

# TE Vwgh Erkenntnis 1999/9/21 97/08/0486

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.09.1999

## Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs1;

ASVG §4 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Nowakowski und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hackl, über die Beschwerde des Vereines "W", vertreten durch den Obmann P, dieser vertreten durch Dr. Wolfgang Dellhorn, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Gölsdorfgasse 2, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 5. Juni 1997, Zl. 120.475/5-7/96, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. G in W, 2. Wiener Gebietskrankenkasse in 1103 Wien, Wienerbergstraße 15-19, 3. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten in 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1,

4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, 5. Arbeitsmarktservice Wien, Landesgeschäftsstelle, 1011 Wien, Weihburggasse 30), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund (Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales) Aufwendungen in der Höhe von S 565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenbegehren der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse wird abgewiesen.

## Begründung

Mit Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 19. September 1995 wurde ausgesprochen, dass die Erstmitbeteiligte aufgrund ihrer Beschäftigung als Schauspielerin beim beschwerdeführenden Verein in der Zeit vom 4. Oktober 1993 bis 21. November 1993 gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AlVG der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht unterliege. In der Begründung führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, dass ihr vom Arbeits- und Sozialgericht Wien eine Ausfertigung des von der Erstmitbeteiligten und dem beschwerdeführenden Verein abgeschlossenen Vergleiches vom 15. April 1994 übermittelt

worden sei. Nach dem Inhalt des Vergleiches habe sich der beschwerdeführende Verein verpflichtet, der Erstmitbeteiligten binnen 14 Tagen einen bestimmten Betrag zu bezahlen. Die Ermittlungen der Kasse, ob ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliege, hätten folgenden Sachverhalt ergeben:

Die Erstmitbeteiligte habe mit dem beschwerdeführenden Verein am 2. Oktober 1993 folgende Vereinbarung geschlossen:

"PRODUKTION:

INSEL MIT SCHIFFBRÜCHIGEN von Lukas B. Suter

Österreichische Erstaufführung.

...

1)

Frau (die Erstmitbeteiligte) wird als Schauspielerin (Vivien) engagiert und steht der Produktion vom 4. Oktober 1993 bis zum 23. Dezember 1993 zur Verfügung.

2)

Premierentermin: 4. Dezember 1993.

3)

Gespielt wird täglich außer Montag, das sind 17 Aufführungen.

4)

Das Honorar beträgt für Proben und Aufführungen pauschal ÖS 25.000,-- (exkl. MWSt).

5)

Eventuelle zusätzliche Termine für Verlängerung, Gastspiele oder Wiederaufnahme, sowie eine TV-Aufzeichnung sind in dieser Vereinbarung nicht berücksichtigt und gegebenenfalls einvernehmlich festzulegen."

Die Erstmitbeteiligte habe gegen den beschwerdeführenden Verein beim Arbeits- und Sozialgericht Wien Klage auf Bezahlung des vereinbarten Honorars eingebracht. Der Verein habe in seinem gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Einspruch unter anderem ausgeführt, dass die Erstmitbeteiligte entlassen worden sei. Sie habe Regieanweisungen verweigert, habe den Text nicht gekonnt, ihren Arbeitsplatz während der Probe ohne Genehmigung verlassen; Abmahnungen hätten nichts genützt.

Der Obmann des Vereins habe bei seiner Einvernahme vor der Kasse angegeben, bei den Vertragsverhältnissen der Schauspieler, die teilweise Vereinsmitglieder seien, handle es sich um freie Dienstverhältnisse. Das Honorar für die Erstmitbeteiligte stelle dem Wesen nach ein Spesenpauschale dar. Da es sich um eine künstlerische Tätigkeit handle, liege es schon in der Natur der Sache selbst, dass für die Beschäftigung ein weiter und freier Rahmen besteht und das Weisungs- und Kontrollrecht des Theatervereines nicht zum Tragen komme.

