jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2005/9/7 2002/08/0215

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.09.2005

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

AVG §66 Abs4;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Köller, Dr. Moritz und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der

Q Aktiengesellschaft in L, vertreten durch Dr. Georg Maxwald und Dr. Georg Bauer, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Dametzstraße 51, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 7. August 2002, Zl. 220.229/4-6/02, in der Fassung des Berichtigungsbescheides vom 29. August 2002, Zl. 220.229/5-6/2002, betreffend Versicherungspflicht nach ASVG und AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Andrea B in L; 2. Ilse S in G; 3. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77; 4. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1; 5. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Oberösterreich, 4021 Linz, Europaplatz 9;

6. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1.1. Die Beschwerdeführerin schloss am 23. Mai 2000 mit der Erstmitbeteiligten einen "freien Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG" ab, dessen Inhalt auszugsweise wie folgt lautet:

"Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen freien Dienstvertrag gem. § 4 Abs. 4 ASVG. Von beiden Seiten ist das Eingehen eines Dienstverhältnisses weder gewünscht noch beabsichtigt.

1. Der Auftragnehmer tätigt die vereinbarten Telefonkontakte mit den Versandkunden des Auftraggebers, z.B. die Kunden beraten, Adressen und Bestellungen erfassen sowie Lieferauskünfte erteilen etc., sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht entsprechend dem üblichen Branchenniveau.

2. Das Vertragsverhältnis beginnt mit 23.05.2000 und ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Das Vertragsverhältnis kann von beiden Vertragspartnern durch schriftliche Kündigung unter Einhaltung einer 1-wöchigen Kündigungsfrist aufgelöst werden. Eine jederzeitige Auflösung des Vertrages aus wichtigem Grund (ohne Einhaltung einer Frist) bleibt davon unberührt.

3. Der Auftragnehmer ist in der Gestaltung seiner Dienste frei. Er entscheidet selbst, wann bzw. zu welcher Zeit er die Leistungen erbringt. Dabei ist auf die Interessen des Auftraggebers Rücksicht zu nehmen.

4. Der Auftragnehmer ist berechtigt, sich - gegen rechtzeitige Anzeige an den Auftraggeber - in seiner Leistungserbringung jederzeit grundlos durch einen von ihm ausgewählten geeigneten Dritten auf seine Kosten und sein Risiko vertreten zu lassen.

5. Die für die Leistungserbringung erforderliche Infrastruktur steht am Einsatzort zur Verfügung.

6. Dem Auftragnehmer ist es untersagt, sich während seiner Tätigkeit beim Auftraggeber weder bei einem branchengleichen noch branchenähnlichen Unternehmen zu beteiligen oder tätig zu werden.

7. Der Auftragnehmer erhält für seine Leistung pro Stunde ATS 80,00 brutto (inkl. MWST und aller Abgaben). Dies setzt die ordnungsgemäße Leistungserbringung voraus und versteht sich als Pauschalentgelt. Das Entgelt wird mit Ende des der Leistungserbringung folgenden Kalendermonats fällig. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die Honorarnote bis längstens 10. des Folgemonats dem Auftraggeber zu übermitteln. Die Auszahlung erfolgt bargeldlos auf das Konto des Auftragnehmers. Im Falle einer Verhinderung, z.B. Erkrankung des Auftragnehmers, besteht kein Entgeltanspruch, auch besteht kein Anspruch auf bezahlten Urlaub. Für die Zeit der Einschulung von 23.05.00 bis 09.06.00 erhält der Auftragnehmer einen pauschalen und einmaligen Betrag von ATS 3.000,00 brutto.

8. Alle Ansprüche aus diesem freien Dienstvertrag sind - bei sonstigem Verfall - innerhalb von 3 Monaten nach Fälligkeit bzw. nach Beendigung des Vertragsverhältnisses schriftlich geltend zu machen.

9. Es besteht Einigkeit darüber, dass nur die in diesem Vertrag festgelegten Bedingungen gelten und es keinerlei mündliche Nebenabsprachen gibt. Für den Fall der Nichtigkeit einzelner Bestimmungen aus irgendwelchen Gründen treten lediglich diese außer Kraft und dies zieht nicht die Nichtigkeit der übrigen Vertragsbedingungen oder gar des ganzen Vertrages nach sich.

Verpflichtung zur Verschwiegenheit und zur Wahrung des Datengeheimnisses:

1. Der Auftragnehmer ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Schweigepflicht erstreckt sich auf alles, was ihm im Zuge seiner Leistungserbringung bekannt geworden ist oder noch bekannt wird, und sie besteht gegenüber jedermann, auch gegenüber Angehörigen, sonstigen Personen und Kollegen.

2. Dem Auftragnehmer ist es untersagt, geschützte personenbezogene Daten in jedweder Hinsicht unbefugt zu verarbeiten oder zu nutzen (Datengeheimnis).

3. Die Verpflichtung zur Wahrung des Datengeheimnisses besteht auch über das Ende des Vertragsverhältnisses hinaus.

4. Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht und das Datengeheimnis werden - abgesehen von zivil- und strafrechtlicher Verfolgung - mit einer Vertragsstrafe in der Höhe von ATS 10.000,--

belegt und diese unterliegen nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht. (...)."

1.2. Am 18. Jänner 2001 nahm die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse mit der Erstmitbeteiligten eine Niederschrift mit folgendem Inhalt auf:

"Ich bin seit ca. Juni 2000 (bei der Beschwerdeführerin) (Callcenter) als Inbound-Mitarbeiterin im Bestellservice tätig. Ich bin Studentin und habe durch Mundpropaganda von der Möglichkeit einer Beschäftigung erfahren.

Bei Antritt meines Dienstes habe ich einen Dienstvertrag erhalten und unterschrieben (...). Die Einschulung dauerte ca. 2 Wochen (täglich 6 Stunden). Mein Aufgabenbereich umfasst telefonische Bestellungen aufzunehmen,

Lieferauskünfte zu erteilen und sonstige Beratungen in diesem Zusammenhang zu erteilen. Meine direkte Vorgesetzte ist L. (Supervisor).

Ich bekomme monatlich einen Arbeitsplan und trage meine Zeitwünsche ein. Ich arbeite wöchentlich ca. 8-10 Stunden. Den Zeitplan übergebe ich L., die die Arbeitszeitwünsche des gesamten Teams (ca. 20 Personen) koordiniert. Unter meinen Kollegen befinden sich freie Dienstnehmer, aber auch echte Dienstnehmer. Die meisten der Kollegen kenne ich persönlich. Ich weiß aus persönlichen Gesprächen, wer von diesen Kollegen ein freier Dienstnehmer ist. Außerdem ist das aus dem Dienstplan, der von L. erstellt wird, ersichtlich. Ich habe keinen fix zugeteilten Arbeitsplatz, meist suche ich mir aber denselben Platz aus. Da ich nur einlangende Anrufe bearbeite, muss ich meine Tätigkeit aber jedenfalls vom Callcenter aus verrichten. In unregelmäßigen Abständen hält L. Besprechungen ab.

Wenn ich auf dem Dienstplan eingetragen bin und die Arbeit nicht aufnehmen kann (z.B. durch Krankheit oder aufgrund schulischer Veranstaltungen, Seminaren, ..) melde ich mich entweder bei L. oder beim diensthabenden Super-Supervisor (Anspruchsperson bzw. Verantwortlicher für das Call-Center, der wechselweise aus dem Kreis der Supervisors bestellt wird) ab. Ich habe mich auch schon einmal vertreten lassen. Die Vertretung übernahm damals eine Kollegin, K. (Diese) ist inzwischen ausgeschieden. Es war vereinbart, dass ich dafür einmal einen Dienst für sie übernehmen sollte, dazu ist es aber nicht gekommen. Ich gehe davon aus, dass bei der vertraglich eingeräumten Vertretungsberechtigung nur ein Callcenter-Mitarbeiter gemeint sein kann, weil eine außenstehende Person, die die Programm- und Ablaufgebarung nicht kennt, ohne vorhergehende Einschulung diese Tätigkeit nicht verrichten könnte.

