jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2002/6/5 2001/08/0107

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 05.06.2002

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
32/02 Steuern vom Einkommen und Ertrag;
40/01 Verwaltungsverfahren;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

Norm

ABGB §1151;
ASVG §21 Abs3;
ASVG §21;
ASVG §4 Abs1 Z1;
ASVG §4 Abs1;
ASVG §4 Abs2 idF 1997/I/139;
ASVG §4 Abs2 idF 1998/I/138;
ASVG §4 Abs2;
ASVG §4 Abs3;
ASVG §4 Abs4;
ASVG §4 Abs5;
ASVG §4 Abs6;
ASVG;
AVG §56;
BKUVG §19 Abs1 Z1 litf;
EStG 1988 §22 Z2;
EStG 1988 §25 Abs1 Z1 litb;
EStG 1988 §47 Abs1;
EStG 1988 §47 Abs2;
FSVG §2 Abs1;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2001/08/0135 Serie (erledigt im gleichen Sinn):2002/08/0203 E 7. September 2005 2002/08/0204 E 7. September 2005

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerden der Wiener Gebietskrankenkasse in Wien, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30, gegen die Bescheide des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen, und zwar 1. (hg. Zl. 2001/08/0107) vom 7. Mai 2001, Zl. 127.919/1- 7/01, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG vom 1. Juli 1996 bis 31. Dezember 1996, 2. (hg. Zl. 2001/08/0135) vom 13. Juni 2001, Zl. 127.919/2-7/01, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG ab dem 1. Jänner 1997 (jeweils mitbeteiligte Parteien: 1. Verlag X in W, vertreten durch Dr. Stefan Langer, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, 2. Dr. H in W,

3. Arbeitsmarktservice Wien, Landesgeschäftsstelle, 1010 Wien, Weihburggasse 30, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65,

5. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.816,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

A.

Die erstmitbeteiligte Verlagsgesellschaft schloss mit dem Zweitmitbeteiligten am 25. Jänner 1996 nachstehende Vereinbarung:

"Werkvertrag

abgeschlossen zwischen ... (Erstmitbeteiligte) und Herrn

(Zweitmitbeteiligten).

I.

1. Herr (Zweitmitbeteiligter) ist für die von der B.

Gesellschaft und dem ... (Erstmitbeteiligter) gemeinsam

herausgegebene Fachzeitschrift ... als Schriftleiter tätig. Seine

Tätigkeit umfasst die Beurteilung von eingereichten Manuskripten

im Fachbereich Bankrecht, die Erstattung von Gutachten über die

Publikationstauglichkeit, die Auswahl und das Einrichten zu

veröffentlichender Entscheidungen, über Ersuchen der Redaktion zur

fachlichen Diskussion auch die Kontaktnahme mit den Autoren selbst

sowie die Akquisition von Fachbeiträgen.

2. Herr ... (Zweitmitbeteiligter) ist hinsichtlich der

sonstigen Verwertung seiner Arbeitskraft in selbstständiger oder

unselbstständiger Form nicht gebunden; allfällige

Interessenskollisionen mit der Tätigkeit als Schriftleiter des

.... sind jedoch von ihm zu berücksichtigen.

3. Herr ... (Zweitmitbeteiligter) ist an keine bestimmte

Arbeitszeit und keinen bestimmten Dienstort gebunden.

II.

1. Für seine Tätigkeit im Jahr 1996 erhält Herr ... (Zweitmitbeteiligter) ein Basishonorar von öS 30.000,-- zuzüglich MWSt.

Für jeden begutachteten Beitrag erhält Herr ... (Zweitmitbeteiligter) zusätzlich ein Honorar von je öS 1.500,-- zuzüglich MWSt., für jede veröffentlichte Entscheidung ein Honorar von je öS 500,-- zuzüglich MWSt. Die Beträge werden quartalsmäßig im Nachhinein ausgezahlt.

2. Da es sich vorliegend um einen Werkvertrag handelt,

erfolgt weder ein Abzug von Lohnsteuer, noch eine Anmeldung zur

Sozialversicherung. Herr ... (Zweitmitbeteiligter) wird vielmehr

die auf das Einkommen gemäß dem vorliegenden Werkvertrag

entfallenden Steuern und Abgaben (insbesondere Einkommensteuer)

selbst entrichten. Für den Fall, dass von der Steuerbehörde der

vorliegende Werkvertrag anders qualifiziert werden sollte,

verpflichtet sich Herr ... (Zweitmitbeteiligter), die

ordnungsgemäße Abfuhr der auf das vertragsgemäße Einkommen

entfallenden Steuern nachzuweisen.

Sofern von der Sozialversicherung ein

sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis festgestellt

werden sollte, verpflichtet sich Herr ... (Zweitmitbeteiligter),

den auf ihn entfallenden Dienstnehmeranteil der

Sozialversicherungsbeiträge des ... (Erstmitbeteiligte) innerhalb

angemessener Frist nach Rechtskraft des Bescheides zu refundieren.

