

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/12/17 99/08/0008

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.12.2002

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §471a;  
ASVG §471b;  
ASVG §539;  
ASVG §539a;  
ASVG §68 Abs1;  
VwRallg;

## 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 M GmbH & Co KG, vertreten durch Dr. Gottfried Korn, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Argentinierstraße 20/1/3, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 18. November 1998, Zl. 121.307/2-7/98, betreffend Versicherungspflicht nach ASVG und AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. G in W, vertreten durch Dr. Georg Grießer, Dr. Roland Gerlach, Dr. Sieglinda Gahleitner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Kollnerhofgasse 6/2; 2. Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1103 Wien;

3. Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien; 4. Arbeitsmarktservice, Landesgeschäftsstelle Wien, Weihburggasse 30, 1011 Wien; 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert Stifterstraße 65, 1200 Wien), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, soweit die Tätigkeit der Erstmitbeteiligten bei der beschwerdeführenden Gesellschaft während näher genannter Zeitabschnitte im Zeitraum vom 3. Jänner bis 31. August 1989 als voll- und arbeitslosenversicherungspflichtig festgestellt worden ist, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, im Übrigen wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

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

### **Begründung**

Mit Bescheid vom 17. November 1994 berichtigte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die von der M. Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG erstatteten Meldungen einer fall(tage)weisen Beschäftigung der Erstmitbeteiligten im Zeitraum vom 3. Jänner bis 31. August 1989 dahin, dass die Erstmitbeteiligte auf Grund ihrer Beschäftigung als Expeditaushelferin beim genannten Dienstgeber während näher genannter Zeiträume zwischen dem 3. Jänner und dem 31. August 1989 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei.

Mit Bescheid vom selben Tag berichtigte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse Meldungen der beschwerdeführenden Gesellschaft über tageweise Beschäftigungen der Erstmitbeteiligten im Zeitraum vom 1. September 1989 bis zum 23. August 1994. Nach der in beiden Bescheiden gleich lautenden Begründung hätten Ermittlungen der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse ergeben, dass vom (jeweiligen) Dienstgeber Listen aufgelegt worden seien, aus denen die Arbeitstage und Arbeitszeiten der kommenden Woche ersichtlich gewesen seien. Die Expeditaushelfer hätten damit rechnen können, jede Woche zur Arbeit eingeteilt zu werden. Ihre Tätigkeit habe im Paketieren von Zeitungen bestanden, wobei die Arbeitsleistung durch einen Vorarbeiter kontrolliert worden sei. Die jeweiligen Arbeitstage seien demnach im Voraus bestimmt gewesen, weshalb nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes keine fallweise Beschäftigung, sondern ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vorgelegen sei.

Die M. Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG und die beschwerdeführende Gesellschaft erhoben jeweils Einspruch gegen den sie betreffenden Bescheid. In diesen Einsprüchen wurde gleich lautend vorgebracht, die Listen über Arbeitstage und Arbeitszeiten der kommenden Woche stellten lediglich die Angebote für die Erbringung von Arbeitsleistungen jeweils in der Folgewoche dar. Diese Angebote basierten jeweils auf dem für die kommende Woche bekannten Auftragsvolumen. Im Falle der Änderung des Auftragsvolumens würden diese Angebote zurückgezogen werden, ohne dass ein Expeditaushelfer daraus einen Anspruch ableiten könnte. Dem Expeditaushelfer stehe es frei, die angebotenen Arbeiten nicht anzunehmen, ohne dass ihm daraus für die Zukunft ein Nachteil erwachsen würde. Um die Arbeitsangebote für die Expeditaushelfer bewertbar und überprüfbar zu machen, müssten die Arbeitstage und Arbeitszeiten angegeben sein; seitens der Expeditleitung müsste für eine ausreichende Besetzung mit Aushilfskräften Sorge getragen werden. Es entspreche der normalen Praxis, dass manche Aushilfskräfte das Angebot häufiger, manche selten annehmen würden. Nicht in Frage gestellt werde das Bestehen eines Dienstverhältnisses bzw. der Vollversicherungspflicht der fallweise gemeldeten Dienstnehmer. Allerdings bestünde keine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der Expeditaushelfer, weil es jedem frei stünde, die angebotene Arbeit anzunehmen oder abzulehnen. Somit bestehe mangels Leistungspflicht des Dienstnehmers und mangels einer Verpflichtung des Dienstgebers, Leistungen bestimmter Dienstnehmer abzurufen, kein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis.