Ich habe mein persönliches Headset sowie Kataloge, Schulungsmappe und dgl. Als Entgelt erhalte ich pro Stunde ATS 80,-

netto ausbezahlt. Ich achte selber darauf, dass ich die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschreite (Stundenlimit). Für zusätzliche Verkaufserfolge (Tagesangebote) erhalte ich einen Leistungszuschlag (monatlich netto ca. ATS 100,- - 200,-).

Ich habe eine eigene Zugriffsberechtigung für Computer und Telefon. Dadurch ist ersichtlich, dass ich die Arbeit aufgenommen habe und welche Tätigkeit ich gerade verrichte. Die tatsächlich geleisteten Stunden werden monatlich von mir in einen Leistungsnachweis eingetragen, der dann von mir und L. unterschrieben wird. Dieser Stundennachweis dient als Basis für die Berechnung meines Entgelts. Am Ende des Monats erhalte ich eine bereits ausgefüllte Honorarnote ausgehändigt, welche ich nur noch unterschreiben muss."

2.1. Mit der Zweitmitbeteiligten schloss die Beschwerdeführerin am 9. November 2000 ebenfalls einen "freien Dienstvertrag" ab, dessen Inhalt bis auf den ersten Punkt im wesentlichen inhaltsgleich mit dem unter 1.1. wiedergegebenen Vertrag ist. Punkt 1. dieses Vertrages lautet:

"Der Auftragnehmer tätigt die vereinbarten Telefonkontakte mit den Versandkunden des Auftraggebers, zB telefonische Umfragen, Einrichtungsberaterservice anbieten und die dazu notwendigen Verwaltungstätigkeiten."

2.2. Auch mit der Zweitmitbeteiligten nahm die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse am 18. Jänner 2001 eine Niederschrift auf:

"Ich bin seit November 2000 (bei der Beschwerdeführerin) (Call-Center) im Aktiv-Marketing als freier Dienstnehmer mit einer Wochenarbeitszeit von ca. 10 Stunden beschäftigt. Der Dienstvertrag, der von mir unterschrieben wurde, wird vorgelegt. Zusatzvereinbarungen (schriftlich oder mündlich) existieren nicht. Ich wurde ca 2-3 Tage eingeschult (insgesamt ca. 10-12 Stunden).

Es werden z.B. Kunden, die Möbelprospekte bestellt haben, von uns angerufen und gefragt, ob sie Interesse an einer persönlichen Beratung hätten. Meine unmittelbare Vorgesetzte als Teamleiterin ist H. Sie kann ich fragen, wenn ein Problem ansteht, sie koordiniert die Aufträge und entscheidet über die Vorrangigkeit der Aufgabenbereiche. Außerdem hat sie z.B. in der Weihnachtszeit Aushilfen für die Abendstunden aus unserem Team organisiert.

Die anzurufenden Kunden liegen in Form von Kundenblättern (A4- Zettel mit einer vorgegebenen Telefonnummer) auf und werden bei H. aufbewahrt. Ist H. bei meinem Dienstantritt anwesend, teilt sie mir mit, welche Aufträge zu bearbeiten sind. Wenn H. nicht anwesend ist, entscheide ich selbst, welche Aufträge ich bearbeite. H. ist aufgrund ihrer Teilzeitbeschäftigung häufig nicht da. Allerdings hat H. eine Pinwand, auf der sie uns anstehende Aufträge und wichtige Informationen mitteilt. Wenn ein Kunde erreicht wird, wird ein Gesprächsprotokoll verfasst, das direkt auf den Kundenblättern geführt wird. Dabei wird Tag, Uhrzeit und Gesprächsverlauf vermerkt und mit meinen Initialen versehen. Die ausgefüllten Kundenblätter werden entweder von mir selbst oder von H. an die zuständigen Stellen

weitergeleitet.

Außerdem wird ein Tagesprotokoll erstellt, auf dem Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende meiner Dienstzeit, Anzahl der Telefonate (erreichte + nicht erreichte Kunden) und Ergebnisse der Gespräche zusammengefasst werden. Nach Dienstschluss gebe ich das Tagesprotokoll, die Kundenblätter der erreichten Zielpersonen und meine Stundenaufzeichnungen (Leistungsnachweis) sowie meine persönlichen Arbeitsunterlagen H. bzw. hinterlege diese für sie. Die Auswertung dieser Unterlagen erfolgt durch H.

Meine Arbeitszeit kann ich frei einteilen. H. hat einen 4- Wochen-Plan, in den sich alle (ca. 20) Mitarbeiter eintragen können. Es gibt insgesamt 5 Arbeitsplätze, diese werden von den ca 20 Beschäftigten wechselweise benützt. Ich telefoniere entweder mit headset (im Inland) oder von einem Telefonapparat (Ausland).

Dienstort ist (die Beschwerdeführerin) (Callcenter).

Eine Vertretung ist meiner Ansicht nach nur durch eingeschulte Personen (Kollegen) möglich, weil ohne Kenntnis des organisatorischen Ablaufes (Ablaufgebarung) diese Tätigkeit nicht verrichtet werden kann. Ich selbst habe mich noch nie vertreten lassen.

Als Entlohnung erhalte ich ATS 80,-/Stunde netto ausbezahlt."

3. Ebenfalls am 18. Jänner 2001 wurde zwischen zwei Mitarbeitern der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse und fünf Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der Beschwerdeführerin eine Besprechung über die Ergebnisse einer Beitragsprüfung abgehalten und bezüglich der Tätigkeitsbereiche der Erst- und Zweitmitbeteiligten folgende (von den Mitarbeitern der Gebietskrankenkasse und zwei Mitarbeitern der Beschwerdeführerin unter Beifügung einer Stampiglie der Beschwerdeführerin, die den Zusatz "Personalleitung" enthielt, unterfertigte) Niederschrift aufgenommen (Unterstreichungen wie im Original):

"Das (...)Call-Center besteht aus einem Großraum (ca 1000 m2) und 150 Arbeitsplätzen. Im Inbound-Bereich erfolgt eine Funktionstrennung in:

Bestellservice

Reklamation + Kundenservice

Mode + Preis

Außerdem werden auch Outbound-Tätigkeiten verrichtet (Aktiv-Marketing). Diese Arbeitsplätze (insgesamt 5) sind räumlich vom eigentlichen Call-Center getrennt. Die bei (der Beschwerdeführerin) gemeldeten freien Dienstnehmer sind entweder im Bestellservice oder im Aktiv-Marketing tätig. In anderen Bereichen sind ausschließlich echte Dienstnehmer (§ 4 (2) ASVG) beschäftigt.

Die abgeschlossenen 'Freien Dienstverträge' sind für beide Bereiche (Inbound- und Outbound) abgesehen vom Aufgabenbereich und von der Bezahlung für alle freien Dienstnehmer völlig ident. Zusatzvereinbarungen (schriftlich oder mündlich) gibt es nicht.

Die Betriebszeiten des Call-Centers sind

Mo-Fr.

7.30 Uhr - 19.30 Uhr

Sa

7.30 Uhr - 12.00 Uhr

Außerhalb dieser Dienstzeiten erfolgt eine Rufumleitung an andere Call-Center-Betreiber (z.B. Telekom). Die Rufumleitung erfolgt auch zu Spitzenzeiten während der Dienstzeiten.

1. Bestellservice:

Dieser Bereich befasst sich mit der Erledigung von telefonischen Bestellungen und Beratungen sowie mit einem Zusatzverkauf (Tagesangebote). Es sind insgesamt 10 Teams mit je einem Supervisor beschäftigt. Die Supervisors sind generell als § 4 (2) - Dienstnehmer (echte Dienstnehmer) gemeldet, bei den agents gibt es sowohl echte als auch freie Dienstnehmer. Ein Unterschied im Tätigkeitsbereich zwischen echten und freien Dienstnehmern besteht nicht, die

Arbeitszeit ist allerdings unterschiedlich geregelt: Freie Dienstnehmer können sich die Arbeitszeit (im Rahmen der Betriebszeit) selbst einteilen. Die Arbeitszeitwünsche werden ca. 1 Monat im voraus dem Supervisor bekannt gegeben, der die Arbeitszeitwünsche koordiniert. Wenn ein Terminwunsch nicht akzeptiert werden kann, teilt der Supervisor dies dem betroffenen Mitarbeiter mit. In den Zeiten, die nicht durch freie Dienstnehmer abgedeckt werde können, werden echte Dienstnehmer eingeteilt. Von den Supervisors werden daraufhin Dienstpläne erstellt, die im Call-Center zur Einsichtnahme angeschlagen werden. Die freien Dienstnehmer schreiben die tatsächlich geleistete Arbeitszeit selbständig auf Leistungsnachweisen auf, der Supervisor kontrolliert diese Aufzeichnungen.