III.

Herr ... (Zweitmitbeteiligter) hat über alle ihm in

Erledigung des Werkvertrages bekannt werdenden Angelegenheiten des Verlages (Erstmitbeteiligte) und der (B. Gesellschaft) strikte Verschwiegenheit zu bewahren.

IV.

Der vorliegende Werkvertrag, der rückwirkend mit 1.1.1996 in Kraft tritt, wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann entweder einvernehmlich jeder Zeit gelöst werden oder durch Kündigung eines der Vertragsteile jeweils am 30. Juni bzw. 31. Dezember unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist beendet werden. Abänderungen des vorliegenden Vertrages bedürfen der schriftlichen Bestätigung."

In dem an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben vom 3. Dezember 1996 führte der Zweitmitbeteiligte aus, er sei hauptberuflich Universitätsprofessor. Daneben sei er bei der Erstmitbeteiligten auf Grund eines freien Dienstvertrages als Mitherausgeber einer juristischen Zeitschrift tätig. Für seine Herausgebertätigkeit erhalte er jährlich ein Fixum von S 30.000,-- und überdies für jeden bei der Zeitschrift von anderen Autoren eingereichten Beitrag, den er als Herausgeber auf seine Veröffentlichungswürdigkeit überprüfe, S 1.500,--.

Fallweise verfasse er auf eigene Initiative Fachaufsätze und Besprechungen von oberstgerichtlichen Entscheidungen, die er verschiedenen Zeitschriften anbiete. Zwischen der Erstmitbeteiligten und ihm bestehe keine Vereinbarung, auf Grund derer er zur Einreichung von Aufsätzen oder zur Besprechung von Entscheidungen verpflichtet wäre. Die zur Veröffentlichung angenommenen Beiträge würden von der Erstmitbeteiligten nach dem für alle Autoren geltenden Honorarsätze, die bloß einem Anerkennungshonorar entsprechen würden, entlohnt.

Die Erstmitbeteiligte rechne Honorare aus seiner Herausgebertätigkeit und die Honorare für seine Fachbeiträge zusammen und führe davon Sozialversicherungsbeiträge ab. Er halte diese Vorgangsweise nicht für richtig und ersuche um bescheidmäßige Bestätigung, dass 1. die Veröffentlichung von Fachaufsätzen nicht versicherungspflichtig sei, weil

weder ein Auftragsverhältnis noch eine dienstnehmerähnliche Tätigkeit vorliege; 2. das Honorar für seine Herausgeberschaft (freier Dienstvertrag) und das Honorar für die Veröffentlichung nicht zusammenrechenbar seien, weil zwei völlig getrennte Tätigkeiten vorlägen.

Die Beschwerdeführerin ersuchte den Zweitmitbeteiligten um Beantwortung der in einem ihm übermittelten Auskunftsbogen für Dienst- bzw. Auftragnehmer vorgesehenen Fragen. Der Zweitmitbeteiligte kam diesem Ersuchen nach. Die Frage 1 (Welche Art von Leistungen regelt die von ihnen abgeschlossene Vereinbarung?) beantwortete er mit "Herstellung eines Werkes" und führte ergänzend dazu aus:

"Schriftleiter des B...: Auswahl der Aufsätze und Entscheidungen; Einrichten der Entscheidungen, Verfassen von Leitsätzen; Zusammenstellung der Hefte".

In Beantwortung der Frage 16 (Müssen Sie die vertraglich vereinbarte Dienstleistung persönlich erbringen?), führte er aus, "nicht alle; Korrekturlesen und Einrichten der Entscheidungen dürfte ich auch übertragen". In der Beantwortung zur Frage nach einer Vertretungsmöglichkeit verwies er auf diese Antwort. Er bejahte die Frage, ob er gewisse Tätigkeiten bzw. die Aufnahme der Beschäftigung sanktionslos ablehnen könne.

Die Erstmitbeteiligte bestätigte mit Schreiben vom 11. Februar 1997 an die Beschwerdeführerin die Richtigkeit der Antworten des Zweitmitbeteiligten.

B.

1. Mit Bescheid vom 18. Mai 2000 sprach die Beschwerdeführerin einerseits aus, der Zweitmitbeteiligte unterliege auf Grund seiner Tätigkeit als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. Dezember 1996 der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG; als Verfasser von Artikeln unterliege der Zweitmitbeteiligte nicht der Voll-(Kranken- , Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG. Andererseits werde festgestellt, dass der Zweitmitbeteiligte bezüglich der genannten Tätigkeiten weder der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht auf Grund einer regelmäßigen dienstnehmerähnlichen Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 5 ASVG unterliege noch in einem die Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß§ 4 Abs. 1 ASVG in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ASVG und die Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG begründenden Beschäftigungsverhältnis stehe.