Die Erstmitbeteiligte habe bei ihrer Einvernahme angegeben, sie sei zur gleichen Zeit beim Ensembletheater tätig und aufgrund dieser Tätigkeit auch bei der Sozialversicherung gemeldet gewesen. Sie sei dort unter den gleichen Verhältnissen wie beim beschwerdeführenden Verein beschäftigt gewesen. Der Unterschied zwischen den beiden Engagements habe nur darin bestanden, dass es sich in einem Falle um einen "freien Verein" und im anderen Fall um eine Theaterbetriebsgesellschaft mbH gehandelt habe. Die Festsetzung der Probetermine sei unter Bedachtnahme auf die zeitlichen Möglichkeiten sämtlicher an der Produktion beteiligter Personen erfolgt. Der Obmann des Vereins habe die Termine so zu koordinieren gehabt, dass bei einer Probe oder Aufführung sämtliche Kollegen anwesend sein konnten. Mit der Vereinbarung habe sie sich verpflichtet, der Produktion vom 4. Oktober bis 23. Dezember 1993 zur Verfügung zu stehen. Sie sei verpflichtet gewesen, an den durch den Obmann festgesetzten Proben teilzunehmen. Ihre Tätigkeit sei naturgemäß persönlich zu erbringen gewesen. Regieanweisungen habe der Obmann erteilt. Im Falle einer Verhinderung hätte sie dies dem Obmann umgehend mitteilen müssen. Mögliche Sanktionen für den Fall des Nichterscheinens zu einer Probe oder Aufführung seien nicht vereinbart worden, wären aber wahrscheinlich gewesen. Am 21. November 1993 sei sie gegen Mitternacht vom Obmann angerufen worden und habe er ihr mitgeteilt, dass er sie entlasse, weil sie destruktiv sei.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, dass sich die Erstmitbeteiligte verpflichtet habe, an den vom Obmann festgesetzten Proben - also zu bestimmten Zeiten - persönlich ihre Arbeitsleistungen zu erbringen. Auch die Regieanweisungen des Obmannes habe sie zu befolgen gehabt. Dies habe der beschwerdeführende Verein in seinem Vorbringen vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien insofern bestätigt, als dort vorgebracht worden sei, die Erstmitbeteiligte hätte den Arbeitsplatz ohne Genehmigung verlassen und Anweisungen nicht befolgt.

Die persönliche Abhängigkeit einer Beschäftigung kennzeichne besonders die Festlegung von bestimmten Arbeitszeiten, sowie die Verpflichtung zur Einhaltung derselben, die persönliche Arbeitspflicht, die Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber bzw. durch dessen Beauftragten und die Weisungsbefolgung. Diese Kriterien seien beim Beschäftigungsverhältnis der Erstmitbeteiligten zweifelsfrei gegeben.

Der beschwerdeführende Verein erhob einen als Berufung bezeichneten Einspruch. Darin vertrat er die Auffassung, die schauspielerische Tätigkeit der Erstmitbeteiligten sei nicht im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG erfolgt. Um "das Nichtzutreffen dieser Merkmale zu verdeutlichen", müsse auf die grundlegenden Unterschiede in der wirtschaftlichen, strukturellen und organisatorischen Arbeitsweise eines ständigen, feststehenden Theaterbetriebes und einer auch in den Förderungsrichtlinien der öffentlichen Hand als "freie Gruppe" bezeichneten Produktionsgemeinschaft eingegangen werden. Eine freie Theatergruppe könne auf einen feststehenden Spiel- und Probenort nicht zurückgreifen und beschäftige in der Regel kein nichtkünstlerisches Personal. Dies führe dazu, dass schon die Vorvereinbarungen über die Teilnahme eines Schauspielers an einer Produktion so getroffen würden, dass andere Interessen und Notwendigkeiten aller Gruppenmitglieder weitgehend zu berücksichtigen seien und somit alle Beteiligten auf Ort und Zeit der Aufführungen im Rahmen einer gemeinschaftlichen Vereinbarung Einfluss nehmen könnten. Hinsichtlich der Probenzeiten würden weder eine bestimmte Stundenzahl noch bestimmte Arbeitstage oder Arbeitszeiten festgelegt. In die Vereinbarung werde lediglich die - wieder unter Mitbestimmung der Gruppenmitglieder - für Probenarbeit maximal zur Verfügung stehende Wochenanzahl aufgenommen. Die konkreten Probenzeiten und auch die Dauer der Proben würden dann von Mal zu Mal, im Regelfall von Probentag zu Probentag - nach Abstimmung mit den jeweiligen Möglichkeiten und Bedürfnissen aller Beteiligten - gemeinschaftlich festgelegt. So sei für die einzelnen Gruppenmitglieder eine weitgehend freie Bestimmung über ihre Arbeitszeit gegeben. Die Verpflichtung, zu den gemeinschaftlich festgelegten Proben dann auch zu erscheinen, falle in den Bereich einer moralischen, berufsethischen Verpflichtung und sei keinesfalls an ein Weisungs- und/oder Kontrollrecht eines Dienstgebers gebunden, weil dieses sich aufgrund der beschriebenen Vorgangsweise erübrige. Ähnliches gelte auch für den Ort der Proben. Eine Eingliederung in einen fremden Betrieb könne mangels Bestehens eines Betriebes nicht vorliegen. Die gemeinschaftliche Arbeit beziehe sich nur auf eine bestimmte Produktion. Diese werde auch unter Berücksichtigung äußerlicher Kriterien, insbesondere punkto Probenzeit und Probenort, aber auch betreffs Terminisierung von Aufführungen von den Schauspielern selbst mitbestimmt.