Die Erstmitbeteiligte wurde im Zuge des Einspruchsverfahrens am 12. August 1997 niederschriftlich einvernommen. Sie gab an, dass keine Vereinbarungen darüber getroffen worden seien, wie oft und wann sie arbeiten sollte. Einige Jahre lang habe sie ca. vier mal in der Woche gearbeitet; es sei aber auch vorgekommen, dass sie ein oder zwei Wochen gar nicht oder nur zwei Tage in der Woche gearbeitet hätte. Es gebe Tag- und Nachschichten, die Erstmitbeteiligte hätte nur am Tag gearbeitet. Im Gegensatz zu jenen Dienstnehmern, die in der Nacht beschäftigt gewesen seien, habe es für die, welche - wie die Erstmitbeteiligte - nur tagsüber gearbeitet hätten, keinen Wochenplan gegeben. Sei viel Arbeit bevor gestanden, sei ihr schon am Freitag gesagt worden, sie solle sich für die nächste Woche nichts vornehmen. In diesen Fällen habe sie täglich gearbeitet. Zu "normalen Zeiten" sei sie vom Expeditleiter oder einer Kollegin angerufen worden, sie solle am nächsten Tag kommen. Im Verhinderungsfall, der nicht sehr oft vorgekommen sei, habe sie abgesagt, ohne dass dies zu Sanktionen geführt hätte. Nach einer Absage habe sie entweder auf einen neuerlichen Anruf gewartet oder selbst bei der beschwerdeführenden Gesellschaft angerufen und mitgeteilt, dass sie wieder zur Verfügung stünde. Habe sie ihre Arbeitsleistung angeboten, sei diese auch immer in Anspruch genommen worden. Sie habe Zusagen immer eingehalten und habe "ziemlich regelmäßig" am Dienstag, Mittwoch und Donnerstag gearbeitet; sie sei jede Woche angerufen worden. Zu Beginn des Jahres 1994 sei sie krank gewesen und längere Zeit nicht angerufen worden. Bei einer Nachfrage habe ihr der Expeditleiter erklärt, dass sie offenbar nur dann arbeiten wolle, wenn wenig Arbeit anfalle, und dass er sie deshalb nicht mehr eingeteilt habe. Nach einer anwaltlichen Intervention sei sie wieder angerufen, jedoch zu schlechter bezahlten Arbeiten eingeteilt worden.

Schließlich sei sie nur einmal monatlich angerufen worden und habe am 2. November 1994 ihren Austritt erklärt. Vor der Urlaubssaison habe der Expeditleiter Listen aufgelegt, in denen man den Sommerurlaub habe eintragen müssen. Ein Urlaub während des Jahres sei selten vorgekommen. Beginn und Ende eines Krankenstandes habe die Erstmitbeteiligte telefonisch gemeldet.

In einer Stellungnahme zur Aussage der Erstmitbeteiligten hat die M. Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG unter anderem bestritten, dass sich die Mitarbeiter in die vor der Urlaubssaison aufgelegten Urlaubslisten hätten eintragen müssen.