In der Begründung ging die Beschwerdeführerin nach einer Darstellung des Verwaltungsgeschehens von folgendem Sachverhalt aus:

Der Zweitmitbeteiligte sei vom 1. Juli bis 31. Dezember 1996 als Schriftleiter für den Dienstgeber (Erstmitbeteiligte) tätig gewesen. Als Entgelt habe er jährlich ein Fixum von S 30.000,-- und einen Betrag von S 1.500,-- pro begutachtetem Beitrag erhalten. Der Zweitmitbeteiligte habe sich von geeigneten Ersatzleuten vertreten lassen und einzelne Aufträge sanktionslos ablehnen können. Darüber hinaus habe der Zweitmitbeteiligte verschiedenen Fachzeitschriften Artikel zur Veröffentlichung angeboten, ohne dazu beauftragt worden zu sein.

Beweiswürdigend führte die Beschwerdeführerin aus, die Angaben des Zweitmitbeteiligten seien glaubwürdig; sie seien von der Erstmitbeteiligten bestätigt worden und deckten sich inhaltlich mit den vorgelegten Urkunden.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die Beschwerdeführerin aus, bezüglich des Anbietens von Artikeln zur Veröffentlichung sei davon auszugehen, dass diese ohne eine Verpflichtung hiezu erstellt worden seien. Diese Tätigkeit sei daher unter keinen die Versicherungspflicht auslösenden Tatbestand des ASVG zu subsumieren.

Die Schriftleitertätigkeit sei nicht als ein die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG anzusehen, weil der Zweitmitbeteiligte die Tätigkeit ohne persönliche Arbeitspflicht ausübe und, mit Ausnahme der jeweils in der Natur der Sache liegenden Einschränkungen, keinem Weisungsrecht bzw. keiner laufenden Kontrolle in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten unterworfen worden war und somit die von ihm ausgeübte Tätigkeit die Wesensmerkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht aufweise.

Weiters liege keine die Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 5 ASVG in der FassungBGBl. Nr. 411/1996 begründende dienstnehmerähnliche Tätigkeit vor, weil kein Werk geschuldet worden sei.

Die Vereinbarung sei als freier Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 zu qualifizieren, weil sie auf eine in einem unbestimmten Zeitraum zu erbringende Dienstleistung und nicht ausschließlich auf den Erfolg der Arbeitsleistung, nämlich auf die Herstellung eines Werkes, abgestellt habe.

Da die Höhe des Entgeltes zum Zeitpunkt des Beginnes der Pflichtversicherung, nämlich dem 1. Juli 1996, nicht festgestanden sei, sei gemäß § 5a Abs. 2 Z. 2 ASVG in der Fassung BGBl. Nr. 600/1996, die Versicherungsgrenze des § 5a Abs. 1 ASVG nicht anzuwenden.

Die Erstmitbeteiligte erhob Einspruch. Darin führte sie aus, die Tätigkeit des Zweitmitbeteiligten als Schriftleiter umfasse jene Leistungen, die Herausgeber fachwissenschaftlicher Zeitschriften üblicherweise erbringen. Strittig sei, ob diese Tätigkeiten den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen des freien Dienstvertrages unterliegen oder ob sie ein Werkvertragsverhältnis begründen. Der Zweitmitbeteiligte erbringe seine Leistungen im Rahmen eines Werkvertrages. Die Voraussetzungen eines freien Dienstvertrages fehlten. Die Einzelleistungen des Zweitmitbeteiligten würden nicht durch die Erstmitbeteiligte konkretisiert, eine vertraglich eingeräumte Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Zweitmitbeteiligten stehe nicht im Vordergrund. Wesentlich sei die Herausgabe der Zeitschrift und damit die Zusammenstellung und insbesondere die Begutachtung von Fachbeiträgen, deren Auswahl der Zweitmitbeteiligte vornehme. Daraus ergebe sich, dass der Zweitmitbeteiligte der bestimmende Part der Geschäftsbeziehung sei. Im Vordergrund stehe die Lieferung bzw. die Zurverfügungstellung bereits druckreifer Artikel. Der Zweitmitbeteiligte schulde nicht seine Arbeitskraft in Form eines ständigen Bemühens, sondern die Herausgabe der Zeitschrift bzw. die Begutachtung von Artikeln, was jedes für sich die Erfüllung eines Zielschuldverhältnisses darstelle.

Die Höhe des Entgelts bestimme sich auf Grund der Anzahl der begutachteten und veröffentlichten Fachbeiträge. Die Bestimmungen des § 4 Abs. 4 ASVG kämen daher nicht zur Anwendung.