Die freien Dienstnehmer sind aufgrund des Dienstvertrages vertretungsberechtigt. Die Vertretungsberechtigung bezieht sich auf geeignete Personen, die eine entsprechende Einschulung absolviert haben. Sie müssen die unterschiedlichen Bildschirmprogramme bedienen können und brauchen für Auskünfte Kenntnisse über organisatorische Zusammenhänge. Außerdem braucht der Mitarbeiter Hintergrundinformationen (z.B. über Lieferfristen, Zahlungsmodalitäten, ...).

Jeder Mitarbeiter bekommt bei Dienstantritt eine Schulungssowie eine Einweisungsmappe. Die Einschulung dauert insgesamt ca. 60 Stunden (1 Woche Theorie und anschließend Praxis bei einem eingearbeiteten Kollegen).

2. Aktiv-Marketing:

Dieser Outbound-Bereich ist zwar organisatorisch an das Call-Center angegliedert, jedoch räumlich von diesem getrennt. Aufgabenbereich ist z.B. Zufriedenheitsmessung der Kunden, Möbelnachfasswerbung, ... Es sind ausschließlich freie Dienstnehmer (incl. Supervisor) beschäftigt. Diese Mitarbeiter können sich ebenfalls im Rahmen der Betriebszeit und der beschränkten Anzahl der Arbeitsplätze ihre Dienste frei einteilen. Insgesamt sind ca. 20 Personen im Aktiv-Marketing beschäftigt, 5 Arbeitsplätze stehen zur Verfügung. Die Dienstnehmer bekommen Kundenblätter bzw. Listen mit Namen und Telefonnummern der Kunden, die zu kontaktieren sind. Ein Gesprächsfaden wird vorgegeben. Nach Abschluss des Gesprächs wird vom Dienstnehmer ein Bericht angefertigt, der dem Supervisor zur Auswertung übergeben wird. Für die vereinbarte Vertretungsberechtigung gilt dasselbe wie für die im Bestellservice eingesetzten freien Dienstnehmer.

Da die Kasse der Ansicht ist, dass in beiden Fällen (Bestellservice und Aktiv-Marketing) aufgrund der vertraglichen Vereinbarung und der tatsächlichen Verhältnisse echte Dienstverhältnisse vorliegen, wird vereinbart, dass für jeden Bereich je ein Versicherungsbescheid erlassen wird. "

II.

1.1. Mit zwei Bescheiden vom 23. März 2001 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass die Erstmitbeteiligte seit 23. Mai 2000 und die Zweitmitbeteiligte seit 9. November 2000 der Pflichtversicherung in der Vollversicherung (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) und der Arbeitslosenversicherung unterliegen.

Die Erstmitbeteiligte habe sich auf Grund der vertraglichen Vereinbarung auf unbestimmte Zeit zur telefonischen Kundenberatung, Erfassung von Adressen und Bestellungen sowie zur Erteilung von Lieferauskünften verpflichtet. Arbeitsort seien Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin. Die Erstmitbeteilige verrichte ihre Tätigkeit gemeinsam mit "Dienstnehmern gem. § 4 (2) als auch Dienstnehmern gem. § 4 (4) ASVG". Die wöchentliche Arbeitszeit betrage ungefähr acht bis zehn Stunden. Sie sei berechtigt, Wünsche bezüglich der Arbeitszeit bekannt zu geben, die von ihrer unmittelbaren Vorgesetzten "koordiniert" werden. Der daraufhin erstellte Dienstplan gelte sowohl für die "echten" als auch für die "freien" Dienstnehmer. Besprechungen würden in unregelmäßigen Abständen stattfinden. Die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden würden von der Erstmitbeteiligten in einen Leistungsnachweis eingetragen und von der Vorgesetzten kontrolliert und gegengezeichnet. Die Entlohnung erfolge auf Stundenbasis, zusätzlich werde für Verkaufserfolge ein Leistungszuschlag gewährt. Eine Vertretungsberechtigung sei zwar vertraglich vereinbart, könne tatsächlich jedoch nur durch einen Kollegen ausgeübt werden.

Die Zweitmitbeteiligte habe sich auf Grund der vertraglichen Vereinbarung auf unbestimmte Zeit zur Absolvierung von vereinbarten Telefonkontakten mit den Versandkunden der Beschwerdeführerin (z.B. telefonische Umfragen, Einrichtungsberatungsservice) und den dazu notwendigen Verwaltungstätigkeiten verpflichtet. Arbeitsort seien Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin, die wöchentliche Arbeitszeit betrage ungefähr zehn Stunden, wobei die Zweitmitbeteiligte Arbeitszeitwünsche bekannt geben könne, die von der unmittelbaren Vorgesetzten "koordiniert" würden. Es gebe fünf Arbeitsplätze, die von insgesamt 20 Mitarbeitern abwechselnd benützt würden. Die

anzurufenden Kunden würden ihr vorgegeben, nach jedem Gespräch sei ein Gesprächsprotokoll zu verfassen, das an die zuständige Stelle weitergeleitet werde. Außerdem werde ein Tagesprotokoll erstellt, in dem Beginn und Ende der Dienstzeit, Anzahl der Telefonate und Gesprächsergebnisse zusammengefasst werden. Dieses Protokoll werde gemeinsam mit den Stundenaufzeichnungen (Leistungsnachweis) an die Vorgesetzte übergeben. Eine Vertretungsberechtigung sei zwar vertraglich vereinbart, nach Meinung der Zweitmitbeteiligten jedoch nur durch Kollegen möglich.

Rechtlich begründete die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse das Vorliegen von (voll-)versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen (im wesentlichen gleichlautend) damit, dass die Bestimmungsfreiheit der Beschäftigten durch die jeweilige Tätigkeit weitgehend ausgeschaltet sei. Eine Bindung an den Arbeitsort liege jedenfalls vor, die Arbeitszeit sei durch die bestehenden Dienstpläne jeweils vorgegeben. Die Tagesprotokolle und Leistungsnachweise würden kontrolliert.

1.2. Die Beschwerdeführerin und die Zweitmitbeteiligte erhoben Einspruch.

Die Beschwerdeführerin brachte vor, dass die bei ihr tätigen "freien" Dienstnehmer keine "Fixstundenverpflichtung" hätten und diesen auch keinerlei "Einsatzzeiten" vorgegeben würden. Vielmehr würden diese Mitarbeiter selbst jene Zeiträume bekannt geben, in denen sie tätig werden wollen, indem sie sich in eine Einsatzliste eintragen würden. Nicht nur der Umfang, sondern auch die zeitliche Lagerung der Einsätze werde von den Mitarbeitern frei gestaltet, bereits bekannt gegebene Einsätze könnten auch wieder "storniert" werden. Es bestehe somit weder eine ständige Einsatzbereitschaft noch werde eine solche verlangt und es bleibe ohne jegliche Konsequenzen, wenn ein "freier" Mitarbeiter nur zu bestimmten Zeiten oder überhaupt nicht zur Verfügung stehe. Eingriffe seitens der Beschwerdeführerin würden lediglich insoweit erfolgen, als bei einem Überangebot an Einsätzen für einen bestimmten Zeitraum einlangende Einsatzangebote mangels eines Bedarfes abgelehnt werden müssen. Lediglich im "Inbound-Bereich" müsse eine gewisse Grundbesetzung zur Sicherstellung der Erreichbarkeit für den Kunden gewährleistet sein. Hiefür würden aber - abgesehen von der Spitzenabdeckung durch Kooperationsvereinbarungen mit anderen Call-Centers - die in einem (vollversicherungspflichtigen) Angestelltenverhältnis zur Beschwerdeführerin stehenden Mitarbeiter herangezogen. Die "freien" Mitarbeiter würden auch keiner auf den Arbeitsablauf bezogenen Kontrolle unterliegen. Die Erfassung der Kundenbestellungen und Kundendaten sowie sonstige relevante Auftragsinformationen würden lediglich den Inhalt der zu erbringenden Leistung darstellen. Der Leistungsnachweis werde nur als Grundlage für die Honorarabrechnung benötigt.

