

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/12/17 86/08/0139

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.12.1991

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
69/03 Soziale Sicherheit;

## Norm

ASVG §3 Abs2 litd;  
ASVG §3 Abs3;  
SozVersAbk Jugoslawien 1966 Art19 Abs4;  
SozVersAbk Jugoslawien 1966 Art7;  
SozVersAbk Jugoslawien 1966 Art8 lit a);  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde des Österreichischen Rundfunk in 1136 Wien, vertreten durch Dr. G, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 11. April 1986, Zl. 120.932/15-6/85, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. C, vertreten durch Dr. L, Rechtsanwalt in W, 2. Wiener Gebietskrankenkasse, 3. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er die nach dem 1. Jänner 1976 liegenden Beschäftigungszeiten des Erstmitbeteiligten betrifft, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von S 11.120,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1.1. Mit Bescheid vom 26. November 1981 stellte die mitbeteiligte Wiener Gebietskrankenkasse fest, daß der Erstmitbeteiligte auf Grund seines Beschäftigungsverhältnisses zum beschwerdeführenden Österreichischen Rundfunk (ORF) als Auslandskorrespondent in der Zeit vom 1. Mai 1960 bis 25. Juni 1975, 11. Juli 1975 bis 9. Juni 1976, 6. Juli 1976 bis 14. April 1977, 3. Mai 1977 bis 23. August 1977 sowie ab 1. September 1977 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterliege. Gleichzeitig wurde der ORF als Dienstgeber verpflichtet, für die Zeit vom 1. Jänner 1975 bis 31. Oktober 1981 Beiträge und Umlagen in der Höhe von S 260.026,51 zu entrichten.

Die beschwerdeführende Partei erhob Einspruch.

1.2. Dieser Einspruch wurde mit Teilbescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 27. Oktober 1983 hinsichtlich der Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten als unbegründet abgewiesen. Nach der Begründung dieses Bescheides erhalte der Erstmitbeteiligte vom ORF unbeschadet seines eigenen Vorschlagsrechtes konkrete Aufträge und Weisungen, sei zur persönlichen Mitarbeit verpflichtet und habe bestimmte vertraglich bedingte Mindestleistungen gegen ein feststehendes Entgelt zu erbringen. Bei seiner Tätigkeit, die in der Berichterstattung über politische, kulturelle, wirtschaftliche und sonstige aktuelle Vorgänge in Jugoslawien, Bulgarien und anderen Ostblockstaaten in der Form von Manuskripten, Interviews und Filmen bestehe, ergebe sich der jeweilige Arbeitsort und das arbeitsbezogene Verhalten aus den Aufträgen. Auch die Arbeitszeit hänge naturgemäß von der Art des Auftrages ab. Dies ergebe sich aus den durchaus glaubwürdigen Angaben des Erstmitbeteiligten in der Niederschrift vom 2. Dezember 1980. Der Genannte sei auch verpflichtet, seine Abwesenheiten (Urlaub, notwendige Dienstreisen, Krankheit) dem ORF bekanntzugeben. Er habe angegeben, daß ihm die erforderlichen Betriebsmittel vom ORF zur Verfügung gestellt bzw. die Kosten hierfür gesondert ersetzt würden und er kein persönliches Unternehmerrisiko trage. Daß der Erstmitbeteiligte auch eigene Vorschläge erstatten und im Rahmen der journalistischen Freiheit Aufträge ablehnen könne, ändere daran nichts, daß bei seiner Tätigkeit für den ORF die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Erwerbstätigkeit überwiegen. Eine allfällige Tätigkeit für andere Medien sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Eine Entsendung im Sinne des § 3 Abs. 2 lit. d ASVG in das Ausland sei vom ORF selbst in Abrede gestellt worden und auch im Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse nicht behauptet. Nach den tatsächlichen Verhältnissen nehme der Erstmitbeteiligte seine Aufträge in Wien entgegen, reise von hier zu verschiedenen Bestimmungsorten im Ausland und kehre wieder nach Wien zurück, um hier Materialien für den ORF zu bearbeiten. Über die Dauer und die Art seiner Aufenthalte in Wien sei verschiedenes angegeben worden: Ein Intervall zwischen den Aufenthalten von sechs bis acht Wochen, mit einem Aufenthalt von jeweils zwei bis drei Tagen (Dr. F, ORF), monatlich ein bis zwei Tage (Stellungnahme des ORF vom 3. März 1983) und monatlich mehrere Tage (Erstmitbeteiligter in der Niederschrift vom 4. Jänner 1983). Daraus ergebe sich, daß der Erstmitbeteiligte seine Tätigkeit von Wien aus durchführe und damit selbst bei einer allfälligen Entsendung der maßgebende Zeitraum für den Wegfall der inländischen Versicherungspflicht von zwei Jahren stets unterbrochen wäre. Ob der Erstmitbeteiligte diese Aufenthalte in Wien mit einem Heimaturlaub verbinde, sei ohne Bedeutung, da die Tätigkeit in Wien für den ORF zweifellos nicht als Urlaub gewertet werden könne.