Die Beschwerdeführerin legte den Einspruch dem Landeshauptmann von Wien vor. Im Begleitschreiben vom 31. Jänner 2001 führte sie zu den Ausführungen im Einspruch aus, von einem Werkvertrag könne keine Rede sein, weil nicht von vornherein nur eine einzelne Leistung geschuldet werde. Würde man davon ausgehen, dass jede Ausgabe der Zeitschrift ein abgeschlossenes Werk darstelle, so läge eine rechtlich unzulässige Aneinanderreihung von Werken vor. Die Tätigkeit des Zweitmitbeteiligten sei jedoch mit der Herausgabe einer einzigen Ausgabe der Zeitschrift nicht beendet.

Die Einspruchsbehörde wies mit Bescheid vom 13. Februar 2001 den Einspruch als unbegründet ab und bestätigte den bekämpften Bescheid. In der Begründung führte sie aus, es sei ausschließlich strittig, ob der Zweitmitbeteiligte als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte im gegenständlichen Zeitraum der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 unterliege.

Unstrittig sei, dass die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Beschäftigungsverhältnisses des Zweitmitbeteiligten nicht gegeben seien und auch nicht überwögen. Es sei daher zu prüfen, ob allenfalls ein freier Dienstvertrag im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vorgelegen habe. Von einem solchen sei dann zu sprechen, wenn sich der Dienstnehmer gegen Entgelt auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für einen Dienstgeber verpflichtet habe, die Kriterien der persönlichen Abhängigkeit jedoch nicht gegeben seien. Entscheidend sei, dass nicht von vornherein eine einzelne Leistung geschuldet werde, deren Durchführung die Pflicht des Schuldners abschließend erfülle (Werkvertrag), sondern dass Dienste einer mehr oder weniger bestimmten Art für eine von vornherein befristete oder aber für eine unbestimmte Dauer geschuldet werden (Dienstvertrag). Die Einspruchsbehörde sei der Auffassung, dass es sich bei der Tätigkeit des Zweitmitbeteiligten um einen freien Dienstvertrag handle, weil nicht ein in sich abgeschlossenes Werk, sondern auf unbestimmte Zeit vereinbarte, gattungsmäßig bestimmte, Dienstleistungen geschuldet worden seien.

Zu den Einwendungen der Erstmitbeteiligten sei zu sagen, dass ein Werkvertrag sich gegenüber dem Dienstvertrag dadurch auszeichne, dass er auf das Ergebnis der Arbeitsleistung abstelle, also eine in sich geschlossene Einheit bilde. Im Beschwerdefall ergebe sich auf Grund der abgeschlossenen Vereinbarung eindeutig, dass die Tätigkeit auf Dauer angelegt sei und nicht ein einmal zu erbringendes in sich geschlossenes Werk zum Inhalt habe. Es liege daher ein freier Dienstvertrag, der die Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG begründe, vor.

Die Erstmitbeteiligte erhob (eine nicht in den Verwaltungsakten einliegende) Berufung.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof zur Zl. 2001/08/0107 angefochtenen Bescheid gab die belangte

Behörde der Berufung Folge und sprach aus, dass der Zweitmitbeteiligte als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. Dezember 1996 nicht der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG sondern gemäß § 4 Abs. 5 ASVG unterlegen sei. In der Begründung stellte die belangte Behörde nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzeszitaten folgenden Sachverhalt fest:

Der Zweitmitbeteiligte, hauptberuflich ein Universitätsprofessor, sei nebenberuflich für die Erstmitbeteiligte tätig. Die Erstmitbeteiligte und die B. Gesellschaft seien Herausgeber einer Fachzeitschrift. Eine zwischen dem Zweitmitbeteiligten und der Erstmitbeteiligten als "Werkvertrag" bezeichnete schriftliche Rahmenvereinbarung lege "die allgemeinen Geschäftsbedingungen" für Schriftleiter fest. Demnach umfasse die Tätigkeit als Schriftleiter die Beurteilung von eingereichten Manuskripten, die Erstattung von Gutachten über die Publikationstauglichkeit, die Auswahl und das Einrichten zu veröffentlichender Entscheidungen, über Ersuchen der Redaktion zur fachlichen Diskussion die Kontaktaufnahme mit den Autoren sowie die Akquisition von Fachbeiträgen. Der Zweitmitbeteiligte erhalte für diese Tätigkeit jährlich einen Fixbetrag von S 30.000,-- und einen Betrag von S 1.500,-- zuzüglich USt pro begutachteten Beitrag sowie für jede veröffentlichte Entscheidung S 500,--. Der Zweitmitbeteiligte liefere den bereits fertigen Inhalt zwecks Veröffentlichung in der Fachzeitschrift. Er sei nicht in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig. Auf Grund des Werkvertrages treffe den Zweitmitbeteiligten keine Verpflichtung zu irgendeiner Leistung.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, strittig sei, ob der Zweitmitbeteiligte als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte im gegenständlichen Zeitraum der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG oder gemäß § 4 Abs. 5 ASVG unterliege. Auch bei freien Dienstverhältnissen handle es sich grundsätzlich um Dauerschuldverhältnisse. Der Vertragsinhalt bestehe in der Erbringung von Dienstleistungen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, wobei der freie Dienstnehmer nur lediglich der Art nach bestimmte Dienstleistungen und das Bemühen um den Erfolg schulde, nicht jedoch einen bestimmten Erfolg selbst. Der Werkvertrag dagegen habe im Wesentlichen die Verpflichtung zur Erbringung einer schon im Vertrag individualisierten bzw. konkretisierten Leistung an einer in sich geschlossenen Einheit zum Gegenstand. Der Werkvertrag ende in der Regel durch Erbringung der vertragsmäßig geschuldeten Leistung. Da sowohl der freie Dienstnehmer als auch der Werknehmer persönlich und selbstständig tätig werde, seien zur Abgrenzung zwischen diesen Vertragstypen in erster Linie die Kriterien der Dauer und der Gegenstand der Leistung heranzuziehen.