Für die freie Gruppe stehe zunächst nur das zu spielende Theaterstück fest, für dessen Produktion mittels einer Projektdarstellung in einem Subventionsansuchen um Zuteilung öffentlicher Gelder eingereicht werde. In diesem Ansuchen würden bereits die Schauspieler und der Regisseur des Projektes genannt. Diese stünden also bereits vor Zuteilung der Mittel prinzipiell fest. Daraus ergebe sich, dass alle Ensemblemitglieder einen Anspruch auf die künstlerische Gestaltung des Stücks hätten und schon das Konzept ein weitgehend gemeinschaftliches Arbeitsprodukt darstelle. Diese "kompetenzübergreifende Arbeitsweise" setze sich mit Beginn der Proben in verstärktem Maße fort. Dabei seien alle Mitglieder des Ensembles eingeladen und gefordert, ihre eigenen Ideen und Vorstellungen für die Gestaltung der Aufführung einzubringen. Sogenannte Regieanweisungen seien lediglich als Vorschläge und Hilfestellungen zu einem gemeinsamen Arbeitsergebnis zu verstehen, die insbesondere dann notwendig seien, wenn zunächst oder fallweise keine Ideen eingebracht werden könnten oder "kreativer Stillstand" eintrete. Die Arbeitsfolge, sowohl in formaler Hinsicht des Probenablaufes als auch in künstlerischer Hinsicht, stelle wieder ein gemeinschaftliches Produkt dar, dessen Koordinator der Regisseur sei. Eine Eingliederung in einen fremden Betrieb liege daher für Mitarbeiter der Gruppe mangels Fremdbestimmtheit weder in organisatorischer Hinsicht (Arbeitszeit und -ort) noch im Hinblick auf die Arbeitsfolge und den damit angestrebten Arbeitserfolg vor.

Ähnliches gelte für die Verteilung der von der öffentlichen Hand und aus den Einnahmen der Aufführungen resultierenden finanziellen Mittel. Der Anteil der einzelnen Mitglieder hänge im Wesentlichen von den öffentlichen Mitteln ab. Nach Zusicherung derselben werde unter Abzug der vorhersehbaren Kosten und Hinzurechnung

geschätzter, zumeist geringfügiger Einnahmen ein Anteil für die einzelnen Ensemblemitglieder vereinbart. Der Verein selbst fungiere lediglich als Rechtsträger, der in Gestalt des Vorstandes der öffentlichen Hand für die widmungsgemäße Verwendung der zur Verfügung gestellten Mittel und deren ordnungsgemäße Abrechnung hafte. Das Entgelt für die Mitwirkung an einer Produktion einer freien Gruppe könne daher nicht als ein von einem Produzenten mit einem Schauspieler vereinbartes Entgelt angesehen werden. Es sei vielmehr das Resultat der Verteilung der der Produktion zur Verfügung stehenden Mittel abzüglich Kosten.

Die Erstmitbeteiligte sei im Februar 1993 zur Mitarbeit eingeladen worden und sei von da an wie alle anderen Schauspieler in alle Entscheidungen betreffs Spielort, Spielzeit, Probenort und Probenzeitraum, aber auch künstlerische und konzeptionelle Umsetzung, sowie Rollengestaltung eingebunden gewesen.

Von einem Kontroll- oder Weisungsrecht des Obmannes des Vereines könne nicht gesprochen werden. Es verstehe sich jedoch von selbst, dass mit Rücksicht auf die anderen Künstler das Nichteinhalten eines konkret vereinbarten Probentermines aus moralischen und berufsethischen Gründen an den Obmann als Koordinator divergierender Erfordernisse mitgeteilt werden sollte. Wie hätte er sonst die anderen Personen vom allfälligen Ausfall eines Termines verständigen können.

Zur Entfernung der Erstmitbeteiligten von der Produktion sei festzuhalten, dass diese keineswegs, wie in der Bescheidbegründung zu lesen sei, erfolgt sei, weil sie den Arbeitsplatz ohne Genehmigung verlassen habe. Der Grund sei vielmehr darin gelegen gewesen, dass die Erstmitbeteiligte zwei Wochen vor der Premiere ihren Text nicht beherrscht habe, wiederholt während der Proben die laufende Szene verlassen habe, nicht wissend, dass ihre Rolle ihre Anwesenheit erfordere und auch sonst "innerlich" geistig abwesend gewesen sei und dem Gang des Stücks nicht habe folgen können. Keineswegs könne von einer Entlassung durch einen weisungsberechtigten Produzenten in Ausübung seines Kontrollrechtes gesprochen werden. Es seien vielmehr dem Entfernen der Erstmitbeteiligten wiederholte und eingehende Gespräche mit allen Ensemblemitgliedern vorangegangen und es sei dieser Schritt letztlich auf Wunsch der gesamten Gruppe erfolgt, die ihre Arbeit gefährdet gesehen habe und in deren Arbeitsweise sich die Erstmitbeteiligte nicht habe einfügen können.