Mit zwei im Begründungsteil im Wesentlichen gleich lautenden Bescheiden vom 20. Oktober 1997 bzw. 24. Oktober 1997 gab der Landeshauptmann von Wien den Einsprüchen der beschwerdeführenden Gesellschaft bzw. der M. Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG Folge und stellte fest, dass die Erstmitbeteiligte nur an den in der Anlage des jeweiligen Bescheides genannten Tagen vom 3. Jänner bis 31. August 1989 bzw. vom 1. September 1989 bis 23. August 1994 in einem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gestanden sei. Nach der Begründung des Bescheides habe die Einvernahme der Erstmitbeteiligten sowie weiterer Mitarbeiter ergeben, dass die Arbeitsleistungen weder auf Grund einer ausdrücklichen noch einer schlüssigen Vereinbarung im Voraus bestimmt gewesen seien. Es sei im Belieben der Dienstgeber gestanden, durch Telefonanruf einzelne Leistungen abzurufen; andererseits hätten die Dienstnehmer bei Abruf einzelne Leistungen sanktionslos ablehnen können. Deshalb lägen trotz der jahrelangen und regelmäßigen Beschäftigung keine durchgehenden Beschäftigungsverhältnisse der Erstmitbeteiligten vor. Es sei daher festzustellen gewesen, dass Beschäftigungsverhältnisse jeweils nur an den einzelnen von der beschwerdeführenden Gesellschaft gemeldeten Tagen vorgelegen seien.

Gegen beide Bescheide erhob die Erstmitbeteiligte gleich lautende Berufungen, in denen sie auf ihre Aussage vom 12. August 1997 hinwies und vorbrachte, dass sie in den Jahren 1990 bis 1993 an jeweils 176, 154, 161 bzw. 120 Tagen beschäftigt gewesen sei, was unter Berücksichtigung von Krankenständen und Urlauben eine Beschäftigung an zumindest drei Tagen wöchentlich ergebe. Aus dieser regelmäßigen Beschäftigung über mehrere Jahre lasse sich zwingend auf eine entsprechende Vereinbarung über die Leistungspflicht schließen.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde beiden Berufungen stattgegeben und festgestellt, dass die Tätigkeit der Erstmitbeteiligten bei der beschwerdeführenden Gesellschaft während näher genannter Zeiträume vom 3. Jänner 1989 bis 23. August 1994 gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei. Nach einer Darstellung des bisherigen Verfahrensganges und der durchgeführten Ermittlungen sowie nach einem Hinweis auf die angewendeten Rechtsvorschriften hielt die

belangte Behörde "hinsichtlich des Sachverhaltes ... und

der Beweiswürdigung" Folgendes fest:

"Unbestrittenmaßen war (die Erstmitbeteiligte) als Expeditarbeiterin bei (der beschwerdeführenden Gesellschaft) tätig, ihre Aufgabe bestand in Einlege- und Klebearbeiten, wobei die Arbeitsleistung von einem Vorarbeiter kontrolliert wurde. Die Ausübung dieser Kontrolle durch einen Vorarbeiter wurde im Verfahren von (der beschwerdeführenden Gesellschaft) selbst zugegeben. Bei (der beschwerdeführenden Gesellschaft) gab es einen Tag- und Nachdienst, wobei es für den Nachdienst Arbeitslisten gab, worin die Arbeitstage und Arbeitszeiten festgelegt waren. Diese für den Nachdienst aufgestellten Arbeitspläne wurden wöchentlich im vorhinein bestimmt. Diese Feststellungen basierten auf dem jeweils zu erwartenden Auftragsvolumen. Der Leiter des Tagesexpedits oder dessen Stellvertreter erhielt von den Leitern des Nachexpedits einige Tage vor Durchführung der Einlegearbeiten die Listen, auf denen die vom Tagdienst noch durchzuführenden Arbeiten angegeben waren. Diese Listen wurden spätestens am Montag für die gesamte Woche, oft aber auch schon am Freitag oder Samstag für die Folgewoche ausgegeben. Die Einlege- und Klebearbeiten gab es, wenngleich nicht täglich, so aber doch jede Woche. Die Entlohnung bezog sich auf die Stückzahlen, also z.B. auf die eingelegten Zeitungsbeilagen, und betrug S 130,-- für 1000 Stück. Die Entlohnung der (Erstmitbeteiligten) erfolgte wöchentlich; anhand der wöchentlich durchgeführten Abrechnung erfolgte die Ermittlung der Arbeitstage. Tatsächlich war (die Erstmitbeteiligte) regelmäßig tätig. Wie (die beschwerdeführende Gesellschaft) selbst vorbringt, hängt die Arbeitseinteilung von dem zu erwartenden Auftragsvolumen ab und kommt dadurch deutlich zum Ausdruck, dass die Einteilung der Expediteure nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers erfolgte. Wie aus der mit (der Erstmitbeteiligten) am 12.8.1997 aufgenommenen Niederschrift folgt, wurde die Genannte jede Woche von (der beschwerdeführenden

