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG. Nach den ergänzenden Erhebungen der Berufungsbehörde sei die Lohnsteuerpflicht gemäß § 47 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 EStG 1988 bescheidmäßig nicht festgestellt worden. Der Sachverhalt biete keine Anhaltspunkte dafür, dass die Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 vorliege.

Im vorliegenden Fall sei § 4 Abs. 4 ASVG i.d.F. BGBl. I Nr. 138/1997 anzuwenden. Die Änderungen durch nachfolgende Novellen seien für den vorliegenden Fall nicht von Bedeutung. Mit dieser Bestimmung sollte klargestellt werden, dass nur jene Personen von der Versicherungspflicht nach dem ASVG erfasst seien, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen müssen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen. Nach Ausführungen zur Frage der Abgrenzung des freien Dienstvertrages vom Werkvertrag führte die belangte Behörde aus, es könne keine Rede davon sein, dass der Erstmitbeteiligte keine fortlaufende vertragliche Verpflichtung eingegangen sei und dass bloße Entgeltzusagen für künftig abzuschließende Verträge vereinbart worden wären. Er sei zu Recherchen zu verschiedenen Themenbereichen verpflichtet worden. Er biete die ausgewählten Themen dem Chefredakteur an und dieser entscheide, woran konkret weitergearbeitet werde und woraus ein Beitrag zu entstehen habe. Dieser werde vom Erstmitbeteiligten schließlich bis zur Schlussredaktion betreut. Der Erstmitbeteiligte habe zur Erbringung seiner Tätigkeit im Wesentlichen einen PC und ein Handy benötigt. Diese Betriebsmittel stellten keine wesentlichen Betriebsmittel in dem Sinn dar, dass sie die Dienstnehmerähnlichkeit der Tätigkeit ausschließen könnten. Der Erstmitbeteiligte habe überwiegend in der Redaktion der Beschwerdeführerin gearbeitet.



Die Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer setze die Entgeltlichkeit der Tätigkeit voraus. Mit dem Dauerschuldcharakter hänge es auch zusammen, dass das Entgelt hierfür typischerweise zeitbezogen bemessen werde. Jedenfalls spreche das Vorliegen solcher Honorierungsformen (durchschnittlicher oder pauschalierter Zeiteinsatz) im Zweifel für die Annahme einer Dienstleistungspflicht. Der Erstmitbeteiligte habe ein monatliches Pauschalhonorar erhalten.

Es stehe außer Zweifel, dass der Erstmitbeteiligte seine vertragliche Verpflichtung nicht zur Gänze oder zumindest zum überwiegenden Teil an einen Subauftragnehmer vergeben habe. Er sei daher im Wesentlichen persönlich tätig geworden.

Die Tatsache, dass sich der Erstmitbeteiligte bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft als neuer Selbständiger gemeldet habe, habe für die gegenständliche Beurteilung keine Wirkung.

Die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten der eines Kunstschaffenden gleichzuhalten, sei - ohne die Tätigkeit eines Journalisten herabsetzen zu wollen - nicht ernst zu diskutieren, weil dazu alle Anhaltspunkte fehlten.

Das Gesamtbild der gegenständlichen Tätigkeit, insbesondere der auf unbestimmte Zeit geschlossene Vertrag, die gattungsmäßig bedungenen Leistungen, das monatliche in gleicher Höhe gebührende Entgelt, das Konkurrenzverbot und die, wenn auch nicht vollständige Eingliederung in die Organisation der Redaktion ergebe, dass von einem freien Dienstvertrag auszugehen sei.

7. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift den Antrag gestellt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Die mitbeteiligte Pensionsversicherungsanstalt hat in einem als Gegenschrift bezeichneten Schriftsatz erklärt, sich der Rechtsmeinung der belangten Behörde vollinhaltlich anzuschließen. Die mitbeteiligte Allgemeine Unfallversicherungsanstalt hat auf der Erstattung einer Gegenschrift ausdrücklich verzichtet. Die übrigen Parteien haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

8. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die belangte Behörde ist - wie bereits die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse - zutreffend davon ausgegangen, dass über die Pflichtversicherung nach § 4 ASVG in einem alle Verfahrensgegenstände (Abs. 1 und Abs. 4) umfassenden Verfahren abzusprechen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. Juli 2002, 2000/08/0161). Ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG wurde im vorliegenden Fall - unbekämpft - schon von der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse im erstinstanzlichen Bescheid verneint; es wird weder von einer Partei des Verfahrens das Vorliegen der Voraussetzungen der genannten Gesetzesstelle behauptet noch ist dies durch die Aktenlage indiziert.

Strittig ist lediglich, ob die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten für die Beschwerdeführerin auf Grund eines freien Dienstvertrages erfolgte und daher nach § 4 Abs. 4 ASVG versicherungspflichtig ist (wie die belangte Behörde und die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse meinen) oder - so die Auffassung der Beschwerdeführerin - der Erstmitbeteiligte auf Grund eines Werkvertrages (von Werkverträgen) tätig geworden ist.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei dem Werkvertrag mit dem Erstmitbeteiligten handle es sich um eine Rahmenvereinbarung "über den Zukauf von Zeitungsartikeln". Dies sei auf dem Markt zwischen Medienunternehmen und freien Journalisten üblich. Der Erstmitbeteiligte sei nicht verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Artikeln an die Beschwerdeführerin zu liefern. Er erhalte lediglich aus verrechnungstechnischen Gründen ein pauschaliertes Entgelt. Für den Fall, dass er keine Artikel an die Beschwerdeführerin liefere, werde dieses gemindert bzw. entfallen. Der Erstmitbeteiligte unterliege lediglich im Bereich der unmittelbaren Printberichterstattung über Themen, wie diese in " (...)" verbreitet werden, einem Konkurrenzverbot. Er überlasse auf Grund des Werkvertrages der Beschwerdeführerin ausschließlich die Nutzungs- und Verwertungsrechte an den von ihm hergestellten Werken, nicht jedoch die Urheberrechte. Ob ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliege, sei bei journalistischen Tätigkeiten nur aus

der Vertragsgestaltung ermittelbar. Habe der freie Journalist nach dem Vertrag Werke abzuliefern, so sei von einem Werkvertrag auszugehen. Die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG liege dann nicht vor, wenn keinerlei Verpflichtung zum Tätigwerden für den Auftragnehmer bestehe und er berechtigt sei, die vollständige oder auch nur teilweise Weitergabe an Subunternehmer vorzunehmen. Im vorliegenden Fall erarbeite der Erstmitbeteiligte für die Beschwerdeführerin einzelne Werke. Ein Zeitungsartikel stelle ein Werk dar. Entweder der Mitbeteiligte biete von sich aus der Beschwerdeführerin Artikel zum Kauf an oder die Beschwerdeführerin beauftrage ihn, einen Artikel zu einem ganz bestimmten Thema zu erarbeiten. Im Rahmen der geschlossenen Vereinbarung werde somit jeweils ein einzelner Auftrag vergeben bzw. ein einzelnes Werk angeboten. Es sei eine genau Abgrenzung zwischen den einzelnen Aufträgen/Angeboten möglich. Nach dem Inhalt des Werkvertrages liefere der Erstmitbeteiligte einzelne fertig gestellte Werke an die Beschwerdeführerin.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 3. Juli 2002, 2000/08/0161, zur Abgrenzung eines freien Dienstvertrages vom Werkvertrag Folgendes ausgeführt:

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

Durch die Verpflichtung zu Dienstleistungen für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit begründet der freie Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis. Demgegenüber verpflichtet sich der Werkunternehmer zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt (vgl. das zitierte Erkenntnis vom 20. Mai 1980). Diese Rechtsauffassung wurde - wie unten gezeigt wird - in der Lehre und Judikatur geteilt. Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis (Koziol/Welser, Grundriss, Band I, 10. Auflage, 410), die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis (vgl. auch Krejci in Rummel, 2. Auflage, § 1151 RZ 93). Der 'freie Dienstnehmer' handelt - wie dargestellt -

ebenso wie der Werkunternehmer persönlich selbstständig, diese Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Nach Mazal (ecolex 1997, 277) kommt es darauf an, ob die Parteien eine bestimmte letztlich abgeschlossene Tätigkeit (Werkvertrag) vereinbaren oder ob sie eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Verpflichtung zum Tun begründen wollen (freier Dienstvertrag). Wachter (DRdA 1984, 405) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet sind. Auch nach der Judikatur (OGH 9 ObA 225/91) liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn Gegenstand der vereinbarten Leistung ein bestimmtes Projekt ist. Die Herstellung eines Werkes als eine in sich geschlossene Einheit hat der Verwaltungsgerichtshof bei der Erbringung einzelner manueller Beiträge zu einem Werk nicht angenommen (Montagearbeiten an einer Lüftungsanlage, Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, 93/08/0092; Arbeiten auf einer Baustelle, Erkenntnis vom 19. Jänner 1999, 96/08/0350; zu einer vergleichbaren Tätigkeit siehe auch OGH 9 ObA 54/97z). Ebenso wurde ein Werkvertrag verneint, wenn die zu erbringende Leistung nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert wurde (Erkenntnis vom 30. Mai 2001, 98/08/0388). Schrank/Grabner (Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Auflage, 26 f) führen unter Berufung auf Tomandl (auf den sich auch der Verwaltungsgerichtshof im genannten Erkenntnis vom 20. Mai 1980 sowie Mazal und Wachter stützen) aus, die Vertragspflicht beim freien Dienstvertrag auf Seiten des Auftragnehmers müsse Dienstleistungen umfassen, müsse sich also auf bloß der Art nach umschriebene Tätigkeiten (Arbeiten, Tun, Wirken) beziehen, bei welchen 'die Einräumung eines Gestaltungsrechtes an den Besteller (bzw. eine Unterwerfung auf

Seiten des freien Dienstnehmers) wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist, der noch nach Vertragsabschluss, also bei der Vertragserfüllung, einer Konkretisierung durch den Auftraggeber dahin bedarf, welche Einzelleistungen er im Rahmen des Vertrages verrichtet sehen möchte'."

Der Auffassung der Beschwerdeführerin, zwischen ihr und dem Erstmitbeteiligten seien seit 1. Juni 2000 nur einzelne Werkverträge über journalistische Beiträge des Erstmitbeteiligten in dem von der Beschwerdeführerin herausgegebenen Magazin abgeschlossen, diese Beiträge also bloß gleichsam "zugekauft worden", setzt gedanklich voraus, dass Verpflichtungen des Erstmitbeteiligten nicht bestanden haben, die über jene eines Werkherstellers hinausgingen.

Dies kann aber schon angesichts des Inhaltes des zwischen der Beschwerdeführerin und dem Erstmitbeteiligten abgeschlossenen schriftlichen "Werkvertrages" nicht gesagt werden. Dieser kann nämlich schon insoweit nicht als (bloßer) "Rahmenvertrag" gedeutet werden, der lediglich den Inhalt und die Struktur erst künftig noch abzuschließender Werkverträge vorgab, als er durchgehende, von solchen Werkverträgen unabhängige, zeitraumbezogene Verpflichtungen des Erstmitbeteiligten begründet. Dass für den Erstmitbeteiligten mit Abschluss des Vertrages dem Umfang nach zumindest bestimmbare, wiederkehrende Verpflichtungen zur Erbringung von redaktionellen Beiträgen begründet werden sollten, zeigt sich in mehrfacher Hinsicht:

Zunächst deuten schon die Bestimmungen über die Kündigungsfrist darauf hin, dass zwischen den Vertragsteilen ein Dauerschuldverhältnis begründet werden sollte, welches von jeder Vertragspartei nur unter Einhaltung einer bestimmten, das Erscheinen von drei Ausgaben des Magazins umschließenden Frist gekündigt werden kann. Damit im Zusammenhang wird dem Erstmitbeteiligten nicht etwa nur die Verpflichtung auferlegt, die von ihm erst zu erbringenden "Werke" (einschließlich der Werknutzungsrechte) der Beschwerdeführerin exklusiv zu überlassen; es wird ihm vielmehr ein dauerndes Konkurrenzverbot bis zur Dauer von drei Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auferlegt, welches einerseits für Publikationen, die dem Magazin der Beschwerdeführerin "gleich oder ähnlich" sind, andererseits aber auch für politische Wochenmagazine, wöchentliche oder monatliche Wirtschaftspublikationen, Publikumszeitschriften und Magazine im "Online Bereich" gilt. Nach der Übung des redlichen Verkehrs kann dem "Werkvertrag" nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass zwar der Erstmitbeteiligte ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einem Konkurrenzverbot unterliegen sollte, welches es ihm praktisch unmöglich macht, seine besonderen Kenntnisse und sein journalistisches "Netzwerk" anderweitig zu verwerten, es andererseits aber dem Gutdünken der Beschwerdeführerin vorbehalten bliebe, mit dem Erstmitbeteiligten überhaupt Werkverträge abzuschließen.

Von den Vertragspartnern wurde auch nicht etwa ein (werkbezogenes) Zeilen- oder Seitenhonorar vereinbart, sondern ein monatliches Pauschalhonorar, mit dem alle zu erbringenden Leistungen unabhängig von Zeitaufwand der Recherche und vom Umfang der Leistung - ordnungsgemäße Leistungserbringung freilich vorausgesetzt - abgedeckt sein sollten. Aus Punkt I des Vertrages im Zusammenhang mit Anlage 1 ergibt sich ferner, dass der Erstmitbeteiligte nicht nur zur Verfassung von Beiträgen (welche die Beschwerdeführerin als "Werke" bezeichnet), sondern auch zu reinen Dienstleistungen, wie "Recherchen und Beratung" verpflichtet war, wobei in allen Fällen die "Konkretisierung und Detaillierung des Auftrages nach einem durch den Auftraggeber vorzugebenden Terminplan" erfolgte. Der Umstand, dass der Erstmitbeteiligte an dessen "Spezifizierung" gemeinsam mit der Chefredaktion und der Geschäftsführung der Beschwerdeführerin in nicht näher konkretisierter Weise "teilnehmen" sollte, ändert nichts daran, dass die für den Erstmitbeteiligten verbindliche Konkretisierung der in Anlage 1 gattungsmäßig umschriebenen Aufgaben durch die genannten, der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin zurechenbaren Organe erfolgte.

Schließlich wurde schon im erstinstanzlichen Bescheid - insoweit im Einspruch unbekämpft - auf der Grundlage der Angaben des Erstmitbeteiligten festgestellt, dass der zum vorgegebenen Termin abzuliefernde Beitrag auch gelegentlich umgeschrieben oder korrigiert werden könne und dass die Chefredaktion die Schwerpunkte und Themen für selbständige Recherchen (die der Erstmitbeteiligte auch für verschiedene Ressorts erbringe) und die Abgabetermine vorgebe.

Zusammenfassend ist der belangten Behörde daher darin zu folgen, dass sich der Erstmitbeteiligte durch den schriftlichen Vertrag auf Dauer zu in wesentlichen Eckpunkten von der Beschwerdeführerin vorgegebenen Dienstleistungen verpflichtet hat, mögen diese zum Teil auch in "Werken" bestanden haben.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 19. Oktober 2005

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2002080264.X00

**Im RIS seit**

01.12.2005

**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)