Der Landeshauptmann von Wien wies mit Bescheid vom 5. Jänner 1996 den Einspruch als unbegründet ab und bestätigte den bekämpften Bescheid. In der Begründung wurde nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Hinweisen auf die anzuwendenden Gesetzesbestimmungen ausgeführt, dem wesentlichen Einspruchsvorbringen, es habe sich um eine freie Gruppe gehandelt, bei der alle Beteiligten auf Ort und Zeit der Aufführung im Rahmen einer gemeinschaftlichen Vereinbarung hätten Einfluss nehmen können, alle Ensemblemitglieder hätten einen Anspruch auf künstlerische Gestaltung des Stücks gehabt, wobei die Arbeitsfolge sowohl in formaler Hinsicht des Probenablaufes, als auch in künstlerischer Hinsicht ein gemeinsames Produkt dargestellt habe, dessen Koordinator der Regisseur gewesen sei, sei entgegenzuhalten, dass aus dem Einspruch des Vereins gegen den Zahlungsbefehl des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien zu entnehmen sei, dass die Erstmitbeteiligte unter anderem deswegen entlassen worden sei, weil sie die Regieanweisungen verweigert, während der Probe ohne Genehmigung ihren Arbeitsplatz verlassen und die Teilnahme an Abendproben verweigert habe. Daraus folge aber, dass die Bestimmungsfreiheit der Erstmitbeteiligten sehr wohl Beschränkungen unterlegen sei, sodass von einem Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgegangen werden müsse.

Der beschwerdeführende Verein erob Berufung. Darin führte er zunächst aus wie im Einspruch gegen den Kassenbescheid und brachte ergänzend vor, die Einspruchsbehörde habe die angebotenen Beweismittel nicht berücksichtigt. Bei Einvernahme der beantragten Zeugen hätte sich der Sachverhalt anders dargestellt. Die Einspruchsbehörde habe sich auf das Vorbringen des Vereins im arbeitsgerichtlichen Verfahren gestützt. Hiezu sei anzumerken, dass die Wortwahl in diesem Verfahren teils auf einem Missverständnis zwischen dem Verein und seinem Rechtsvertreter und teils auf eine vereinfachende Terminologie des Rechtsvertreters zurückzuführen sei. Die Erstmitbeteiligte habe "nicht ohne Genehmigung ihren Arbeitsplatz verlassen", sondern die "laufende Szene verlassen" und zwar nicht "ohne Genehmigung" sondern deshalb, weil sie nicht gewusst habe, dass sie noch dran gewesen sei (also ihre Rolle eine weitere Anwesenheit auf der Szene verlangt habe). Es sei festzuhalten, dass der Obmann keine Abmahnungen vorgenommen habe, sondern "lediglich Hilfestellungen" angeboten habe, diese seien jedoch nicht akzeptiert worden. In diesem Sinne sei das Vorbringen im arbeitsgerichtlichen Verfahren "verweigern von Regieanweisungen" zu verstehen. Die Erstmitbeteiligte habe selbst keine kreativen Vorschläge eingebracht und daher den Fortgang des gemeinschaftlichen Arbeitsprozesses behindert, indem sie die ihr angebotenen Hilfestellungen

abgelehnt habe. Während 47 Kalendertagen seien mit der Erstmitbeteiligten 29 Probentage abgehalten worden und zwar in einer durchschnittlichen Dauer von etwas mehr als drei Stunden je Probe. Es ergebe sich von selbst, dass eine derart geringe Frequenz in der Zusammenarbeit niemals dazu führen könne, Probentage und Probenzeiten sowie Probenorte bei Vertragsabschluss festzulegen und das Erscheinen zu diesen Zeiten sowie an diesen Orten unter eine Sanktion eines weisungsberechtigten Dienstgebers zu stellen. Vielmehr sei es klar, dass solche Arbeiten von Fall zu Fall gemeinsam in Abstimmung mit den jeweiligen Bedürfnissen der Ensemblemitglieder vereinbart würden. Es sei evident, dass eine Weisungsgebundenheit hinsichtlich Anwesenheit am Arbeitsplatz nicht bestanden habe, sondern dass nur die moralisch berufsethische Verpflichtung, zu vereinbarten Terminen zu erscheinen und das zu spielende Stück dem Fortgang der Proben entsprechend zu beherrschen bestanden habe.

Die Einspruchsbehörde gehe davon aus, dass die Erstmitbeteiligte die Teilnahme an Abendproben verweigert habe. Dazu sei anzuführen, dass die Erstmitbeteiligte erklärt habe, zu den Abendproben nicht zu erscheinen. Sie habe dafür lediglich ausgeführt, dass sie dies ihrer Ansicht nach nicht notwendig hätte, ohne zu berücksichtigen, dass damit das Ziel der Abendproben - das Zusammenwachsen des Ensembles unter Einbeziehung der Technik - eminent gefährdet worden sei. Daraus ergebe sich wieder, dass keine Entlassung wegen Unterlassungen eines weisungsgebundenen Arbeitnehmers vorliege, sondern vielmehr die Gefährdung eines gemeinschaftlich angestrebten und gewünschten Arbeitserfolges zu einer Umbesetzung der Rolle im Interesse des gesamten Ensembles und letztlich im Sinne einer widmungsgemäßen Verwendung der Subventionsmittel erforderlich gewesen sei.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung keine Folge. In der Begründung führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens aus, dass aufgrund der Akten der erst- und zweitinstanzlichen Behörde sowie des (ergänzenden) Ermittlungsverfahrens (Einvernahme der in der Berufung beantragten Zeugen) von folgendem Sachverhalt auszugehen sei:

Mit Vertrag vom 2. Oktober 1993 sei zwischen dem beschwerdeführenden Verein und der Erstmitbeteiligten vereinbart worden, dass die Erstmitbeteiligte für die Theaterproduktion "Insel mit Schiffbrüchigen" als Schauspielerin in einer tragenden Rolle engagiert werde und der Produktion vom 4. Oktober 1993 bis 23. Dezember 1993 zur Verfügung stehe. Die Erstmitbeteiligte sei nicht Mitglied des beschwerdeführenden Vereins. Als Premierentermin sei der 4. Dezember 1993 vorgesehen gewesen, als Spieltermine "täglich außer Montag", insgesamt 17 Aufführungen. Als Honorar für Proben und Aufführungen sei der Pauschbetrag von 5 25.000,-- (exkl. MWSt) vereinbart worden. Als Zusatzklausel sei festgelegt worden, dass eventuelle zusätzliche Termine für Verlängerung, Gastspiele oder Wiederaufnahme sowie eine TV-Aufzeichnung in dieser Vereinbarung nicht berücksichtigt und gegebenenfalls einvernehmlich festzulegen seien. Die Einteilung der Probetermine sei durch den Obmann und gleichzeitig Regisseur des Stücks und das Ensemble, d. h. auch in Absprache mit der Erstmitbeteiligten in der Weise erfolgt, dass unter Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen der Schauspieler die notwendigen Termine festgesetzt worden seien. Hinsichtlich der Aufführungen seien die Termine bereits im Vertrag vom 2. Oktober 1993 fixiert worden. Im Falle einer Verhinderung sei dies sobald wie möglich dem Obmann mitzuteilen gewesen.

Die Erstmitbeteiligte sei entgegen der vertraglichen Vereinbarung nur bis 23. November 1993 tätig gewesen. Der Obmann des Vereines habe die Beschäftigung beendet. Hinsichtlich der Umstände der Beendigung der Beschäftigung habe der Verein in seinem Einspruch zur Klage der Erstmitbeteiligten beim Arbeits- und Sozialgericht Wien angegeben, dass die Erstmitbeteiligte am 21. November 1993 entlassen worden sei. Zur Begründung dieses Schrittes sei neben Vorkommnissen mit den Kollegen angeführt worden, die Erstmitbeteiligte habe Regieanweisungen verweigert, den Text nicht beherrscht und während der Proben ohne Genehmigung ihren Arbeitsplatz verlassen. Weiters sei die Teilnahme an Abendproben verweigert worden. Weitere Abmahnungen hätten nicht gefruchtet.

Aufgrund der vorzeitigen Beendigung der Beschäftigung der Erstmitbeteiligten sei laut Vergleich vom 15. April 1994 beim Arbeits- und Sozialgericht Wien seitens des Vereins an die Erstmitbeteiligte ein bestimmter Betrag bezahlt worden.

Die Produktion des genannten Theaters werde aus öffentlichen Mitteln gefördert.

Im Rahmen der Beweiswürdigung führte die belangte Behörde aus, es bestehe hinsichtlich der Umstände der Beendigung der Beschäftigung der Erstmitbeteiligten eine Diskrepanz zwischen dem "Einspruch" des beschwerdeführenden Vereins beim Arbeits- und Sozialgericht und seinen Ausführungen im Einspruch bzw. in der Berufung gegen den erstinstanzlichen bzw. zweitinstanzlichen Bescheid. Die Behörde stütze sich bei ihrer