Der beschwerdeführende ORF erhob Berufung. Der Bundesminister für soziale Verwaltung führte ein umfangreiches Ermittlungsverfahren durch.

1.3. Mit Bescheid vom 11. April 1986 gab der Bundesminister für soziale Verwaltung der Berufung des ORF teilweise Folge und stellte in Abänderung des Bescheides des Landeshauptmannes fest, daß der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Beschäftigung als Auslandskorrespondent des ORF in der Zeit vom 1. Mai 1960 bis 25. Juni 1975 und vom 11. Juli 1975 bis 31. Dezember 1975 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG nicht unterlegen sei. Nach der Begründung dieses Bescheides könne sich die belangte Behörde angesichts des Ergebnisses der im Berufungsverfahren durchgeführten Beweisaufnahmen - was den Zeitraum vom 1. Mai 1960 bis 31. Dezember 1975 anlangt - der Rechtsauffassung des Landeshauptmannes nicht anschließen. Dies aus der Erwägung, daß der Erstmitbeteiligte nach dem glaubwürdigen Vorbringen des von ihm angebotenen Zeugen K im Jahr 1960 auf Grund seines Angebotes die Möglichkeit erhalten hätte, dem ORF für den Hörfunk Beiträge aus Jugoslawien anzubieten, wobei sich der genannte Zeuge, damaliger Chefredakteur Hörfunk, vorbehalten hätte, die Beiträge anzunehmen und zu honorieren oder abzulehnen und nicht zu honorieren. Dabei habe es keinerlei Vereinbarungen über persönliche Arbeitserbringung, Weisungen, Kontrollen, Arbeitszeit und arbeitsrechtliche Ansprüche gegeben. Die Themen seien in der Regel vom Erstmitbeteiligten vorgeschlagen worden, ab und zu habe auch der ORF einen bestimmten Beitrag angefordert, den der Erstmitbeteiligte aber hätte ablehnen können. Jeder einzelne Beitrag sei gesondert honoriert worden. Wenn der Erstmitbeteiligte aber bei seiner journalistischen Tätigkeit zunächst keinem Weisungs- und Kontrollrecht des ORF unterstanden sei, weder zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung verpflichtet gewesen sei noch die Garantie für die Abnahme und Honorierung seiner Beiträge in einem bestimmten Ausmaß gehabt habe, dann folge daraus, daß er bei der gegebenen Sachlage hinsichtlich seines arbeitsbezogenen Verhaltens keineswegs vom ORF abhängig gewesen sei, sondern seine Tätigkeit als freier Mitarbeiter des ORF in persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt habe.