Die als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung stelle nur die Rahmenbedingung einschließlich einer bloßen Entgeltzusage für künftig abzuschließende Einzelverträge fest. Diese Rahmenvereinbarung verpflichte jedoch weder die Erstmitbeteiligte noch den Zweitmitbeteiligten. Nach den Feststellungen gebe es keine Verpflichtung des Zweitmitbeteiligten zur fortlaufenden Tätigkeit. Die Erstmitbeteiligte habe keine rechtliche Möglichkeit, ein Tätigwerden des Zweitmitbeteiligten zu erzwingen bzw. ein Nichttätigwerden rechtlich zu sanktionieren. Der Zweitmitbeteiligte und die Erstmitbeteiligte seien zwar an einer fortlaufenden Geschäftsbeziehung interessiert, dies ändere jedoch nichts daran, dass der Zweitmitbeteiligte an einer rechtlichbindenden Verpflichtung offenbar nicht interessiert sei und die erstmitbeteiligte dies akzeptiert habe. Sollte die hauptberufliche Beschäftigung des Zweitmitbeteiligten eine Tätigkeit für die Erstmitbeteiligte nicht ermöglichen, wäre er zur Beendigung dieser Tätigkeit jederzeit sanktionslos in der Lage. In der Übermittlung (ergänze: von begutachteten Beiträgen und Entscheidungen) durch den Zweitmitbeteiligten sei das Anbot zum Abschluss eines Werkvertrages zu sehen. Die Annahme des Vertragsanbotes erfolge erst durch die Veröffentlichung durch die Erstmitbeteiligte. Der Zweitmitbeteiligte sei grundsätzlich nicht verpflichtet, fortlaufend nur gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen. Die zwischen dem Zweitmitbeteiligten und der Erstmitbeteiligten zu Stande gekommene Vereinbarung habe die Lieferung des bereits fertigen Inhaltes zwecks dessen Veröffentlichung in der Fachzeitschrift zum Gegenstand. Die Verpflichtung zur Honorarleistung durch die Erstmitbeteiligte ergebe sich aus der "Übermittlung" (ergänze: der begutachteten Beiträge). In der Tätigkeit des Zweitmitbeteiligten könne eine ausreichend konkretisierte, in sich geschlossene Einheit gesehen werden, die zum Gegenstand eines Werkvertrages gemacht werden könne.

Gemäß § 4 Abs. 5 ASVG in der Fassung BGBl. Nr. 411/1996, in Geltung gestanden bis zum 23. April 1997, seien dienstnehmerähnliche Personen versichert gewesen. Die zur Beurteilung der Dienstnehmerähnlichkeit zu prüfende Regelmäßigkeit der Beschäftigung sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn mit diesem Auftraggeber innerhalb der

letzten sechs vor dem Abschluss der Vereinbarung liegenden aufeinander folgenden Kalendermonate, wobei der Kalendermonat der Vereinbarung mitzuzählen sei, mehr als drei Vereinbarungen abgeschlossen worden seien. Da die in Rede stehende Zeitschrift monatlich erscheine, liege der Tatbestand des § 4 Abs. 5 ASVG vor.

2. Mit Bescheid vom 30. Jänner 2001 sprach die Beschwerdeführerin einerseits aus, der Zweitmitbeteiligte unterliege auf Grund seiner Tätigkeit als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte auch ab 1. Jänner 1997 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG. Andererseits werde festgestellt, dass der Zweitmitbeteiligte bezüglich der genannten Tätigkeiten weder der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht auf Grund einer regelmäßigen dienstnehmerähnlichen Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 5 ASVG in der Fassung BGBl. Nr. 411/1996 unterliege, noch ein einem die Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG und die Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG begründenden Beschäftigungsverhältnis stehe.