Sachverhaltsfeststellung auf die unbeeinflusst und unvoreingenommen gemachten Angaben im arbeitsgerichtlichen Verfahren, weil die Angaben im Verwaltungsverfahren als vom Argumentationsziel beeinflusst eingeschätzt würden. Wenn auch die Einschätzung des Beschäftigungsverhältnisses durch die Parteien nicht ausschlaggebend sei, so sei sie doch bei der Beurteilung der tatsächlich vereinbarten Art und Weise der Beschäftigung von Bedeutung. Im vorliegenden Fall werde vom beschwerdeführenden Verein im arbeitsgerichtlichen Verfahren eindeutig in einer Art und Weise argumentiert, die das Vorliegen von Weisungsabhängigkeit, einer Arbeitszeitgebundenheit und Anwesenheitspflicht als vereinbart erscheinen ließen. Auch die Beendigung des Vertragsverhältnisses in Form einer "Entlassung" spreche dafür, dass die Willenseinigung zwischen den Parteien auf einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis beruht habe.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass hinsichtlich der für die Beurteilung des Vorliegens persönlicher Abhängigkeit unterscheidungsrelevanten Kriterien bei der Beschäftigung in einem Theaterbetrieb grundsätzlich davon auszugehen sei, dass auf alle Fälle hinsichtlich der Aufführungen alle beteiligten Schauspieler in einem bestimmten Zeitraum am selben Ort die im Wesentlichen vom Regisseur bestimmte Tätigkeit auszuführen hätten, wobei auch eine Vertretungsbefugnis bei einer tragenden Rolle in einem Theaterstück, wie sie die Erstmitbeteiligte innegehabt habe, ausgeschlossen sei. Insoweit erfordere es die Art der Beschäftigung, dass die Verfügungsgewalt der Schauspieler über ihre Arbeitskraft für diese Zeit ausgeschlossen sei und persönliche Abhängigkeit bestehe. Die Erstmitbeteiligte sei bei den Aufführungen des Stücks allerdings nicht mehr beschäftigt gewesen. Hinsichtlich der Proben sei zumindest bei der Festlegung der Termine ein Spielraum offen gewesen. So hätten im gegenständlichen Fall andere Verpflichtungen der Erstmitbeteiligten bei der Terminplanung Berücksichtigung gefunden. Die Behörde gehe aber davon aus, dass dieser Spielraum nicht in dem Maß gegeben gewesen sei, dass die persönliche Unabhängigkeit erhalten geblieben wäre. Dies deshalb, weil sich das Ensemble letztlich auf einen gemeinsamen Termin für die Probe in einem engen Zeitrahmen zu einigen gehabt habe. Die Erstmitbeteiligte habe bei dem Großteil der Proben aufgrund ihrer Rolle anwesend sein müssen. Aufgrund des relativ knappen Probenzeitraumes sei der zeitliche Spielraum beschränkt gewesen. Im Übrigen sei eine Nichteinigung und damit ein Ausfalllassen der Proben grundsätzlich nicht möglich gewesen und in der Folge habe der Regisseur bei mangelnder Einigung den Probentermin festgesetzt. Der Regisseur habe auch als Kontaktstelle für Absagen und Verschiebungen fungiert. Dieses Maß an Mitbestimmung in zeitlicher Hinsicht und die nicht in Frage gestellte Mitbestimmung in künstlerischer Hinsicht könne nicht von der Tatsache ablenken, dass hinsichtlich der zeitlichen Komponente ein sehr enger Spielraum für die Festsetzung der Termine gegeben gewesen sei und diese in der Folge einzuhalten gewesen seien. In künstlerischer Hinsicht sei letztlich der Regisseur für die Gestaltung der Theaterarbeit ausschlaggebend gewesen.

Bei dieser Art der Arbeitszeitgestaltung könne nicht von einer Freiheit der Verfügung über die zeitliche Inanspruchnahme gesprochen werden. Die Mitgestaltungsmöglichkeit eines Beschäftigten hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Arbeit schließe dessen persönliche Abhängigkeit nicht aus. Die Berufungsbehörde sehe daher das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit als erwiesen an.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel finde, sei bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Die Erstmitbeteiligte habe vertraglich und auch tatsächlich für ihre Beschäftigung ein über der Geringfügigkeitsgrenze liegendes Entgelt erhalten.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet und nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Dienstverhältnis persönlicher

und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Die Beantwortung der Frage, ob bei der Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlichen Unabhängigkeit überwiegen, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Beschäftigung (z.B. aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist. Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, während das Fehlen anderer, im Regelfall freilich auch vorliegender Umstände, wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Arbeitsempfängers, dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch an sich nicht unterscheidungskräftige Kriterien von maßgebender Bedeutung sein (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 16. September 1997, Zl. 93/08/0171, m.w.N.).

Für ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG genügt schon das Überwiegen der Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit. Die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht alle gemeinsam vorliegen und können auch in unterschiedlich starker Ausprägung auftreten. Das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmals persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit lässt daher noch keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass die zu beurteilende Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht unterliegt; es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall gegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist. Im Beschwerdefall ist unstrittig, dass sich der Vertrag der Erstmitbeteiligten mit dem beschwerdeführenden Verein auf eine zeitbezogene und nicht nur eine erfolgsbezogene Leistung erstreckte. Für das von der belangten Behörde zutreffend angenommene Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit spricht auch die Art der tatsächlichen Entlohnung, insbesondere im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Vergleiches. Die Art des Entgeltes und der Entgeltleistung ist in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG zwar kein unterscheidungskräftiges Merkmal dafür, ob der Beschäftigte seine Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit verrichtet (vgl. etwa das Erkenntnis vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A). Dies schließt allerdings nicht aus, dass im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes einer Beschäftigung dann, wenn die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit eines Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit erlaubt, die vereinbarte und auch tatsächlich durchgeführte Art der Entgeltleistung von maßgeblicher Bedeutung sein kann.