Die Zweitmitbeteiligte führte im Zusammenhang mit der Vertretungsbefugnis aus, dass sich bei ihr die Notwendigkeit einer Vertretung noch nie ergeben habe, da sie ihre Einsätze auch nach Bekanntgabe wieder absagen könne.

2. Mit Bescheiden vom 26. November 2001 gab der Landeshauptmann von Oberösterreich den Einsprüchen keine Folge und bestätigte die erstinstanzlichen Bescheide. In der (im wesentlichen gleichlautenden) rechtlichen Begründung der Bescheide wird ausgeführt, dass der Arbeitsort das Call-Center bei der Beschwerdeführerin sei. Die Eintragung der von den Mitarbeitern gewünschten Dienstzeiten gewährleiste zunächst eine bessere Koordination der Dienste. Eingetragene Dienstzeiten seien für die Mitarbeiter aber insofern verpflichtend, als bei einem Nichtantritt des Dienstes (aus welchen Gründen auch immer) der Dienstgeber bzw. die von diesem namhaft gemachte Bezugsperson zu informieren sei, was einem weisungsbezogenen bzw. kontrollbezogenem Verhalten gleichkomme. Dies gehe auch aus Punkt 3. der Dienstverträge hervor, der bestimme, dass auf die Interessen des Auftraggebers Rücksicht zu nehmen sei. Der Dienstplan sei daher keine schriftliche Zusammenstellung der gewünschten Arbeitszeiten, sondern eine Arbeitseinteilung mit verbindlichem Charakter.

Eine Bindung an Ordnungsvorschriften über das arbeitsbezogene Verhalten werde aus dem jeweiligen Arbeitsablauf der Erst- und Zweitmitbeteiligten abgeleitet. Der Mitarbeiter im "Inbound-Bereich" "logge" sich bei Aufnahme seiner Tätigkeit an einer von ihm besetzten Call-Station in die Telefonanlage ein und erhalte ab diesem Zeitpunkt Gespräche maschinell vermittelt. Es könne vom Dienstgeber eingesehen werden, wie lange gearbeitet worden sei und welche Tätigkeit gerade verrichtet werde. Auch der zu erstellende Leistungsnachweis diene der Kontrolle durch den Dienstgeber. Der Arbeitsablauf im "Outbound-Bereich" sei ebenfalls insofern vorgegeben, als die Aufträge von der Vorgesetzten vermittelt würden oder - bei deren Abwesenheit - mittels einer Pinwand mitgeteilt würden. Es seien Gesprächs- und Tagesprotokolle zu erstellen.

Eine echte Vertretungsbefugnis sei zu verneinen, da die Zustimmung des Dienstgebers eingeholt werden müsse und nur eine entsprechend eingeschulte Person zugelassen sei.

3. Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung der Beschwerdeführerin gegen die Bescheide des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 26. November 2001 betreffend die Versicherungspflicht der Erst- und Zweitmitbeteiligten gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG auf Grund ihrer Tätigkeit als Telefonistinnen bei der Beschwerdeführerin seit 23. Mai 2000 bzw. seit 9. November 2000 bis laufend teilweise Folge und stellte in Abänderung "des angefochtenen Bescheides" fest, dass die Pflichtversicherung der Erstmitbeteiligten gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG vom 23. Mai 2002 (durch den Berichtigungsbescheid vom 29. August 2002 zu Zl. 220.229/5-6/2002 durch "23. Mai 2000" ersetzt) bis 30. September 2001 bestanden habe und die Pflichtversicherung der Zweitmitbeteiligten vom 9. November 2000 bis laufend bestehe.

3.1. Die belangte Behörde stellte folgenden Sachverhalt fest (Wiedergabe wie im Original):

"Seit April 1999 betreibt (die Beschwerdeführerin) ein zentrales Callcenter. Die Betriebszeiten sind Montag bis Freitag von 07:00 bis 19:30 Uhr und Samstag von 07:00 bis 12:00 Uhr, auf Grund der technischen Einrichtungen und dieser Öffnungszeiten sind 80 vollbeschäftigte Personen bei dem Betrieb notwendig. (...) Von den 350 tatsächlich beschäftigten Personen (Teilbeschäftigungen) sind ca. 100 als freie Dienstnehmer gemeldet. Das Callcenter gliedert sich in den so genannten Inbound- und den Outbound-Bereich. Während bei Ersterem - vereinfacht gesagt - eingehende Kundenanrufe zu beantworten sind, sind bei Letzterem von den Beschäftigten von sich aus Anrufe zu tätigen ("Aktives Telefonmarketing").

Mit (der Erst- und Zweitmitbeteiligten) wurden - abgesehen vom Tätigkeitsbereich - gleich lautende Verträge mit der Bezeichnung 'Freier Dienstvertrag' abgeschlossen. Als Tätigung (der Erstmitbeteiligten) ('Inbound') wurde vereinbart:

Mit (der Erstmitbeteiligten) sind Telefonkontakte mit Versandkunden des Auftraggebers (z.B. Kunden beraten, Adressen und Bestellungen erfassen, sowie Lieferauskünfte erteilen, und zwar auf dem sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht entsprechenden Branchenniveau vereinbart.

Der vereinbarte Tätigkeitsbereich (der Zweitmitbeteiligten) ('Outbound') umfasste Telefonkontakte mit den Versandkunden der (Beschwerdeführerin), z.B. telefonische Umfragen, Einrichtungsberaterservice und die dazu notwendigen Verwaltungstätigkeiten.

Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, und eine einwöchige beidseitige Kündigungsfrist vereinbart. Wichtig ist weiter, dass unter Punkt 3 festgehalten wird: 'Der Auftragnehmer ist in der Gestaltung seiner Dienste frei. Er entscheidet selbst, wann bzw. zu welcher Zeit er die Leistung erbringt. Dabei ist auf die Interessen des Auftraggebers Rücksicht zu nehmen'. Unter Punkt 4 wird die Berechtigung - gegen rechtzeitige Anzeige - sich in seiner Leistungserbringung jederzeit grundlos durch einen geeigneten Dritten auf seine Kosten vertreten zu lassen festgelegt. Punkt 5. stellt fest, dass die für die Leistungserbringung erforderliche Infrastruktur am Einsatzort zur Verfügung steht. Es wird ein Konkurrenzverbot vereinbart (Punkt 6) und als Entgelt ein Stundenlohn von ATS 80,-- brutto vereinbart. (Fällig am Ende des der Leistungserbringung folgenden Kalendermonats). Festgestellt wird, dass im Falle der Verhinderung, z.B. Erkrankung kein Entgeltanspruch, ebenso dass kein Anspruch auf bezahlten Urlaub besteht. Für die Zeit der Einschulung ((Erstmitbeteiligte) 23.5.2000 bis 9.6.2000), wurde ein Pauschalentgelt vereinbart ((Erstmitbeteiligte) ATS 3000,--, (Zweitmitbeteiligte) ATS 600,--).

Die Tätigkeit wurde/wird in den Räumlichkeiten des Betrieben mit Betriebsmitteln der (Beschwerdeführerin) ausgeübt. Die Beschäftigten sind in 'Teams' eingeteilt, innerhalb deren für die Besetzung zu sorgen ist und Dienstpläne unter Berücksichtigung von Mitarbeiterinnenwünschen erstellt werden. Die Wünsche werden/wurden aber nicht 1:1 übernommen, manche 'Dienste' wurden abgelehnt. Die Teamleiterin ((bei der Erstmitbeteiligten) war das L., bei (der Zweitmitbeteiligten) H.) koordiniert den Einsatz der Arbeitskräfte und erstellt den Dienstplan. Die Einteilung der Arbeit erfolgt durch die Teamleiterin bzw. ergibt sich auch aus den eingegangenen Aufträgen (Outboundbereich). Es ist ein Tagesreport über die Gespräche zu führen. Die Tätigkeit erforderte eine Einschulung, z.B. bei (der Erstmitbeteiligten) 24 Stunden. Eine Vertretung für einmal in den Dienstplan eingetragene Dienste fand nur bei (der Erstmitbeteiligten) (durch Arbeitskollegin, 'Diensttausch') statt, sonst wurden die im Dienstplan eingetragenen Arbeitseinsätze erfüllt. Das Callcenter (beide Bereiche) waren in den Betriebszeiten durchgehend besetzt, wenn auch mit unterschiedlich vielen Personen. (Die Zweitmitbeteiligte) ist mit großer Regelmäßigkeit an 2 Tagen der Wochen, entweder 4 oder 5 Stunden

tätig (anders in den Schulferien). (Die Erstmitbeteiligte) hat ihre Tätigkeit ohne allzu große Regelmäßigkeit in unterschiedlichen Ausmaß pro Monat ausgeübt, wobei sie in mehr als der Hälfte der Monate um die 30 Stunden gearbeitet hat. (Die Erstmitbeteiligte) hat mit Schreiben vom 18.9.2001 ihren Vertrag gekündigt (zum 30.9.2001)."