An dieser rechtlichen Stellung des Erstmitbeteiligten habe sich offensichtlich bis zum Jahr 1976 nichts geändert. Aus den im wesentlichen übereinstimmenden Angaben der Zeugen W und D gehe nämlich hervor, daß die Genannten über die Art und Verwendung des Erstmitbeteiligten einige Zeit vor Abschluß der Vereinbarung vom 21. Jänner 1976 Gespräche geführt hätten. Dabei sollte eine laufende und intensive Berichterstattung aus Jugoslawien sichergestellt und dem Erstmitbeteiligten, den man wegen seiner hoch eingeschätzten fachlichen Qualität nicht habe verlieren wollen, durch die Umschreibung der Häufigkeit der von ihm zu leistenden Beiträge eine gewisse Sicherheit und Bindung an den ORF und damit eine gewisse Sicherung des Einkommens gewährt werden. Auch Dr. R habe am 21. Jänner 1981 erklärt, Sinn des Vertrages sei "soziale Sicherheit für einen altgedienten freien Mitarbeiter" gewesen.

Das erwähnte, am 21. Jänner 1976 zwischen dem ORF und dem Erstmitbeteiligten abgeschlossene Übereinkommen besage, daß dieser dem ORF ab 1. Jänner 1976 als freiberuflicher Auslandskorrespondent für Jugoslawien und die übrigen Balkanländer zur Verfügung stehe, daß er im Rahmen dieser Tätigkeit dem ORF elf mal jährlich jeden Monat mindestens acht Beiträge für die Abteilung "Aktueller Dienst und Zeitgeschehen" (H 1) der Hörfunkintendanz über die politischen, gesellschaftlichen, kulturellen und chronikalen Ereignisse innerhalb Jugoslawiens und der übrigen Balkanländern liefern und dabei die im Informationsstatut des ORF festgelegten Richtlinien über die allgemeinen Grundsätze der Information im ORF beachten werde. Die Aufträge zur Berichterstattung erhalte er von der Abteilung "Aktueller Dienst und Zeitgeschehen" (H 1). Für diese Tätigkeit erhalte er ein monatliches Pauschalentgelt von S 7.000,-, elfmal pro anno. Über dieses Ausmaß hinausgehende Beiträge würden jeweils am Jahresende zu einem Satz von S 9.000,- je Beitrag gesondert honoriert. Es sei ferner vereinbart worden, daß die vertragsgegenständlichen Leistungen zu keiner Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen bzw. arbeitsrechtlichen Sinne führten und daß die Mitarbeit des Erstmitbeteiligten in einer möglichst freien und losen Art und Weise zu gestalten sei; er bleibe hinsichtlich der Verwertung seiner Arbeitskraft in selbständiger und unselbständiger Form nicht gebunden, er sei grundsätzlich an keine Weisungen, an keine bestimmte Arbeitszeit, an keinen bestimmten Arbeitsplatz gebunden, sofern nicht Art und Inhalt der von ihm zu erbringenden Leistung vorübergehend Gegenteiliges erforderten.

Dieses Übereinkommen sei am 13. Juli 1979 mit Wirkung vom 1. August 1979 insoweit abgeändert worden, als der Erstmitbeteiligte ab diesem Zeitpunkt dem ORF monatlich mindestens zehn Beiträge (elfmal im Jahr) zu liefern habe, wofür er ein monatliches Pauschalentgelt von S 10.000,- und für jeden dieses Ausmaß übersteigenden Beitrag je S 1.000,- erhalte. Auftraggeber seien nunmehr die Informationsabteilungen des Fernsehens sowie des Hörfunks.