Erstreckt sich ein Vertrag zwar nicht auf einen längeren Zeitraum, sondern bezieht er sich auf ein Bühnenstück, also auf eine nicht bloß zeitbezogene, sondern auch erfolgsbezogene Leistung, überwiegen aber dennoch die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit, wie sie etwa in der Verpflichtung zur Mitwirkung an den erforderlichen Proben während eines bestimmten Zeitraums sowie an einer bestimmten Anzahl von Vorstellungen, einschließlich der zur Erbringung dieser Arbeiten erforderlichen Eingliederung in den Theaterbetrieb zum Ausdruck kommt und besteht auch eine grundsätzliche Weisungs- und Kontrollbefugnis des Theaterunternehmers, der auch das ausschließliche wirtschaftliche Risiko der geplanten Theateraufführungen zu tragen hat, so sind die durch einen solchen Vertrag geregelten Rechtsbeziehungen der Vertragspartner in ihrer Gesamtheit als (Bühnen-)Dienstverhältnis (vgl. in diesem Sinne OGH Arb 9845/1979) und damit auch als vollversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis i.S. des § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG zu qualifizieren.

Nach den Feststellungen der belangten Behörde war die Beschwerdeführerin verpflichtet für eine bestimmte Rolle in einem Theaterstück vom 4. Oktober 1993 bis 23. Dezember 1993 für Proben und insgesamt 17 Aufführungen (diese

vom 4. bis 23. Dezember täglich außer Montag) zur Verfügung zu stehen, wofür ihr ein Entgelt von insgesamt S 25.000,- (unabhängig von den Einspielergebnissen) zustand. Ferner hat die belangte Behörde - wie aus der oben wiedergegebenen Begründung hervorgeht - auch auf die Arbeitszeiteinteilung und das arbeitsbezogene Verhalten gerichtete Weisungs- und Kontrollrechte der Organe des beschwerdeführenden Vereins festgestellt.

Danach besteht in rechtlicher Hinsicht kein Zweifel am Bestehen eines vollversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses im Sinne der eingangs wiedergegebenen Rechtsprechung.

Die dagegen in der Beschwerde vorgebrachten Argumente versagen:

Die Beschwerde vertritt dagegen die Auffassung, im vorliegenden Fall überwögen die Merkmale selbständiger Ausübung einer Tätigkeit. Weder dem Verein, noch dem Projekt seien erhebliche Betriebsmittel zur Verfügung gestanden. Eine Verlustbeteiligung der Vertragspartner sei insofern gegeben gewesen, als bei Ausbleiben oder bei Verminderung der Subvention eine Minderung des Entgeltes hätte akzeptiert werden müssen.

Bereits der Vertrag spricht entschieden gegen diese Auffassung. Dazu kommt, dass im Verwaltungsverfahren der Beschwerdeführer Derartiges nicht vorgebracht hat. Seinen umfangreichen Ausführungen im Verwaltungsverfahren sind Anhaltspunkte dafür nicht zu entnehmen. Die nunmehr erstmals in der Beschwerde aufgestellte Verlustbeteiligung der Erstmitbeteiligten stellt sich daher als eine gemäß § 41 Abs. 1 VwGG unzulässige Neuerung dar.

Der Beschwerdeführer meint, aus der Tatsache des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, dem Abschluss eines gerichtlichen Vergleiches und dem Ausspruch einer Entlassung könne nicht, wie die belangte Behörde meine, auf ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis geschlossen werden.

Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die belangte Behörde nicht an diesen Formulierungen orientierte, sondern an dem Vorbringen des Vereins im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Die Richtigkeit dieses Vorbringens wird in der Beschwerde bestätigt.

Soweit die Beschwerde der belangten Behörde vorwirft, nicht festgestellt zu haben, dass die Zusammenarbeit innerhalb des Ensembles unter völliger Gleichberechtigung aller Beteiligten, auch inklusive des Obmannes des beschwerdeführenden Vereines, erfolgt sei, bekämpft sie die Beweiswürdigung. Diese Rüge wird aber nicht dem Gesetz entsprechend ausgeführt, weil nicht aufgezeigt wird, welche Feststellung und warum sie unrichtig sein soll und welche Feststellung stattdessen begehrte wird.