In der Begründung stellte die Beschwerdeführerin zunächst das Verwaltungsgeschehen bis zur Erlassung ihres Bescheides vom 18. Mai 2000 dar und führte nach Hinweis auf diesen Bescheid aus, der Zweitmitbeteiligte habe seine Tätigkeit mit 31. Dezember 1996 nicht beendet. Der Geschäftsführer der Erstmitbeteiligten habe anlässlich einer mit ihm aufgenommenen Niederschrift am 8. September 2000 angegeben, der Zweitmitbeteiligte sei ab 1996 als Schriftleiter tätig. Seine Tätigkeit umfasse die Beurteilung von Manuskripten, Erstattung von Gutachten, die Auswahl und das Einrichten von Entscheidungen und eventuelle Kontaktaufnahme mit den Autoren. Nach Auffassung der Erstmitbeteiligten liege der Tätigkeit ein Werkvertrag zu Grunde; entsprechende Honorarnoten seien vorgelegt worden.

Im Erwägungsteil führte die Beschwerdeführerin aus, die von der Erstmitbeteiligten bestätigten Angaben des Zweitmitbeteiligten seien glaubwürdig. Die Angaben deckten sich inhaltlich mit den vorliegenden Urkunden. Demnach sei der Zweitmitbeteiligte auch ab 1. Jänner 1997 als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte tätig. Er könne sich hiebei von geeigneten Ersatzleuten vertreten lassen und einzelne Aufträge sanktionslos ablehnen. Darüber hinaus biete der Zweitmitbeteiligte verschiedenen Fachzeitschriften Artikel zur Veröffentlichung an, ohne dazu beauftragt worden zu sein. Die Schriftleitertätigkeit sei nicht als ein die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG anzusehen, weil der Zweitmitbeteiligte die Tätigkeit ohne persönliche Arbeitspflicht ausübe und mit Ausnahme der jeweils in der Natur der Sache liegenden Einschränkungen keinem Weisungsrecht bzw. keiner laufenden Kontrolle im Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten unterworfen sei. Die vom Zweitmitbeteiligten ausgeübte Tätigkeit weise die Wesensmerkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht auf.

Es liege auch keine die Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 5 ASVG begründende dienstnehmerähnliche Tätigkeit vor, weil kein Werk geschuldet werde.

Die Vereinbarung sei als freier Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren, weil sie auf eine in einem unbestimmten Zeitraum zu erbringende Dienstleistung und nicht ausschließlich auf den Erfolg der Arbeitsleistung abstelle.

In dem dagegen erhobenen Einspruch führte die Erstmitbeteiligte unter Hinweis auf die Tätigkeitsbeschreibung unter Punkt I.1. des Werkvertrages aus, im Vordergrund stehe die Herausgabe der Zeitschrift und damit die Zusammenstellung und insbesondere die Begutachtung von Fachbeiträgen. Die von der Erstmitbeteiligten honorierte Leistung bestehe in nicht unerheblichem Ausmaß in der Duldung der Verwendung des Namens des Zweitmitbeteiligten als international anerkannten Wissenschafters von höchstem Rang. Durch das Aufscheinen seines Namens in der vorliegenden Zeitschrift werde deren Wert bestimmt. Sollte die vertragliche Vereinbarung Komponenten eines freien Dienstvertrages beinhalten, so überwögen die Elemente des Werkvertrages, soweit nicht überhaupt von einer bloßen Übertragung von Persönlichkeitsrechten auszugehen sei. § 4 Abs. 4 ASVG komme daher nicht zur Anwendung.

Der Landeshauptmann von Wien wies mit Bescheid vom 29. März 2001 den Einspruch als unbegründet ab und bestätigte den bekämpften Bescheid. In der Begründung führte die Einspruchsbehörde aus wie in ihrem Bescheid vom 13. Februar 2001, mit dem der Einspruch der Erstmitbeteiligten gegen den Bescheid der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2000 betreffend den Zeitraum 1. Juli bis 31. Dezember 1996 als unbegründet abgewiesen wurde. Zusammenfassend vertrat sie die Auffassung, aus der gegenständlichen Vereinbarung ergebe sich eindeutig, dass die Tätigkeit des Zweitmitbeteiligten auf Dauer angelegt sei und nicht ein einmal zu erbringendes in sich geschlossenes

Werk zum Inhalt habe. Es liege daher nicht ein Werkvertrag, sondern ein freier Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG vor. Nach der Vereinbarung werde nicht das Zurverfügungstellen des Namens des Zweitmitbeteiligten honoriert, sondern er würde das Entgelt nur für tatsächlich erbrachte Leistungen erhalten.

