

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/10/22 94/08/0118

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.10.1996

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ABGB §1151;

ASVG §4 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hnatek und den Senatspräsidenten Dr. Knell sowie die Hofräte Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Sulyok als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hackl, über die Beschwerde der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse in St. Pölten, vertreten durch Dr. S, Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 6. April 1994, Zl. 120.517/1-7/94, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AlVG (mP):

1. Marktgemeinde P, 2. O, 3. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) Aufwendungen in der Höhe von S 505,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, daß der zweitmitbeteiligte O. in der Zeit vom 1. Jänner 1992 bis 1. Juli 1992 und ab 1. September 1992 bis laufend aufgrund seiner Tätigkeit als Musiklehrer an der Musikschule P nicht der Voll- und Arbeitslosenversicherung nach § 4 Abs. 1 und 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterlegen sei.

Ihrer Entscheidung legte die belangte Behörde nachstehende Feststellungen zugrunde:

"Zwischen der Marktgemeinde P. und (O.) wurde am 1.1.1992 ein Werkvertrag abgeschlossen, wonach sich (O.) verpflichtet hatte, im Schuljahr 1991/1992 in der Musikschule der Marktgemeinde Musikunterricht zu erteilen. (O.) verpflichtete sich, in den Fächern Akkordeon und E-Orgel Unterricht zu erteilen. Die Lehrverpflichtung umfaßte acht Wochenstunden. Für eine Monatswochenstunde gebührte (O.) ein Honorar von S 700,--. Darüberhinaus konnte für die Erbringung besonderer Leistungen auf dem Gebiet der Musikerziehung eine "Kulturspende" zuerkannt werden. Dies

lag jedoch im freien Ermessen der Schule. Bezuglich des vorzutragenden Stoffes war (O.) den pädagogischen Anweisungen des Leiters unterworfen. Inhalt und Güte der zu erbringenden Leistungen mußten den allgemeinen schulischen Normen entsprechen. Die An- und Abmeldung der Schüler konnte rechtswirksam nur beim Lehrer erfolgen, dem auch die Einteilung der Unterrichtsstunden oblag. Es war jedoch das Einvernehmen mit dem Leiter der Musikschule herzustellen. Die Entrichtung des Honorars durch den Schüler konnte mit schuldbefreiender Wirkung nur an den Lehrer erfolgen. Bei Entfall einer Unterrichtsstunde (Lektion) wegen Krankheit oder sonstiger Verhinderung des Lehrers war die Stunde nachzuholen oder in einer geeigneten Form zu ersetzen. Bei Entfall mehrerer Lektionen war das Honorar für den Schüler entsprechend anzusetzen. Ein Anspruch auf Sonderzahlungen (Urlaubszuschuß und Weihnachtsremuneration) bestand nicht. Für die Mitbenutzung der Räume der Musikschule war kein Unkostenbeitrag zu leisten. Dem Lehrer sowie den Schülern war es gestattet die schuleigenen Instrumente zu verwenden. Für Schäden an Einrichtungsgegenständen oder Instrumenten war vom Verursacher Ersatz zu leisten. Dem Lehrer stand es frei, die An- und Abmeldung der Schüler, die Koordinierung der Unterrichtsstunden sowie die Einhebung der Schülerbeiträge in seinem Namen und für seine Rechnung durch einen anderen vornehmen zu lassen.

Die Musikschule wurde aufgrund eines einstimmigen Gemeinderatsbeschlusses vom 6.9.1960 gegründet. Die Gemeinde Puchberg hat Förderungen im Sinne des § 2 des Niederösterreichischen Musikschulgesetzes in Anspruch genommen und Zuteilungen erhalten.

Die Musikschule gibt zu Beginn eines Schuljahres Informationsblätter aus, welcher Lehrer welche Instrumente unterrichtet.

(O.) erteilte in der Musikschule jeweils am Dienstag von 14.00 Uhr bis 17.10 Uhr und am Mittwoch von 11.20 Uhr bis 16.30 Uhr Musikunterricht in Akkordeon und E-Orgel. Er hatte die Möglichkeit die Unterrichtsstunden auch zu Hause abzuhalten. Die Unterrichtszeiten wurden von ihm selbst mit den zu unterrichtenden Schülern festgelegt. Eine Absprache mit der Musikschulleitung war nicht erforderlich, da genügend Unterrichtsräume zur Verfügung standen. Die von ihm unterrichteten Schüler spielten mit eigenen Instrumenten, auch (O.) verfügt über ein eigenes Instrument, welches er als Musiklehrer jedoch nicht benötigte.

(O.) hat bezüglich seines Musikunterrichtes keine pädagogischen Anweisungen durch den Schulleiter erhalten. Lehrerkonferenzen fanden nicht statt.