3.2. Begründend führte die belangte Behörde aus, dass die wesentlichen Fakten im gegenständlichen Verfahren unbestritten seien, strittig sei lediglich deren "Interpretation". Unstrittig sei zudem, dass die Geringfügigkeitsgrenze überschritten worden sei. Hinsichtlich der Folgen für das arbeitsbezogene Verhalten bestehe kein Unterschied in der Beurteilung der Tätigkeiten im "Inbound-" und "Outboundbereich".

Persönliche Abhängigkeit liege nach der ständigen Judikatur dann vor, wenn der Beschäftigte bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsort und dem arbeitsbezogenen Verhalten weisungsgebunden und kontrollunterworfen sei und damit eine Eingliederung in den Betriebsorganismus vorliege. Die Beschwerdeführerin stütze dagegen ihre Ablehnung der persönlichen Abhängigkeit im Wesentlichen auf die fehlende persönliche Arbeitspflicht/Ablehnungsrecht und die Möglichkeit der freien Arbeitszeitgestaltung.

3.2.1. Zur persönlichen Arbeitspflicht bzw. zur Berechtigung, einzelne Arbeitsleistungen abzulehnen, führte die belangte Behörde aus, der von der Erstmitbeteiligten erwähnte Diensttausch unter Kolleginnen könne nicht als Hinweis auf eine generelle Vertretungs- und Ablehnungsbefugnis gewertet werden.

Die Vertretungsbefugnis und das Recht, einzelne Arbeiten abzulehnen, sei rechtlich erst ab dem Zeitpunkt relevant, in dem die Arbeitsverpflichtung konkretisiert sei, d.h. ab dem Bekanntsein des Dienstplanes. Im vorliegenden Fall habe weder ein Vertretungs- noch ein Ablehnungsrecht für einzelne Dienste bestanden. Es ergebe sich vielmehr aus den Sachverhaltsfeststellungen und dem Gesamtbild der Beschäftigung, dass die im Vertrag festgelegte Vertretungsmöglichkeit eine Scheinvereinbarung sei.

Die Organisation der Tätigkeit, die bereits bei der Festlegung des Dienstplanes (Arbeitszeit) die Bedürfnisse der Beschäftigten einbeziehe, lasse schon den Regelungszweck einer solchen Klausel vermissen, es bestünden also keine "sachlichen" Gründe für eine solche Klausel. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens seien auch die notwendige Einschulung und die dadurch gegebene Unwirtschaftlichkeit eines solchen Vertretungsrechtes ein Hinweis auf die nicht ernstlich gewollte Vereinbarung. Am stärksten spreche allerdings die Tatsache, dass es "faktisch so gehandhabt" worden sei, dafür, dass persönlich gearbeitet worden sei. Der Argumentation der Beschwerdeführerin, dieses Verhalten der Beschäftigten sei nicht in ihrem Einflussbereich gelegen, sei zu entgegnen, dass hier den faktischen Umständen der Vorrang einzuräumen sei. Im Übrigen sei auch auf die Argumentation des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach die Tatsache, dass jemand die vertraglich übernommenen Dienste nicht wie eine Unternehmerin mit eigenen Arbeitskräften durchführe, da solche (zu ergänzen: nicht) vorhanden seien und weil die betreffende Person die Tätigkeit aufgenommen habe, um Geld zu verdienen, für eine persönliche Arbeitspflicht spreche.

3.2.2. Zur Arbeitszeitgestaltung führte die belangte Behörde aus, dass das Augenmerk darauf zu legen sei, dass es sich hier um die Beurteilung einer Teilzeitbeschäftigung handle. Es liege in der Natur einer "unter der Normalarbeitszeit gelegenen Arbeitszeitvereinbarung", dass den Beschäftigten mehr Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Lagerung der Arbeitszeit zukomme. Diese Möglichkeit sei unter anderem eine Motivation für das Eingehen eines solchen Beschäftigungsverhältnisses.

Die kommunikationstechnischen Neuerungen im Arbeitsleben hätten neue Organisationsformen von Arbeit möglich gemacht; dies wäre bei der Beurteilung der Pflichtversicherung an sich unbeachtlich, würde nicht auch diese Arbeitsorganisation weiterhin die persönliche Abhängigkeit durch die Fremdbestimmtheit der Arbeit hervorrufen, sei es auch in einer etwas anderen äußeren Erscheinungsform als bei Inkrafttreten des ASVG am 1. Jänner 1956. Es sei in der Folge dem Kriterium des "Angewiesenseins auf das Entgelt" vermehrt Bedeutung beizumessen, obwohl es sonst in der - wenn auch uneinheitlichen - Judikatur und Literatur als nicht relevant eingeschätzt werde.

Die für das vorliegende Verfahren entscheidende Frage sei, ob die den Beschäftigten eingeräumte Möglichkeit, die Erstellung der Dienstpläne in wesentlicher Form mitzugestalten, die persönliche Arbeitspflicht schon für sich ausschließe. Dabei sei vorauszuschicken, dass es feststehe, dass bei einem einmal festgelegten Dienstplan dieser einzuhalten sei.

Dazu sei einerseits anzuführen, dass diese Berechtigung für ein Vollzeitbeschäftigungsverhältnis ungewöhnlich sei,

andererseits sich die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten nicht auf sein gesamtes Arbeitsleistungsvermögen und schon gar nicht auf die Person im Gesamten beziehe, sondern nur in dem Maße relevant sein könne, "als dem Dienstgeber die Verfügungsmacht über die Arbeitskraft und die Arbeitszeit vertraglich eingeräumt" worden sei. Dies sei bei Teilzeitbeschäftigten in einem viel geringeren Maße der Fall als bei Vollzeitbeschäftigten.

In diesem Zusammenhang sei einerseits auf die Judikatur zur Arbeitszeitgestaltung der Teilzeitbeschäftigten zu verweisen. Darin werde ausgedrückt, dass auch dann, wenn durch die Beschäftigung nur ein geringer Teil der der Beschäftigten an sich zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch genommen werde, persönliche Abhängigkeit nicht ausgeschlossen werde. Die Berechtigung zur Gestaltung der Arbeitszeit - wobei es nicht darauf ankomme, ob die Beschäftigte auf Grund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art einer Beschäftigung zum Teil Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen könne bzw. ob der Beschäftigten eine solche Berechtigung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die allein in ihrer Sphäre liegen, eingeräumt werde oder ob man sich nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers richte - stehe der persönlichen Abhängigkeit nicht entgegen.

Eine andere Lösung wäre auch mit dem EU-Recht (Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 betreffend Teilzeitarbeit) unvereinbar. § 1 (gemeint: der im Anhang zu dieser Richtlinie enthaltenen Rahmenvereinbarung) formuliere folgendes Ziel:

"Diese Rahmenvereinbarung soll

(a) die Beseitigung von Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten sicherstellen.

(b) die Entwicklung der Teilzeitarbeit auf freiwilliger Basis fördern und zu einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit beitragen, die den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Rechnung trägt."

Eine weniger umfassende soziale Absicherung (und das wäre die Konsequenz der Qualifikation als freie Dienstnehmer) als die von Vollzeitarbeitsplätzen, die als Folge der mit der Teilzeit einhergehenden, nur auf Grund der geringen Arbeitsstunden pro Woche möglichen flexiblen Arbeitszeitgestaltung dadurch eintrete, dass die Dienstnehmereigenschaft zu verneinen sei, würde diesem Grundsatz zuwiderlaufen. In diesem Zusammenhang sei "auf die mangelnde Arbeitslosenversicherungspflicht und den Ausschluss von Geldleistungen aus der Krankenversicherung zu verweisen".