In der Beschwerde wird weiters gerügt, die belangte Behörde habe Feststellungen darüber unterlassen, wann die einzelnen Vereinbarungen geschlossen worden seien und wie sie zustande gekommen seien. Dies sei für die Beurteilung des Vorliegens einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von Bedeutung. Der Obmann des beschwerdeführenden Vereines habe sich bereits im Jahre 1992 entschlossen, das gegenständliche Projekt ins Werk zu setzen. Im Lauf der Zeit habe er die einzelnen Vereinbarungen geschlossen, wobei die Leistungen erst rund ein Jahr später zu erbringen gewesen seien. Mit Ausnahme des Zeitraumes vom 4. Oktober bis 23. Dezember 1993 und den Spieltagen danach, sei hinsichtlich der zeitlichen Disposition der einzelnen Vertragspartner bei Vertragsabschluss gar nichts festgestanden. Vor dem Herannahen des 4. Oktobers 1993 hätten die Ensemblemitglieder die Probetermine vereinbart. Diesbezüglich sei kein Weisungsrecht des Obmannes oder sonst einer Person ausgeübt worden. Ort und Zeit, Inhalt und Besetzung der einzelnen Proben seien von Vereinbarungen abhängig gewesen. Die Verhinderung eines oder mehrerer Mitglieder an der Teilnahme an einer Probe hätte keinerlei arbeitsrechtliche Konsequenzen gehabt, sondern lediglich zur Veränderung des Probetermines geführt. Den gegenständlichen Vertragsverhältnissen mangle es sowohl am Merkmal der persönlichen als auch der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Weder zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen noch zu Beginn der Proben sei auch nur ein einziges Mitglied existenziell vom gegenständlichen Projekt abhängig gewesen. Die kurze Laufzeit der Vereinbarung verbiete außerdem die Annahme einer wirtschaftlichen Abhängigkeit, weil ein solcher kurzfristiger Zeitraum niemals Bestandteil einer auch nur mittelfristigen Existenzplanung sein könne. Es hätte daher auch festgestellt werden müssen, dass alle, welche am gegenständlichen Projekt mitgearbeitet hätten, auch andere Beschäftigungen ausgeübt hätten, weil von den geringen Einkünften aus dem Projekt niemand leben können.

Auch mit diesem Vorbringen kann die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzeigen. Vorerst ist festzuhalten, dass die belangte Behörde die wirtschaftliche Abhängigkeit der Erstmitbeteiligten zu Recht bejaht hat. Denn entgegen dem Beschwerdevorbringen darf die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht mit

Lohnabhängigkeit, also mit dem Angewiesensein des Beschäftigten auf das Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes, gleichgesetzt werden. Sie findet vielmehr ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel (vgl. auch hiezu das oben zitierte hg. Erkenntnis vom 16. September 1997, Zl. 93/08/0171).

Die belangte Behörde ist von einer Mitwirkung der Erstmitbeteiligten hinsichtlich der Festsetzung der Probentermine insofern ausgegangen, als ihre sonstigen Verpflichtungen Berücksichtigung fanden. Trotz dieser Mitwirkung der Erstmitbeteiligten kam die belangte Behörde zur Auffassung, dass dadurch die persönliche Unabhängigkeit der Erstmitbeteiligten nicht gegeben war. Dieser Auffassung kann nicht entgegengetreten werden. Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weit gehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weitgehend selbst bestimmen kann; ob dem Beschäftigten eine solche Berechtigung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die allein in seiner Sphäre liegen, eingeräumt wurde, ist dabei irrelevant (vgl. auch hiezu das oben zitierte Erkenntnis vom 16. September 1997, Zl. 93/08/0171). Angesichts der vertraglichen Verpflichtung der Erstmitbeteiligten, für die erforderlichen Proben in einem bestimmten Zeitraum zur Verfügung zu stehen, kommt dem Umstand, dass den Schauspielern bei der Festlegung der Probentermine ein gewisses Mitspracherecht gewährt wurde, keine entscheidende Bedeutung zu. Dies gilt auch für die einvernehmliche Festlegung des Probenortes. Einer einvernehmlichen Festlegung des jeweiligen Arbeitsplatzes allein kommt nicht ein solches Gewicht zu, dass von einem Überwiegen der Merkmale einer selbständigen, nicht abhängigen Beschäftigung gesprochen werden könnte.

Die belangte Behörde hat zutreffend darauf hingewiesen, dass aufgrund der schon im Vertrag vorgenommenen zeitlichen Fixierung der Mitarbeit für die Festlegung der einzelnen Probentermine ein sehr enger Spielraum verblieb. Auch hat sie - unbekämpft - festgestellt, dass ein Ausfalllassen der Proben, bei denen die Erstmitbeteiligte großteils habe anwesend sein müssen, grundsätzlich nicht möglich gewesen sei und bei mangelnder Einigung der Regisseur den Termin festgelegt habe. Weiters bleibt in der Beschwerde die Feststellung unbestritten, dass in künstlerischer Hinsicht letztlich der Regisseur, also der Obmann des beschwerdeführenden Vereins, ausschlaggebend war.

Die Beschwerde erweist sich daher zur Gänze als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der VerordnungBGBI. Nr. 416/1994. Das Kostenbegehren der nicht durch einen Rechtsanwalt vertretenen mitbeteiligten Gebietskrankenkasse war abzuweisen.

Wien, am 21. September 1999

### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Künstlerische TätigkeitDienstnehmer Begriff Beschäftigung gegen EntgeltDienstnehmer Begriff Wirtschaftliche AbhängigkeitDienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1999:1997080486.X00

### **Im RIS seit**

21.02.2002

### **Zuletzt aktualisiert am**

25.09.2012

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