Die Erstmitbeteiligte erhob Berufung. Darin führte sie aus, die Einspruchsbehörde habe verkannt, dass im Vordergrund die Herausgabe der genannten Zeitschrift stehe. Die Tätigkeit eines Schriftleiters erschöpfe sich nicht in einer Anzahl von aufgezählten Einzelleistungen. Vielmehr sei die Tätigkeit des Schriftleiters auf die Erfüllung eines Zieles gerichtet, nämlich dem Herausgeber jeweils den fertigen Inhalt für die Ausgaben einer Zeitschrift zu liefern. Würde der Schriftleiter ablehnen, weiter als solcher tätig zu sein, oder würde er die Zielvorstellungen des Herausgebers bzw. des Lesers nicht erfüllen, müsste abgesehen von Gewährleistungsansprüchen der Auftrag zur Sammlung und Sichtung des möglichen Inhaltes und der Lieferung der weiteren Ausgaben einem anderen Schriftleiter übertragen werden. Das Entgelt dieser nebenberuflichen Tätigkeit stelle außerdem in nicht unbeträchtlichem Ausmaß Entgelt dafür dar, dass der Name des Zweitmitbeteiligten für Inhalt und Qualität der Zeitschrift bürgte und dieser dadurch Renommee verschaffe. Dass das Honorar auch Entgelt für die Verwertung von Persönlichkeitsrechten sei, werde zwar im Werkvertrag nicht gesondert angeführt. Es komme aber dadurch zum Ausdruck, dass im Werkvertrag zwar einerseits das Honorar für die Lieferung des Inhaltes der fertigen Zeitschrift anhand der mit dieser Lieferung notwendigen Einzelleistungen bemessen werde, andererseits aber auch ein Pauschalhonorar vorgesehen sei. Dem gegenständlichen Vertragsverhältnis liege daher ein Zielschuldverhältnis zu Grunde.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof zur Zl. 2001/08/0135 angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge und sprach aus, dass der Zweitmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte ab 1. Jänner 1997 nicht der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliege (Punkt 1.), weiters dass der Zweitmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Schriftleiter für die Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Jänner 1997 bis 22. April 1997 der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 5 ASVG (Punkt 2.) und ab 23. April 1997 nicht der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 5 ASVG (Punkt 3.) unterliege. In der Begründung führte die belangte Behörde aus, wie in ihrem Bescheid vom 7. Mai 2001.

C.

Gegen diese Bescheide richten sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden Beschwerden mit dem Begehren, sie kostenpflichtig aufzuheben. Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihrem Recht verletzt, festzustellen, dass der Zweitmitbeteiligte als Schriftleiter der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliegt.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte unter Abstandnahme von der Erstattung von Gegenschriften die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden als unbegründet. Die Erstmitbeteiligte erstattete jeweils eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden als unbegründet beantragt.

D.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Verfahren wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges verbunden und darüber erwogen:

Das Bestehen oder Nichtbestehen der Sozialversicherungspflicht ist hinsichtlich der Sach- und der Rechtslage zeitraumbezogen zu beurteilen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 4. Mai 1977, Slg. Nr. 9315/A). Auf den Beschwerdefall sind daher nachstehende - zwischen 1. Juli 1996 und Juni 2001 in Kraft gewesene - Bestimmungen anzuwenden:

Mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201, das in seinem Art. 34 eine Novelle zum ASVG enthält, hat der Gesetzgeber mit Wirksamkeit 1. Juli 1996 zwei Personengruppen neu in die Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG einbezogen, nämlich Personen, "die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu

Dienstleistungen für einen Auftraggeber ... verpflichten, ohne

Dienstnehmer ... zu sein" (§ 4 Abs. 4 ASVG), und Personen, "die auf Grund einer oder mehrerer vertraglichen Vereinbarungen dienstnehmerähnlich ... beschäftigt sind" (§ 4 Abs. 3 Z. 12 leg. cit.).

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

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

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

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

Für die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des Beschäftigten spricht,

1. wenn die menschliche Arbeitsleistung gegenüber dem Einsatz von eigenem Kapital des Beschäftigten im Vordergrund steht;

2. wenn der Beschäftigte seine Leistungen im Wesentlichen nur gegenüber dem Beschäftiger oder einer begrenzten Anzahl von Beschäftigern bzw. gegenüber deren Kunden und mit ihnen wirtschaftlich verflochtenen Unternehmen und nicht gegenüber einer unbegrenzt, ständig wechselnden Anzahl von Beschäftigern erbringt;

3. wenn der Beschäftigte im Zusammenhang mit der Erbringung seiner Leistung über keine nennenswerte eigene unternehmerische Struktur materieller und immaterieller Art verfügt (insbesondere Geschäftsräumlichkeiten, Betriebsmittel, Eintragung im Firmenbuch, kaufmännische Buchführung, Einsatz von Werbemitteln zur Bearbeitung eines allgemeinen Marktes);

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

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

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

Zu den einzelnen Bestimmungen wird Folgendes bemerkt:

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

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

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

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

...

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

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

..."

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

dazu zu lesen:

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

1. Zunächst ist vom Versicherungsträger zu prüfen, ob ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vorliegt.

2. Trifft dies nicht zu, so hat der Versicherungsträger zu beurteilen, ob ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG gegeben ist.