Über Vertretungsmöglichkeit wurde zu Beginn seiner Tätigkeit gesprochen. Sie wurde jedoch von ihm nicht in Anspruch genommen, da er versäumte Stunden immer nachgeholt hat.

Die Schüler einer Gruppenstunde (= 2 Schüler) bezahlten direkt an (O.) je S 220,- pro Monat. Von der Gemeinde erhielt er dafür S 290,- pro Monat. Schüler einer Einzelstunde bezahlten S 350,- pro Monat an ihn persönlich und von der Gemeinde erhielt (O.) dafür ebenfalls S 350,- pro Monat. Bei den Zahlungen der Gemeinde handelt es sich um eine Kultursubvention an die Musikschüler.

(O.) ist außerdem selbständiger Musiker und spielt in einer Musikkapelle."

Dieser Sachverhalt sei übereinstimmend von den von der Beschwerdeführerin vernommenen Musiklehrern der Musikschule, so auch von O., angegeben worden und sei im wesentlichen unbestritten.

In rechtlicher Hinsicht bewertete die belangte Behörde den festgestellten Sachverhalt (soweit dies im Beschwerdefall noch von Bedeutung ist) wie folgt:

Die Musiklehrer (darunter auch O.) seien zufolge der Berechtigung, den Unterricht nicht nur in den Räumlichkeiten der Musikschule, sondern im Einvernehmen mit den Schülern auch an einem anderen Ort abzuhalten, nicht an einen bestimmten Arbeitsort gebunden gewesen. Die Arbeitszeit sei von den Lehrern im Einvernehmen mit den Schülern festgesetzt worden und habe es auch hier keine Vorgabe durch die Musikschule gegeben. Im Gegensatz zur Einspruchsbehörde könne die belangte Behörde "durch Punkt 10 des Werkvertrages, wonach bei Entfall einer Unterrichtsstunde wegen Krankheit oder sonstiger Verhinderung des Lehrers die Stunde nachzuholen oder in einer geeigneten Form zu ersetzen ist, einen Ausschluß einer Vertretungsmöglichkeit für den unterrichtenden Musiklehrer nicht erkennen." Der Zusatz "oder in einer geeigneten Form zu ersetzen" sei nach Ansicht der belangten Behörde so zu verstehen, daß der Lehrer eine Vertretung entsenden könne. O. habe selbst angegeben, daß über eine Vertretungsmöglichkeit durch eine andere Person zu Beginn seiner Tätigkeit gesprochen worden sei. Daß er diese Möglichkeit nicht in Anspruch genommen habe, bedeute nicht, daß die Möglichkeit von Seiten der Musikschulleitung