Dem Dienstgeber komme das Recht zum gestaltenden Eingriff zu. Sei dies der Fall, so sei die persönliche Abhängigkeit trotz widerruflich gewährter Selbstdisposition oder Arbeitgeberrücksicht gegenüber Arbeitnehmerwünschen gewährleistet.

Die freie Verfügbarkeit über die zur Verfügung gestellte Zeit sei auch im gegenständlichen Fall ausgeschlossen, auch wenn es sich nur um ein paar Stunden in der Woche handle. Das der Dienstplanerstellung vorgelagerte Verfahren der Koordination von Dienstgebernotwendigkeiten und Beschäftigtenbedürfnissen gebe den Beschäftigten eine gewisse Zeitautonomie, bedeute aber wiederum nicht, dass die Arbeitszeit frei von den Beschäftigten gestaltet werden könne, weil schon nach dem Vertrag (Punkt 3.) auch die Bedürfnisse des Dienstgebers zu berücksichtigen seien und diese Autonomie bei Inkrafttreten des Dienstplanes ende. Ab hier würde die Nichteinhaltung als Vertragsbruch gelten.

3.2.3. Zur Eingliederung in die Betriebsorganisation führte die belangte Behörde aus, dass die Beschäftigten in den Betriebsorganismus des Call-Centers eingebunden seien, dies betreffe sowohl den Inbound- als auch den Outbound-Bereich.

Die Organisation eines Call-Centers, das an den Auftraggeberwünschen orientiert sei und das sowohl technische als auch wirtschaftlichen Gegebenheiten (ein Arbeitsplatz sei einerseits jeweils mit einer Person zu besetzen, solle aber durchgehend besetzt sein) aufweise, erfordere einen bestimmten Einsatz von Arbeitskräften. Die Umleitungsmöglichkeit auf andere Call-Centers könne das Argument nicht entkräften, weil dies als Ausnahme gelte und die Teamleiterinnen ihr Arbeitsteam für den Dienstplanzeitraum zu bilden hätten. Die Beschäftigten seien - neben den so genannten Festangestellten - ein Faktor, dessen Einsatz nach den vom Dienstgeber vorgegebenen Regeln (z.B. Dienstpläne) das erfolgreiche Funktionieren ermögliche.

3.2.4. Der Arbeitsort sei vertraglich und faktisch fix und wegen der dadurch gegebenen Eingliederung in den Betrieb auch von Gewicht, weil damit ein weiteres Element des arbeitsbezogenen Verhaltens verbindlich geregelt sei. Der

Hinweis darauf, dass im Outbound-Bereich auch von jedem anderen Ort aus telefoniert werden könne (was bedeuten würde, es hätte eine solche Vereinbarung gegeben), sei schon deshalb nicht wahrscheinlich, weil keine Vereinbarung über den Ersatz der - wohl nicht unbeträchtlichen - Telefonkosten vorliege und es im Übrigen tatsächlich nicht gehandhabt worden sei (bei der Kostentragung durch die Beschäftigten hätten diese kaum etwas verdient). Im Inbound-Bereich seien auch die tatsächliche Erreichbarkeit durch die ausschließliche Beschäftigung mit den Telefonaten und die technischen Voraussetzungen von Bedeutung.

Aus all diesen Erwägungen sei ein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit festgestellt worden, wobei die für die persönliche Unabhängigkeit sprechende flexible Arbeitszeitgestaltung durch die Verlagerung in das Vorfeld der Dienstplanerstellung abgeschwächt sei, während die Bindung an den Dienstplan, die Einordnung in den Betrieb und die Bindung an den Arbeitsort und das Arbeiten mit den Betriebsmitteln des Dienstgebers dafür sprechen würden.

4. 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 die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Die mitbeteiligte Pensionsversicherungsanstalt und die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt haben auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet. Die übrigen Parteien haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

III.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Wie sich aus dem vorgelegten Akt des Landeshauptmannes von Oberösterreich ergibt, hat dieser über die Einsprüche der Beschwerdeführerin und der Zweitmitbeteiligten offenbar mit drei Bescheiden vom 26. November 2001, jeweils zur Zahl SV(SabR)- 410756/3-2001-Bb/May, abgesprochen. Ein Bescheid bestätigt den erstinstanzlichen Bescheid bezüglich der Versicherungspflicht der Erstmitbeteiligten, die beiden anderen Bescheide den erstinstanzlichen Bescheid betreffend die Versicherungspflicht der Zweitmitbeteiligten; die letztgenannten Bescheide erledigen jeweils getrennt den Einspruch der Beschwerdeführerin und jenen der Zweitmitbeteiligten, wobei die Begründungen nur insofern divergieren, als auf den jeweiligen Einspruch inhaltlich näher eingegangen wird. Aus den beiliegenden Zustellnachweisen ergibt sich, dass die Erstmitbeteiligte einen Bescheid, die Zweitmitbeteiligte zwei Bescheide und die übrigen Beteiligten des Verfahrens alle drei Bescheide, jeweils in einem einheitlichen Zustellvorgang, erhalten haben.

Es war zwar nicht zulässig, über dieselbe Sache (nämlich die Versicherungspflicht der Zweitmitbeteiligten) in zwei getrennten Bescheiden und damit zweimal abzusprechen. Da diese Bescheide aber auf Grund gemeinsamer Zustellung gleichzeitig erlassen wurden und sich auf dieselbe Sache beziehen, sind sie insoweit als eine normative Einheit anzusehen. Der Umstand, dass diese in zwei Ausfertigungen erlassen wurde, ist für das vorliegende Verfahren letztlich ohne Bedeutung, weil die belangte Behörde der Berufung der Beschwerdeführerin

"gegen die Bescheide des Landeshauptmanns von Oberösterreich vom 26. November 2001 ....teilweise Folge (gibt) und in Abänderung des angefochtenen Bescheides fest(stellt), dass die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG von (der Erstmitbeteiligten) vom 23.5.2002 (23.5.2000) bis 30.9.2001 bestand und für (die Zweitmitbeteiligte) vom 9.11.2000 bis laufend besteht."

Dieser an die Stelle der vorinstanzlichen Bescheide tretende Berufungsbescheid (vgl. Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze2, I. Band, E 321f zu § 66 AVG) hat somit den Abspruch neu gefasst und damit den Fehler der Einspruchsbehörde beseitigt.

2.1. Die Beschwerdeführerin vertritt in ihrer Beschwerde einerseits die Auffassung, dass keine abhängigen Beschäftigungsverhältnisse, sondern freie Dienstverhältnisse vorliegen. Sie wendet sich aber auch gegen die Feststellung einer durchgehenden Versicherungspflicht der Erst- und Zweitmitbeteiligten in den im angefochtenen Bescheid angegebenen Zeiträumen; dies im Wesentlichen mit dem Vorbringen, dass es den im "Inbound- und Outbound-Bereich" beschäftigten freien Dienstnehmern offen gestanden sei, ob sie überhaupt Tätigkeiten für die Beschwerdeführerin verrichten und bejahendenfalls in welchem Umfang. Diesbezüglich seien entsprechende

Einsatzangebote zu legen gewesen, eine Arbeitspflicht in einem bestimmten vereinbarten Umfang habe nicht bestanden. Darüber hinaus sei mit den Dienstnehmern aber auch ein generelles Vertretungsrecht vereinbart worden, und es habe faktisch die noch weiter reichende Befugnis bestanden, bereits von der Beschwerdeführerin angenommene Einsatzangebote ohne Stelligmachung eines Vertreters nachträglich wieder abzusagen oder sogar bereits begonnene Einsätze vorzeitig zu beenden. Dies sei von der Beschwerdeführerin nicht zuletzt durch die vorgelegten Urkunden belegt worden.