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

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

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

"§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

1. Die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

...

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. in einem Kalendermonat die Summe der monatlichen Entgelte (Abs. 1) aus mehreren Vereinbarungen gemäß § 4 Abs. 4 und 5, die mit ein und demselben Arbeitgeber (Dienstgeber) abgeschlossen wurden, den Betrag gemäß Abs. 1 übersteigt oder

2. die Höhe des vereinbarten Entgeltes und/oder die Dauer der vereinbarten Tätigkeit (Leistungserbringung) zum Zeitpunkt des Beginnes der Pflichtversicherung nicht feststeht oder

3. in einem Kalendermonat die Summe der Entgelte aus einem oder mehreren Dienstverhältnissen gemäß § 4 Abs. 2 und Vereinbarungen gemäß § 4 Abs. 4 und 5 zu ein und demselben Auftraggeber (Dienstgeber) den Betrag gemäß § 5 Abs. 2 lit. c übersteigt."

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

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

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Maßnahmen:

1. Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen beider Bestimmungen sollen soweit wie möglich vereinheitlicht werden, damit das Problem der Abgrenzung nicht mehr relevant ist; dies kommt bereits dadurch zum Ausdruck, dass der bisher im § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG umschriebene Personenkreis nunmehr in § 4 Abs. 5 ASVG genannt wird, d.h. nicht mehr in der Aufzählung der selbstständig Erwerbstätigen, die der Vollversicherung nach dem ASVG unterliegen, aufscheint.

2. An Stelle einer Geringfügigkeitsgrenze soll für beide Vertragstypen eine Versicherungsgrenze von S 3.600,-- bestehen (§ 5a ASVG).

3. Beide Vertragstypen sollen grundsätzlich Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach sich ziehen, wenn das monatliche Entgelt die Versicherungsgrenze übersteigt.

4. Die vom Budgetausschuss des Nationalrates im Rahmen der Behandlung des Strukturanpassungsgesetzes 1996 beschlossene Feststellung einer Reihenfolge bei der Prüfung der Frage der Sozialversicherungspflicht gemäß § 4 ASVG (95 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XX. GP., Seite 25) soll gesetzlich verankert werden (§ 4 Abs. 6 ASVG).

5. Hinsichtlich beider Vertragstypen soll keine Teilversicherung in der Unfallversicherung bestehen, wenn das Entgelt von vornherein unter der Versicherungsgrenze liegt (diesfalls besteht auch keine Meldeverpflichtung). Wird dies erst nachträglich festgestellt, so werden die Beiträge nur dann rückerstattet, wenn keine Leistung in Anspruch genommen worden ist.

...

11. Zur Dienstnehmerähnlichkeit wird im Gesetz näher definiert, was unter dem Begriff der 'Regelmäßigkeit' jedenfalls zu verstehen ist. Regelmäßigkeit der Beschäftigung liegt gemäß § 4 Abs. 5 Z. 1 und 2 ASVG in jedem Fall dann vor,

a) wenn mehr als drei Vereinbarungen mit ein und demselben Auftraggeber in sechs aufeinander folgenden Kalendermonaten vorliegen oder

b) wenn die Tätigkeit sich über mehr als zwei Kalendermonate erstreckt.

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

12. Auslegung der lit. a:

-

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

-

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

-

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

Auslegung der lit. b:

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

..."

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

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

-

Anhebung der Geringfügigkeitsgrenze für freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche Werkverträge auf S 7.000,--

pro Vertrag und Auftraggeber.

-

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

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

S 7.000,-- kumuliert zu betrachten.

..."

Die Bestimmungen des § 4 Abs. 1, 2 und 4 ASVG idF der 53. ASVG-Novelle sind bis einschließlich 31. Dezember 1997 in Kraft geblieben (der mit BGBl. Nr. 600/1996 ab 1. Jänner 1997 in Kraft getretene Abs. 7 ist in den Beschwerdefällen nicht relevant).

§ 4 Abs. 5 ASVG (idF BGBl. Nr. 411/1996) sowie der Satzteil "und 5, eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 5" in § 4 Abs. 6 (idF BGBl. Nr. 411/1996), ferner § 4 Abs. 7 (idF BGBl. Nr. 600/1996), § 5 Abs. 2 letzter Satz (idF BGBl. Nr. 600/1996), die Worte "oder 5" im ersten Satz des § 5a Abs. 1 (idF BGBl. Nr. 600/1996), § 5a Abs. 2 Z. 3 (idF BGBl. Nr. 600/1996) wurden mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 1997, G 392, 398, 399/96 (Slg. 14.802), ohne Fristsetzung aufgehoben; die Aufhebung wurde mit dem am 23. April 1997 ausgegebenen BGBl. I Nr. 39/1997 kundgemacht.

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

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

Dieser Satz wurde mit der 55. Novelle zum ASVG,

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at