Gesellschaft) angerufen. Daß die Tätigkeit auf die Bedürfnisse der (beschwerdeführenden Gesellschaft) ausgerichtet war, wird auch dadurch untermauert, daß (die Erstmitbeteiligte) im Rahmen der zitierten Niederschrift folgendes angab: 'Gab es viel Arbeit, wurde mir schon am Freitag gesagt, ich solle mir für die nächste Woche nichts vornehmen. Ich habe in so einem Fall dann täglich gearbeitet'. Die (Erstmitbeteiligte) war persönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet. Das regelmäßige Tätigwerden durch (die Erstmitbeteiligte) untermauert, daß sie nicht berechtigt war, die Arbeitsleistung nach eigenem Gutdünken abzulehnen. Es kommt im gesamten Verfahren kein plausibler Grund hervor, der auf ein willkürliches Ablehnungsrecht schließen lässt."

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung hat die belangte Behörde noch folgende Feststellungen nachgetragen:

"..., daß die Einlege- und Klebearbeiten in jeder Woche des Jahres durchzuführen waren und die (Erstmitbeteiligte) diesbezüglich laufend kontaktiert wurde. Die (beschwerdeführende Gesellschaft) ist davon ausgegangen, daß (die Erstmitbeteiligte) ihre Arbeitskraft regelmäßig zur Verfügung stellt, und hat die (Erstmitbeteiligte) damit rechnen können, laufend für (die beschwerdeführende Gesellschaft) die Einlege- und Klebearbeiten durchführen zu können. Hätte die (Erstmitbeteiligte) ihre Arbeitskraft nicht regelmäßig zur Verfügung gestellt, so hätten sich die wöchentlichen und somit regelmäßigen Anrufe von (der beschwerdeführenden Gesellschaft) erübriggt. Die (Erstmitbeteiligte) war auch tatsächlich in der streitgegenständlichen Zeit an sehr vielen Tagen des Jahres für (die beschwerdeführende Gesellschaft) tätig. Es wurde stets eine gewisse Intensität der Arbeitsleistungen der (Erstmitbeteiligten) aufrecht erhalten."