2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich im Erkenntnis vom 17. Dezember 2002, Zl. 99/08/0008, eingehend mit der Frage des Vorliegens eines durchgehenden (vollversicherungspflichtigen) Beschäftigungsverhältnisses befasst und dabei auch die dazu ergangene Judikatur dargestellt:

"(Vorliegend) ist die Rechtsfrage maßgeblich, ob auf Grund einer tageweisen Beschäftigung - wenn in dazwischenliegenden Zeiträumen keine Arbeitsleistung erbracht wird - mehrere, unter Umständen auf einzelne Zeiträume begrenzte, durchlaufende Beschäftigungsverhältnisse oder ob kurzfristige tageweise Beschäftigungsverhältnisse anzunehmen sind.

Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem die Versicherungspflicht betreffenden Erkenntnis vom 23. September 1970, Slg. Nr. 7859/A, Stellung genommen. Nach dem damals zu beurteilenden Sachverhalt waren die 'Dienstnehmer' (Aushilfsarbeiter) nicht verpflichtet, bei Abruf zu arbeiten, sondern es ist ihnen freigestanden, die jeweils telefonisch angebotene Arbeit anzunehmen oder abzulehnen; sie sind für die erbrachten Arbeitsleistungen nach einem festen Stundensatz entlohnt worden. Am Ende des ersten Arbeitstages ist ihnen jeweils bekannt gegeben worden, ob sie auch am nächsten Tag im zugeteilten Unternehmen arbeiten sollten. Der Verwaltungsgerichtshof hat diesen Sachverhalt dahin beurteilt, dass es sich jeweils um kurzfristige (und nicht um durchgehende) Beschäftigungsverhältnisse gehandelt hat, und dazu die Rechtsauffassung vertreten, ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis könne nur dann angenommen werden, wenn eine im Voraus bestimmte oder tatsächlich feststellbare - periodisch wiederkehrende - Leistungspflicht (täglich, wöchentlich, monatlich) bestehe; ferner müsse ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechtes mit einer tatsächlichen Beschäftigung zusammenfallen.

In einem die Beitragspflicht betreffenden Erkenntnis vom 16. Jänner 1990, Zl. 88/08/0260, hat der Verwaltungsgerichtshof die eben genannte Rechtsauffassung präzisierend dahin weiter entwickelt, dass bei Beschäftigungsverhältnissen auf Abruf - es handelte sich wiederum um Aushilfsarbeiten - zu prüfen sei, ob die Arbeitsleistung im Sinne einer periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht auf Grund einer ausdrücklichen oder doch schlüssigen Vereinbarung im Voraus bestimmt sei. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung sei die im Nachhinein tatsächlich feststellbare, periodisch wiederkehrende Leistung ein Indiz für eine im Vorhinein zumindest schlüssig getroffene Vereinbarung.

Dieser Rechtssatz wurde durch die im Erkenntnis vom 27. März 1990, Zl. 89/08/0204, getroffene Aussage erweitert, dass es nicht gegen die Annahme eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses spreche, wenn die getroffene Vereinbarung eine 'Arbeitsübernahme fallweise für Einzeltage' vorsehe, wenn für mindestens eine Woche oder für unbestimmte Zeit an bestimmten (oder doch bestimmbaren) Tagen eine Leistungspflicht und eine korrespondierende Pflicht, diese Leistung entgegenzunehmen, entweder ausdrücklich oder schlüssig vereinbart ist; andererseits bestehe ein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis nicht schon dann, wenn der eine Vertragspartner zwar grundsätzlich verpflichtet ist, bei Abruf Arbeiten zu verrichten, es aber im Belieben des anderen steht, ob überhaupt und wann er die Leistung abruft.

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle auf die Bedeutung der in Rede stehenden Unterscheidung zwischen durchgehender und fallweiser Beschäftigung für den Bereich der Arbeitslosenversicherung hinzuweisen, die etwa in dem den Widerruf und die Rückforderung unberechtigt empfangenen Arbeitslosengeldes (und Notstandshilfe) betreffenden Erkenntnis vom 24. April 1990, Zl. 89/08/0142, zum Ausdruck kommt. Darin führt der Verwaltungsgerichtshof aus, durch den Verweis des § 12 Abs. 6 lit. a AlVG auf § 5 Abs. 2 lit. a bis c ASVG ergebe sich, dass eine Beschäftigung dann, wenn sie für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart wurde, für die übrige im Kalendermonat liegende Zeit der Beschäftigungslosigkeit auch dann unschädlich sei, wenn das auf einen Arbeitstag entfallende Durchschnittsentgelt die tägliche Geringfügigkeitsgrenze im Beschäftigungszeitraum überschreite, wohingegen für die Dauer der Beschäftigung die Gewährung von Arbeitslosengeld davon abhänge, ob die jeweils

anzuwendenden Geringfügigkeitsgrenzen überschritten werden oder nicht. Ist ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis anzunehmen, ist das erzielte Entgelt der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 lit. b zweiter Fall ASVG (Vereinbarung einer Beschäftigung auf unbestimmte Zeit) gegenüberzustellen; liegt eine derartige Vereinbarung nicht vor, so sind nur die reinen Beschäftigungszeiten als Beschäftigungsverhältnisse anzusehen und die Frage der Geringfügigkeit des Entgeltes nach § 5 Abs. 2 lit. a oder b erster Fall ASVG (Vereinbarung einer Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche oder für mindestens eine Woche) zu beurteilen.

Eine weitere Ergänzung erfuhr die dargestellte Rechtsprechung durch die im Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0199, getroffene Aussage, dass die Annahme eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses während eines bestimmten Zeitraumes, der grundsätzlich mit dem tatsächlichen Antritt (der Aufnahme) der Beschäftigung ohne Rücksicht auf den vereinbarten Beginn des Beschäftigungsverhältnisses anfange, nicht von der tatsächlichen Beschäftigung an allen Tagen dieses Zeitraumes abhänge, sondern von der im Voraus vereinbarten periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht. In dem dieser Aussage zu Grunde liegenden Fall war die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht einer Schauspielerin zu beurteilen, die vereinbarungsgemäß gegen Bezahlung eines Pauschalentgeltes innerhalb eines Zeitraumes von insgesamt etwa fünf Wochen höchstens an acht (Dreh)Tagen ausschließlich zur Verfügung stehen musste. Die (vom Verwaltungsgerichtshof im zweiten Rechtsgang schließlich bejahte) Frage, ob ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis und damit ein durchgehendes (wegen der Höhe des Pauschalentgeltes Voll-) Versicherungsverhältnis vorlag, war insofern von Bedeutung, als die Schauspielerin nach Aufnahme ihrer Tätigkeit, allerdings nicht an einem der Drehtage, einen Reitunfall erlitten hatte.

In dem ebenfalls die Versicherungspflicht betreffenden Erkenntnis vom 30. April 1991, Zl. 90/08/0134, stellte der Verwaltungsgerichtshof aus Anlass von Behauptungen, wonach sich die Arbeitnehmerin verpflichtet habe, auf Abruf als Dekorateurin je acht Stunden an zwei Tagen pro Woche mit einem Monatsgehalt von S 3.000,-- auf unbestimmte Zeit tätig zu sein, Überlegungen dazu an, ob neben der Bestimmtheit auch die (Voraus)Bestimmbarkeit der Leistungspflicht für die Annahme eines durchgehenden Versicherungsverhältnisses genüge: Die Bestimmbarkeit der Zeiträume, in denen die Arbeitsleistung zu erbringen wäre, wurde für den Fall bejaht, dass dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt worden ist, die Arbeitsleistung der (insoweit leistungsbereiten und leistungsverpflichteten) Arbeitnehmerin im Ausmaß von (durchschnittlich) acht Stunden pro Woche abzurufen, dass also die Leistungsbestimmung durch den anderen Vertragspartner erfolgt. In einem solchen Fall läge keine 'Arbeit auf Abruf' vor, weil nicht nur die tatsächlich erbrachten Arbeitsleistungen entlohnt würden, sondern für eine durchschnittliche Stundenzahl ein 'Fixlohn', das heißt ein Entgelt, welches vom tatsächlichen Abruf der Arbeitsleistung der arbeitsbereiten Vertragspartnerin unabhängig sei, zu zahlen wäre. Im Übrigen sei die Frage der tatsächlichen periodischen Wiederkehr der Arbeitsleistung vor allem dann von Bedeutung, wenn mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung zu untersuchen sei, ob Indizien für eine schlüssige Vereinbarung vorlägen.