nicht bestanden habe. Daher habe O. nach Ansicht der belangte Behörde die Möglichkeit gehabt, sich durch eine geeignete Person seiner Wahl vertreten zu lassen. Das Fehlen grundsätzlicher persönlicher Arbeitspflicht, also die Berechtigung, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte verrichten zu lassen, schließe aber die persönliche Abhängigkeit wegen der dadurch fehlenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Verpflichteten aus. Da im Rahmen des gegenständlichen Beschäftigungsverhältnisses keine grundsätzliche Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung bestanden habe, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, inhaltliche Rechtswidrigkeit geltend machende Beschwerde. Darin wendet sich die Beschwerdeführerin in erster Linie - unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - gegen die Bejahung einer generellen Vertretungsbefugnis des O. durch die belangte Behörde. Im Lichte der zitierten Rechtsprechung messe die belangte Behörde nämlich dem Wort "generell" nicht die ihm immanente Bedeutung bei. "Generell" könne nur heißen, daß es O. erlaubt sei, sich ohne Angabe von Gründen jederzeit aus freien Stücken vertreten zu lassen. Demgegenüber finde sich in Punkt 10 des Werkvertrages ausdrücklich die Vereinbarung, daß "bei Entfall einer Unterrichtsstunde (Lektion) wegen Krankheit oder sonstiger Verhinderung des Lehrers" die Stunde nachzuholen oder in geeigneter Form zu ersetzen sei. Selbst wenn davon ausgegangen werde, daß unter einem geeigneten Ersatz auch die Erteilung des Unterrichtes durch eine qualifizierte Person zu verstehen sei, schränke der zitierte Vertragspunkt die Vertretungsmöglichkeit auf das Vorliegen trifftiger, für die Musikschule als Vertragspartner nachvollziehbare Hinderungsgründe ein. Die Regelung stelle demnach für O. offenkundig keinen "Freibrief" dar, nach eigenem Gutdünken und je nach Lust und Laune seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen oder nicht. Die von der belangten Behörde ergänzend gepflogene Sachverhaltsermittlung durch ein neuerliches Befragen des O. erlaube nicht den Schluß, daß diese vertragliche Regelung den tatsächlichen Gegebenheiten widersprochen habe. O. habe vielmehr in seinem Schreiben vom 13. Jänner 1994 zum Ausdruck gebracht, "es sei über eine Vertretungsmöglichkeit durch eine andere Person zu Beginn seiner Tätigkeit gesprochen worden". Dieses Sachverhaltsmoment finde durchaus Deckung im Punkt 10 der Vereinbarung. Ein weiteres Indiz für das Nichtvorliegen einer generellen Vertretungsbefugnis liege darin, daß O. im eben genannten Schreiben zum Ausdruck gebracht habe, er habe die Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, nicht in Anspruch genommen. Diese Äußerung spiegelt auch die Realität eines Musikschulbetriebes wider. Ihr Interesse bestehe darin, den Kindern und Jugendlichen in ihrer Gemeinde einen Musikunterricht anbieten zu können, der von Musiklehrern erteilt werde, die nicht bloß über die Fachkenntnisse und musikalischen Fähigkeiten verfügten, sondern auch auf eigene musikalische Laufbahnen bzw. sogar Erfolge verweisen könnten. Erstes werde von O. als selbständiger Musiker jedenfalls erfüllt, weshalb eine generelle Vertretungsbefugnis aus wirtschaftlichen Überlegungen des Musikschulbetreibers zu verneinen sei. Die Musikschulleitung würde durch das Zugeständnis der generellen Vertretungsbefugnis für einen kompetenten Musiklehrer Gefahr laufen, durch einen ständigen Wechsel im Lehrpersonal die Kinder und Jugendlichen vom Besuch des Musikunterrichtes in ihrer Freizeit abzuhalten. Von der Anzahl der zu unterrichtenden Kinder hänge aber nicht zuletzt das von der Musikschule begehrte Ausmaß der Förderungen ab. Ausgehend von der fehlenden generellen Vertretungsbefugnis des O. komme angesichts der Berechtigung des Musikschulleiters zur Erteilung von Weisungen - ungeachtet der faktischen Nichterteilung solcher Weisungen - der Befugnis des O., im Einvernehmen mit dem Schüler als Unterrichtsstätte die Schule oder das Eigenheim (entgegen der belangten Behörde aber nicht einen beliebigen Ort) als Arbeitsort festzulegen, keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm aber ebenso wie die mitbeteiligten Parteien von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, 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 selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Hinsichtlich der unterschiedungskräftigen Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung und der Bedeutung der Bezeichnung und des Inhalts vertraglicher Gestaltungen hiefür wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die Erkenntnisse vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A, vom 11. Dezember 1990, Slg. Nr. 13.336/A, und vom 31. Jänner 1995, Zl. 92/08/0213, jeweils mit weiteren Judikaturhinweisen, verwiesen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 25. Jänner 1994, Zl. 92/08/0226 und Zl. 93/08/0154, ausführlich dargelegt hat, schließt schon die Berechtigung eines Beschäftigten, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte vornehmen zu lassen, - unabhängig davon, ob er von dieser Berechtigung auch tatsächlich Gebrauch macht - wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der für die persönliche Abhängigkeit wesentlichen (grundsätzlich) persönlichen Arbeitspflicht und damit der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Empfänger der Arbeitsleistung und damit ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG aus. Ob dann hinsichtlich der Beschäftigung selbst, sofern sie der Verpflichtete unter Verzicht auf seine Berechtigung, sich generell vertreten zu lassen, ausübt, ohne Bedachtnahme auf die genannte Berechtigung die sonstigen Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwögen, ist (abgesehen davon, daß ja zu prüfen wäre, ob diese Merkmale nicht im Hinblick auf die eingeräumte Vertretungsberechtigung einen inhaltlichen Bedeutungswandel erfahren) wegen der - schon in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden - fehlenden Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit bedeutungslos. Es ist auch unmaßgeblich, daß der Beschäftigte nur geeignete Dritte als Vertreter stellig machen darf, weil es ja bei der Vertretungsberechtigung immer um eine solche in bezug auf eine übernommene Arbeitspflicht und daher durch eine Person geht, die in der Lage ist, diese Arbeitspflicht gegenüber dem Empfänger der Arbeitsleistung zu erfüllen (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0200, und vom 17. März 1965, Zl. 1101/64).

All dies setzt aber voraus, daß der Beschäftigte berechtigt ist, die übernommene Arbeitspflicht GENERELL durch Dritte vornehmen zu lassen. Mit der Frage, wann dies der Fall ist, hat sich der Verwaltungsgerichtshof schon wiederholt befaßt und ist hiebei - ausgehend von den Erwägungen, aufgrund derer in einer solchen Vertretungsbefugnis die Eignung, die persönliche Abhängigkeit auszuschließen, erblickt wird - zu folgenden Ergebnissen gelangt:

Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Falle der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Falle einer Krankheit oder eines Urlaubes (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 3. Juli 1990, Zl. 88/08/0293, vom 24. März 1992, Zl. 91/08/0117, vom 12. Mai 1992, Zl. 91/08/0026, und vom 19. Mai 1992, Zl. 87/08/0271) oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 16. April 1991, Zl. 90/08/0117, und vom 24. März 1992, Zl. 91/08/0117) vertreten zu lassen; ebensowenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 3. Juli 1990, Zl. 88/08/0293, vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0289, und vom 19. Mai 1992, Zl. 87/08/0271).

Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann demgemäß - so wie im Arbeitsvertragsrecht (vgl. Krejci in Rummel 2, Rz 38 zu § 1151) - nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit (wenn auch "nach Rücksprache" oder - unter bestimmten eingeschränkten Umständen - sogar nach Zustimmung des Empfängers der Arbeitsleistung: vgl. dazu u.a. die Erkenntnisse vom 29. September 1986, Zl. 82/08/0208, und vom 2. Juli 1991, Zl. 86/08/0155) und nach Gutdünken (d.h. ohne bestimmten Grund) irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen (so etwa in den Musikergruppen betreffenden Erkenntnissen vom 14. März 1962, Zl. 656/59, und vom 18. Oktober 1974, Zl. 469/74, Slg. Nr. 8680/A).

Dem ist aber gleichzuhalten, wenn die (ausdrücklich vereinbarten oder übereinstimmend praktizierten) Vertretungstatbestände zwar (verbal) eingeschränkt sind (vgl. dazu das Erkenntnis vom 24. März 1992, Zl. 91/08/0117), aber - so wie in dem dem schon zitierten Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, Zl. 93/08/0154, zugrundeliegenden Beschwerdefall - die dadurch (ausdrücklich oder schlüssig) eingeräumte Vertretungsbefugnis nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung soweit reicht, daß im Ergebnis keine Ausschaltung, sondern nur mehr eine (für ein Werkvertrags- oder freies Dienstverhältnis typische) bloße Beschränkung der Bestimmungsfreiheit vorliegt.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist die dem O. im Rahmen seiner Verpflichtung, "bei Entfall einer Unterrichtsstunde (Lektion) wegen Krankheit oder sonstiger Verhinderung ... die Stunde nachzuholen oder in einer geeigneten Form zu ersetzen" eingeräumte Berechtigung, diesen Ersatz (zur vereinbarten oder zu einer späteren Zeit) durch die Entsendung eines geeigneten Vertreters zu leisten, unter Bedachtnahme auf das gesamte in den Feststellungen umrissene Beschäftigungsbild des O. zumindest im Ergebnis als einer generellen Vertretungsbefugnis im obgenannten Sinn (unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht) gleichzuhalten. Denn diese auf "Krankheit und sonstige Verhinderung" eingeschränkte Befugnis berechtigte O. zwar - nach dem Wortlaut der Vereinbarung - nicht, sich jederzeit und nach Gutdünken durch eine geeignete Person vertreten zu lassen. Zeigt man aber einerseits in Betracht, daß ihm diese Berechtigung im Rahmen der ihm auferlegten (für ein Beschäftigungsverhältnis atypischen) Verpflichtung eingeräumt wurde, in solchen

Fällen selbst dafür zu sorgen, daß entweder der Unterricht zur vereinbarten Zeit durch einen geeigneten Vertreter vorgenommen wird oder die (zur vereinbarten Zeit) entfallene Stunde zu späterer Zeit von O. selbst oder von einem geeigneten Vertreter nachgeholt wird, und bedenkt man andererseits und vor allem, daß im Rahmen der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung von acht Wochenstunden die Unterrichtszeiten ohnedies von ihm selbst mit den zu unterrichtenden Schülern ohne vorherige Absprache mit der Musikschulleitung festzulegen sind, so unterscheidet sich diese Gestaltungsbefugnis, ungeachtet der verbal eingeschränkten Vertretungsbefugnis, - unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt der selbständigen Beeinflussbarkeit der zeitlichen Inanspruchnahme und der insofern fehlenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitsverpflichtung - nicht von jener Bestimmungsfreiheit, wie sie auch in einer generellen Vertretungsbefugnis zum Ausdruck kommt. Da die belangte Behörde schon deshalb seine persönliche Abhängigkeit mit Recht verneint hat, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit den Fragen, inwieweit O. hinsichtlich des Arbeitsortes in relevanter Weise gebunden ist und ob er überhaupt hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens (und nicht nur hinsichtlich des Arbeitserfolges und des Arbeitsverfahrens) einem Weisungsrecht der Musikschulleitung unterworfen ist.

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

Die Entscheidung über den Aufwandersatz stützt sich - in den Grenzen des Begehrns der belangten Behörde - auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:VWGH:1996:1994080118.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

**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)