In rechtlicher Hinsicht kam die belangte Behörde zu dem Ergebnis, dass zwischen der Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Gesellschaft eine wiederkehrende Leistungspflicht schlüssig vereinbart worden sei. Das regelmäßige Tätigwerden einerseits und die Entgelteleistungen andererseits seien als Hinweis auf ein ernstlich gewolltes Beschäftigungsverhältnis zu werten. Auf Grund dieses Verhaltens beider Parteien gebe es keinen vernünftigen Grund zu bezweifeln, dass das in Rede stehende Beschäftigungsverhältnis auf wiederkehrende Leistungspflicht gerichtet gewesen sei. Im Übrigen lägen keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen wirtschaftlicher oder soziale Gründe vor, die eine Befristung des Dienstvertrages mit einzelnen Tagen rechtfertigten, weshalb die wiederholten Befristungsabreden als sachlich nicht gerechtfertigt und gemäß § 879 ABGB als nichtig zu betrachten seien und von einem durchgehenden Dienstverhältnis auszugehen sei. Zu diesem Ergebnis gelange man auch bei Anwendung des § 539a ASVG.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen. Die Erstmitbeteiligte sowie die mitbeteiligte Pensionsversicherungsanstalt haben Gegenschriften erstattet, in denen sie die Abweisung der Beschwerde beantragen. Die fünftmitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt hat erklärt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand zu nehmen; die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Soweit die belangte Behörde in Abänderung des Bescheides des Landeshauptmannes von Wien vom 24. Oktober 1997 die Versicherungspflicht der Erstmitbeteiligten auf Grund ihrer Tätigkeit bei der beschwerdeführenden Gesellschaft während des Zeitraumes vom 3. Jänner bis 31. August 1989 feststellte, hat sie nicht beachtet, dass der genannte Bescheid des Landeshauptmannes von Wien nicht über die Versicherungspflicht der Erstmitbeteiligten auf Grund ihrer Beschäftigung bei der beschwerdeführenden Gesellschaft, sondern auf Grund ihrer Beschäftigung bei der M. Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG, somit bei einem anderen Dienstgeber, abgesprochen hat. Daran ändert auch die in Durchführung eines Realteilungsvertrages vom 5. März 2001 (am 28. März 2001 ins Firmenbuch eingetragene) erfolgte Übernahme des Betriebes der M. Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG durch die beschwerdeführende Gesellschaft schon deshalb nichts, weil letztere dadurch nicht Dienstgeberin der Erstmitbeteiligten vom 3. Jänner bis 31. August 1989 geworden sein konnte. Insoweit die belangte Behörde somit den Bescheidadressaten ausgewechselt hat, ist der angefochtene Bescheid schon aus diesen Gründen mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet und war gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Soweit der angefochtene Bescheid nicht bereits aus dem soeben erwähnten Grund aufzuheben war, 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).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung kann der belangten Behörde an sich nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn sie den von ihr festgestellten Sachverhalt, insbesondere die ständig wiederkehrenden Leistungen der Erstmitbeteiligten für die beschwerdeführende Gesellschaft über einen langen Zeitraum, als Indiz für eine im Vorhinein zumindest schlüssig vereinbarte Leistungspflicht der Erstmitbeteiligten gewertet hat. Auf ein solches Indiz allein lassen

sich Feststellungen aber dann nicht gründen, wenn das Verfahren auch Beweisergebnisse hervorgebracht hat, die in eine andere Richtung deuten. Das ist hier der Fall; insoweit sind die Feststellungen im angefochtenen Bescheid unvollständig. Sie sind auch auf Grund eines mangelhaften Verfahrens zustande gekommen:

Wie die beschwerdeführende Gesellschaft in der Beschwerde zu Recht aufzeigt, hat sich die belangte Behörde mit den Verfahrensergebnissen nicht ausreichend auseinander gesetzt. Bereits in ihren Einsprüchen brachte die beschwerdeführende Gesellschaft vor, der Erstmitbeteiligten sei es frei gestanden, angebotene Arbeiten sanktionslos abzulehnen.

Zur Ablehnungsmöglichkeit stellte der Verwaltungsgerichtshof in dem einen Botenfahrer betreffenden Erkenntnis vom 10. November 1998, Zl. 96/08/0255, klar, dass die Verneinung eines durchgehenden sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses wegen der Möglichkeit der sanktionslosen Ablehnung einzelner Arbeitsleistungen nicht ausschließe, dass während der wiederkehrenden kurzfristigen tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen jeweils tageweise versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zu Stande kommen könnten, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden tageweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist. Damit wird auch die Unterscheidung zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen Ablehnungsrecht, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, deutlich (vgl. etwa das Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0200, und jüngst das einen Verein, der durch "Laienhelper" Senioren betreut, betreffende Erkenntnis vom 3. April 2001, Zl. 96/08/0202, in dem hervor gehoben wird, dass schon die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung (das heißt im Rahmen einer Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, wodurch er trotz übernommener Gesamtverpflichtung in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von Vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren kann, wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger ausschließe; eine solche Beurteilung eines Rahmenvertrages schließe andererseits die Annahme versicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse während der stunden- bzw. tageweisen Tätigkeit nicht aus). Der Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung, sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, ist insofern die Berechtigung gleichzuhalten, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte vornehmen zu lassen oder sich ohne weitere Verständigung des Vertragspartners zur Verrichtung der bedungenen Arbeitsleistung einer Hilfskraft zu bedienen, als es für den Ausschluss des für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 4 Abs 2 ASVG konstitutiven Merkmals der persönlichen Abhängigkeit eines Beschäftigten schon genügt, wenn ihm nur eine der genannten Berechtigungen zukommt (vgl. das schon erwähnte Erkenntnis vom 19. Juni 1990). In allen Fällen ist aber Voraussetzung für die rechtliche Ausschlusswirkung einer solchen Befugnis in Bezug auf die Annahme des Vorliegens der persönlichen Abhängigkeit, dass eine generelle (dh nicht auf bestimmte Arbeiten, wie zB Schwerarbeiten, oder Ereignisse, wie Krankheit oder Urlaub beschränkte) Befugnis vorliegt (vgl. das Erkenntnis vom 16. Mai 2001, Zl. 96/08/0200).