Erst durch die nach der Vereinbarung vom 21. Jänner 1976 und deren Neufassung vom 13. Juli 1979 vom Erstmitbeteiligten gegen die vom ORF gegebene Zusicherung eines regelmäßigen Entgeltes übernommene Verpflichtung zur Erbringung einer regelmäßigen Mindestleistung von acht bzw. ab 1. August 1979 von zehn Beiträgen pro Monat, elfmal pro Jahr, im Zusammenhalt mit der Tatsache, daß der Erstmitbeteiligte in diesem Rahmen die Themen für seine Beiträge teils selbst bestimmen habe können, aber diesbezüglich auch konkrete Aufträge vom ORF erhalten habe, sei die Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten ab 1. Jänner 1976 weitgehend ausgeschaltet worden. Der Abschluß dieser Vereinbarungen habe einerseits dem Bestreben des ORF entsprochen, den Erstmitbeteiligten im Hinblick auf dessen persönliche Qualifikation durch vermehrte Inanspruchnahme enger an das Unternehmen zu binden, habe aber offenbar andererseits verhindern sollen, daß dem ORF durch diesen Zustand ein weiterer Dienstnehmer zuwachse. Diesem durch den in der Vereinbarung vom 21. Jänner 1976 enthaltenen Passus, daß die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten zu keiner Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn führen sollte, zum Ausdruck kommenden Bestreben sei entgegenzuhalten, daß Vereinbarungen, nach denen die Anwendung des ASVG zum Nachteil der Versicherten im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt werde, gemäß § 539 ASVG ohne rechtliche Wirkung seien. Aber auch dem Umstand, daß der Erstmitbeteiligte nach dem Wortlaut der Vereinbarung grundsätzlich an keine Weisungen, an keine bestimmte Arbeitszeit und an keinen bestimmten Arbeitsort gebunden sein sollte, komme keine entscheidende Bedeutung zu, weil er nach dem Vorbringen des Zeugen D nicht berechtigt gewesen wäre, an ihn ergangene Aufträge des ORF abzulehnen, ferner weil sich der jeweilige Arbeitsort und die erforderliche Arbeitszeit de facto aus den einzelnen Arbeitsaufträgen ergebe und weil er schließlich laut Angaben der Zeugen W und Dr. F zur Meldung von Absenzen verpflichtet sei. Daraus folge aber, daß der Erstmitbeteiligte, welcher unbestritten zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet sei, hinsichtlich seines arbeitsbezogenen Verhaltens seit 1. Jänner 1976 vom ORF abhängig sei. Erst ab diesem Zeitpunkt sei ein Überwiegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit als gegeben anzunehmen.

Da dem Erstmitbeteiligten ein über der jeweiligen Geringfügigkeitsgrenze liegendes Pauschalentgelt ausgezahlt

worden sei und ein Großteil der für seine Tätigkeit erforderlichen Betriebsmittel (Studios, technisches Personal, Übertragungsleitung u.dgl.) vom ORF zur Verfügung gestellt werde, sei auch seine wirtschaftliche Abhängigkeit und damit der Bestand eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses für die Zeit ab dem 1. Jänner 1976 zu bejahen.

Was schließlich noch die Frage einer allfälligen Entsendung im Sinne des § 3 Abs. 2 lit. d ASVG anlange, so teile die belangte Behörde die vom Landeshauptmann vertretene Meinung, zumal der Erstmitbeteiligte nach wie vor seinen ständigen Wohnsitz in Wien habe. Wenn er seine Aufträge auch zum Teil telefonisch oder fernschriftlich direkt nach Belgrad übermittelt bekomme, so könne von einem ununterbrochenen Auslandsaufenthalt keineswegs gesprochen werden, weil die in einem Intervall von etwa sechs bis acht Wochen stattfindenden Wienaufenthalte angesichts des Ausmaßes der ersetzten Reisekosten (Flüge bzw. Pkw-Fahrten) offensichtlich primär im Interesse des ORF lägen. Dem vom ORF in diesem Zusammenhang erhobenen Einwand, der Erstmitbeteiligte sei nie Mitarbeiter des ORF in Österreich gewesen, sei schließlich entgegenzuhalten, daß nach der klaren Aussage des Zeugen K die Kontaktnahme mit dem Erstmitbeteiligten bereits im Jahr 1960 in Wien erfolgt sei.