In Fortführung der Rechtsprechung zum Pauschalentgelt und zur Verpflichtung zur Arbeitsleistung an bestimmten vom 'Dienstgeber' innerhalb eines festgesetzten Zeitraumes zu bestimmenden Tagen beurteilte der Verwaltungsgerichtshof im Anschluss an das schon erwähnte Erkenntnis vom 19. Juni 1990 im zweiten Rechtsgang die Verpflichtung der Schauspielerin, gegen eine Pauschalgage während eines Gesamtzeitraumes von rund fünf Wochen an acht festzulegenden (und daher auch möglicherweise hintereinander liegenden) Drehtagen - sowie an weiteren Terminen zwecks Kostüm- und Dialogproben - zur Verfügung zu stehen, als durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis (vgl. das Erkenntnis vom 17. Dezember 1991, Zl. 90/08/0205, und das ebenfalls einen Schauspieler betreffende Erkenntnis vom 24. November 1992, Zl. 91/08/0165, der als Darsteller einer Fernsehproduktion für 'Drehtage laut Drehplan' für maximal zehn Drehtage gegen einen Pauschalbetrag beschäftigt wurde).

Im Erkenntnis vom 20. April 1993, Zl. 92/08/0237, bekräftigte der Verwaltungsgerichtshof im Fall einer Aushilfskellnerin das Vorliegen eines durchlaufenden Beschäftigungsverhältnisses für den Fall, dass sich der 'Dienstgeber' verpflichtet hat, die 'Dienstnehmerin' in einem bestimmten Mindestausmaß von Arbeitsstunden in Anspruch zu nehmen bzw. zu bezahlen oder wenn diese zur Arbeitsleistung bei Inanspruchnahme auf Abruf verpflichtet war und nicht die Erbringung der abgerufenen Arbeitsleistung jederzeit auch ablehnen konnte.

Die eben dargestellten Grundsätze wurden im Erkenntnis vom 25. April 1995, Zl. 93/08/0174, zusammengefasst und die Rechtsprechung präzisierend dahin ergänzt, dass bei Verneinung eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses eine tageweise Beschäftigung auch nur dann angenommen werden kann, wenn der Beschäftigte der getroffenen Vereinbarung, an einem bestimmten Tag oder an bestimmten Tagen tätig zu werden,

auch zu entsprechen hat, andernfalls er gegenüber dem Vertragspartner vertragsbrüchig wird, also die Leistungserbringung nicht sanktionslos ablehnen kann.

In jüngerer Zeit hatte der Verwaltungsgerichtshof die Frage, ob ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt, im Fall eines bei einem Würstelstand Beschäftigten zu beurteilen und hielt an der bisherigen Judikatur fest, wonach es für die Annahme eines solchen Beschäftigungsverhältnisses primär auf die ausdrückliche oder schlüssige Vereinbarung einer im Voraus bestimmten Arbeitsleistung ankommt, wobei die tatsächlich feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ein Indiz für die zuletzt genannte schlüssige Vereinbarung ist (vgl. das Erkenntnis vom 21. November 2001, Zl. 97/08/0395)."

2.3. Im vorliegenden Fall ist aus den zwischen der Beschwerdeführerin und der Erst- bzw. Zweitmitbeteiligten abgeschlossenen Verträgen (wiedergegeben unter I/1.1. und I/2.1.), sowie auf Grund der sonstigen Tatsachenfeststellungen der belangten Behörde keine im Vorhinein vereinbarte Verpflichtung in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen in einem bestimmten Ausmaß oder Umfang ableitbar. Die Erbringung konkreter Arbeitsleistungen erfolgte vielmehr auf der Grundlage von Dienstplänen, wobei die Initiative in aller Regel von der erst- und zweitmitbeteiligten Partei in der Form ausgegangen ist, dass sie die gewünschte Zeit der Arbeitsleistung in die Dienstpläne eingetragen haben und dass diese Wünsche dann vom "Supervisor" koordiniert wurden. Dabei war es den Mitarbeitern offenbar möglich, eine bestimmte Zeit im Vorhinein (nach Aussagen der Erst- und Zweitmitbeteiligten jeweils ein Monat im Voraus) bekannt zu geben, ob und wann sie arbeiten wollen. Auf den im Berufungsverfahren von der Beschwerdeführerin nach Aufforderung durch die belangte Behörde vorgelegten Listen bezüglich "Einsatzangebot Freie Dienstnehmer" (Beilage 1 des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 8. Juli 2002) befindet sich folgender Vermerk:

"Sollten die von mir angebotenen Einsatzzeiten nicht jeweils 7 Tage vor der Einsatzwoche vom Auftraggeber (Beschwerdeführerin) widerrufen werden, gelten diese als akzeptiert und ich werde diese Termine verbindlich wahrnehmen.

Bei Verhinderung erfolgt meinerseits eine Meldung an den Auftraggeber."

Es ergibt sich daher aus dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt in Verbindung mit den im Verwaltungsverfahren vorgelegten Urkunden, dass für die Erst- und Zweitmitbeteiligte keine Verpflichtung bestand, sich in die Liste einzutragen bzw. dass vor Eintragung in die Liste auch keine Pflicht bestand, Leistungen zu erbringen (etwa "auf Abruf" durch die Beschwerdeführerin). Dass eine Verpflichtung der Mitarbeiter bestand, Einsatzangebote in einem bestimmten Ausmaß oder in einer bestimmten Regelmäßigkeit an die Beschwerdeführerin zu richten, wurde von der belangten Behörde ebenso wenig festgestellt. Eine konkrete Arbeitsverpflichtung kam vielmehr erst dadurch "verbindlich" zustande, dass ein Angebot zum Vertragsschluss, welches die Eintragung der "gewünschten Dienstzeit" durch die Erst- bzw. Zweitmitbeteiligte der Sache nach darstellte, vom koordinierenden Supervisor durch Unterlassung eines "Widerrufs" bis sieben Tage vor der "Einsatzwoche" angenommen wurde. In den zwischen den Vertragsparteien im Vorhinein vereinbarten, eingangs wiedergegebenen schriftlichen Verträgen wurden demgegenüber lediglich die näheren Modalitäten der Erbringung der Arbeitsleistung festgelegt, welche eine einheitliche Grundlage der zu stellenden Angebote und damit der zu schließenden Einzelvereinbarungen bilden sollten.

Vor dem Hintergrund der unter 2.2. wiedergegebenen Rechtsprechung kann daher - entgegen der Auffassung der belangten Behörde - mangels ausdrücklicher Vereinbarung von einer entsprechenden, im Voraus bestimmten periodischen Leistungspflicht der Erst- bzw. Zweitmitbeteiligten während der gesamten Zeiträume der von der belangten Behörde festgestellten Versicherungspflicht nicht die Rede sein. Dem Faktum einer periodisch wiederkehrenden Arbeitsleistung kommt nach der Rechtsprechung zwar eine Indizwirkung dahin zu, dass dieserart der Arbeitserbringung eine schlüssige Vereinbarung zugrunde - und daher ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt; dieses Indiz wird hier aber durch die festgestellten Vereinbarungen, der auch die tatsächlich geübte Vorgangsweise entsprochen hat, widerlegt. Durchgehende (d.h. über die reinen Beschäftigungszeiten zeitlich hinausreichende) Beschäftigungsverhältnisse könnten bei dieser Sachlage nur dann und insoweit angenommen werden, als im Einzelfall in verbindlich gewordenen Dienstplänen (und daher im Voraus bestimmt) jeweils periodisch wiederkehrende Leistungsverpflichtungen (täglich, wöchentlich, monatlich) vereinbart worden wären (vgl. die Erkenntnisse 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0097, und vom 20. April 1993, Zl.92/08/0237 mwH). Sollten in den Dienstplänen periodisch wiederkehrende Leistungsverpflichtungen im soeben genannten Sinn nicht vereinbart worden sein, dann

lägen auch während Teilen der vom angefochtenen Bescheid erfassten Zeiträume keine durchgehenden Beschäftigungsverhältnisse vor, und zwar weder im Sinne des § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG, noch nach § 4 Abs. 4 ASVG. Es handelte sich diesfalls vielmehr um tageweise Beschäftigungsverhältnisse, d.h. auf die Zeit der Beschäftigung beschränkte Versicherungsverhältnisse (vgl. das Erkenntni

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at