Die Erstmitbeteiligte hat bei ihrer Aussage bei der Einspruchsbehörde angegeben, sie habe im Verhinderungsfall abgesagt, ohne dass dies zu Sanktionen geführt hätte. Andererseits hat sie auch ausgesagt, sie sei nach einer Krankheit zu Beginn des Jahres 1994 längere Zeit gar nicht und in der Folge nur mehr einmal monatlich angerufen worden; der Expedileiter habe sie deshalb nicht mehr eingeteilt, weil sie nach seiner Meinung offenbar nur dann habe arbeiten wollen, wenn wenig Arbeit angefallen sei.

Es ist nicht erkennbar, dass sich die belangte Behörde vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage (zur Möglichkeit der sanktionslosen Ablehnung von einzelnen (abgerufenen) Arbeitsleistungen) im angefochtenen Bescheid mit dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft und mit allen eben wiedergegebenen Angaben der Erstmitbeteiligten und auch damit, ob und in welcher Form die Parteien einschlägige Vereinbarungen getroffen haben, auseinander gesetzt hätte. Dies wäre aber erforderlich gewesen, weil die persönliche Abhängigkeit der Erstmitbeteiligten dann zu verneinen wäre, wenn keine Verpflichtung bestanden hat, die telefonisch angebotenen Arbeiten tatsächlich anzunehmen. Aus der Tatsache allein, dass die Erstmitbeteiligte in einzelnen Fällen Arbeiten ablehnen konnte und auch abgelehnt hat, lässt sich ein generelles Ablehnungsrecht nicht ableiten.

Die belangte Behörde hätte aber neben den Ermittlungen zu der allenfalls zwischen den Parteien getroffenen näheren Vereinbarung auch solche anzustellen gehabt, aus denen Feststellungen über die Arbeitsorganisation der beschwerdeführenden Gesellschaft hätten getroffen werden können. Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis, Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu können, stünde im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. §§ 539 und 539a ASVG). Anders wäre ein solcher Sachverhalt aber z.B. dann zu beurteilen, wenn der Dienstgeber einfache Aushilfsarbeiten derart organisiert, dass für deren Durchführung mehrere abrufbare Arbeitskräfte zur Verfügung stehen ("Arbeitskräftepool"), und es ihm - nicht zuletzt wegen der Einfachheit der Arbeiten - gleichgültig ist, von welcher - gleichwertigen - Arbeitskraft aus dem potenziell zur Verfügung stehenden Kreis er die Arbeiten verrichten lässt. Steht ihm also die Möglichkeit offen, im Falle der Absage der von ihm in Aussicht genommenen Person, aus dem "Pool" die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen und stehen genügend Arbeitskräfte zur Verfügung, kann der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart wurde oder dem dies bekannt ist, tatsächlich davon ausgehen, einzelne Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu dürfen.

Die belangte Behörde hat sich zudem mit den Behauptungen der beschwerdeführenden Gesellschaft, sie habe keine Verpflichtung gehabt, Leistungen bestimmter Personen abzurufen, und der Aussage der Erstmitbeteiligten, aus der sich eine solche Pflicht der beschwerdeführenden Gesellschaft nicht entnehmen lässt, nicht beschäftigt.

Schon allein das Fehlen dieser wechselseitigen Verpflichtungen (Arbeitspflicht bzw. Beschäftigungspflicht) - sollte dieses festgestellt werden - würde nach der dargestellten Rechtsprechung die Annahme eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses ausschließen. Kommt für die belangte Behörde aber ohne Auseinandersetzung mit den gegenteiligen Behauptungen und mit den erwähnten - wenn auch nicht von ihr selbst erhobenen - Ermittlungsergebnissen "im gesamten Verfahren kein plausibler Grund hervor, der auf ein willkürliches Ablehnungsrecht (der Erstmitbeteiligten) schließen lässt", ist diese Einschätzung nicht nachvollziehbar.

Ebenso wenig kann allein aus der regelmäßigen Tätigkeit der Erstmitbeteiligten auf eine im Vorhinein getroffene Vereinbarung einer periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht geschlossen werden. Einen solchen Schluss hätte die belangte Behörde etwa erst dann ziehen dürfen, wenn sie unter Berücksichtigung der Verfahrensergebnisse keine anders lautende Vereinbarung hätte feststellen können, somit der tatsächliche Ablauf der Beschäftigung zur Beurteilung heranzuziehen gewesen wäre, und überdies konkrete Feststellungen zur Beschäftigungsfrequenz diese Folgerung zugelassen hätten.

Überhaupt hat sich die belangte Behörde in Ansehung der für die entscheidende Rechtsfrage nach der Abgrenzung zwischen fallweiser Beschäftigung und einem durchgehenden Beschäftigungsverhältnis wesentlichen Kriterien - soweit überhaupt in der Bescheidbegründung ein Bezug der Argumente zur Beweiswürdigung hergestellt werden kann - nur mit Teilen der Aussage der Erstmitbeteiligten auseinander gesetzt bzw. - wie eben aufgezeigt - der Aussage widersprechende Feststellungen getroffen, ohne darzulegen, aus welchen Erwägungen sie einen bestimmten Sachverhalt als erwiesen angenommen hat. Dadurch hat die belangte Behörde Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen, bei deren Einhaltung sie zu einem anderen Bescheid hätte kommen können; zudem bedarf der Sachverhalt in wesentlichen Punkten einer Ergänzung. Soweit der angefochtene Bescheid über die Versicherungspflicht auf Grund der Beschäftigung der Erstmitbeteiligten bei der beschwerdeführenden Gesellschaft für Zeiträume zwischen dem 1. September 1989 und dem 23. August 1994 abgesprochen hat, leidet er demnach an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und war gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Im weiteren Verfahren wird die belangte Behörde - unter Berücksichtigung des Parteienvorbringens - zunächst zu erheben haben, was die beschwerdeführende Gesellschaft mit der Erstmitbeteiligten bei Beginn der Tätigkeit (wenn auch nur mündlich) vereinbart hat und auf welche Weise die beschwerdeführende Gesellschaft die Erbringung der Arbeitsleistung organisiert hat; erst auf Grund solcher (in beweiswürdiger Auseinandersetzung mit den gesamten Ermittlungsergebnissen zu treffenden) Feststellungen kann beurteilt werden, ob die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit von der getroffenen Vereinbarung abgewichen ist bzw. ob die Vereinbarung überhaupt den wirtschaftlichen Gegebenheiten (Organisation) der beschwerdeführenden Gesellschaft entspricht.

Abschließend ist zum Verjährungseinwand der beschwerdeführenden Gesellschaft festzuhalten, dass die von ihr herangezogene Bestimmung des § 68 Abs. 1 ASVG das Recht auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen betrifft und auf die Feststellung der Versicherungspflicht nicht anzuwenden ist. Für Letztere sieht das Gesetz

keine Verjährung vor.

Die Entscheidung über den Ersatz der Aufwendungen beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. II Nr. 501/2001. Das auf Ersatz der Stempelgebühren gerichtete Mehrbegehren war wegen der auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden sachlichen Abgabenfreiheit (vgl. § 110 ASVG) abzuweisen.

Wien, am 17. Dezember 2002

**Schlagworte**

Rechtsgrundsätze Verjährung im öffentlichen Recht VwRallg6/6Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:1999080008.X00

**Im RIS seit**

14.04.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

12.11.2014

**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)