1.4. Gegen diesen Bescheid - und zwar gegen seinen der Berufung nicht stattgebenden Teil - wendet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. In der Begründung der Beschwerde wird eine unrichtige Interpretation des § 3 Abs. 2 lit. d ASVG gerügt. Ohne dies ausdrücklich anzuführen, gehe die belangte Behörde (im Gegensatz zur aktenwidrigen Meinung des Landeshauptmannes) davon aus, daß der Beschäftigungsort des Erstmitbeteiligten nicht im Inland gelegen sei. Tatsächlich sei der Erstmitbeteiligte seit ca. 1960 als freiberuflicher Korrespondent auch für den ORF (neben anderen Printmedien) in Belgrad tätig. Liege allerdings der Beschäftigungsort des Dienstnehmers nicht im Inland, dann setze die Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 3 Abs. 2 lit. d ASVG begrifflich eine Entsendung des Beschäftigten durch den Dienstgeber voraus. Leiste nämlich ein solcher Art im Ausland Beschäftigter Dienste, die zwar an sich ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis begründen würden, ohne hiezu allerdings vom Betrieb entsandt worden zu sein, so scheidet die Annahme eines den Bestimmungen des ASVG unterliegenden Beschäftigungsverhältnisses bereits von vornherein begrifflich aus. Legte man aber, ohne daß es diesbezügliche Feststellungen gebe, einen Entsendungsvorgang zugrunde, dann überstiege die Beschäftigung im Ausland jedenfalls die Dauer von zwei Jahren, da die als erwiesen angenommenen Aufenthalte des Erstmitbeteiligten in Wien nicht geeignet seien, die Dauer dieses Zeitraumes zu unterbrechen. Nach dem Erlaß des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 22. Mai 1956, SoSi 1956 Nr. 7, Seite 220, komme es nur zu einer solchen Unterbrechung, wenn der Dienstnehmer vom entsendenden Betrieb wieder im Inland beschäftigt werde. Die Frage des Wohnsitzes im Inland habe daher für eine allfällige Unterbrechung überhaupt keine Relevanz. Auch das Bearbeiten von Materialien hätte daher nur dann den Charakter einer die Zweijahresfrist unterbrechenden Beschäftigung, wenn diese Bearbeitung für sich allein ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis darstellen würde.

Im angefochtenen Bescheid würden zu dieser Frage keine selbständigen Feststellungen getroffen. Grundlage für die Entscheidung seien die Feststellungen im Bescheid des Landeshauptmannes. Danach nehme der Erstmitbeteiligte seine Aufträge in Wien entgegen, reise von hier zu verschiedenen Bestimmungsorten im Ausland und kehre wieder nach Wien zurück, um hier Materialien für den ORF zu bearbeiten. Diese Feststellung sei in dieser Form aktenwidrig. So spreche der Zeuge Dr. R (Niederschrift vom 27. Jänner 1981) von bloßen Informationsgesprächen und davon, daß lediglich in Ausnahmefällen produziert werde. Aber auch aus der von der belangten Behörde für ihre Meinung ins Treffen geführten Aussage des Dr. F (Niederschrift vom 3. Februar 1983) ergebe sich das Gegenteil. Nur heiklere Beiträge würden in den Räumen des ORF fertiggestellt, da dazu dem Erstmitbeteiligten im Ausland die nötigen technischen Einrichtungen fehlten. Dies bedeute, daß die weniger heiklen Fernseh- sowie sämtliche Hörfunkbeiträge, also die Mehrzahl der Beiträge, vom Erstmitbeteiligten selbst im Ausland fertiggestellt würden, daß er seine Tätigkeit also nicht von Wien aus erbringe. Im übrigen entspreche es auch der Lebenserfahrung, daß der Beschäftigungsort eines Auslandskorrespondenten nicht im Inland, sondern im Ausland gelegen sei.

Dem angefochtenen Bescheid lägen auch keine Ermittlungen zur Frage der Entsendung des Erstmitbeteiligten im Sinne des § 3 Abs. 2 lit. d ASVG zugrunde. Die Entsendung setze ein vorangegangenes sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis voraus. Ein solches werde aber auch von der belangten Behörde für die Zeit vor dem 1.

Jänner 1976 nicht angenommen, sodaß seit Beginn der Zusammenarbeit des ORF mit dem Erstmitbeteiligten im Jahr 1960 kein inländischer Beschäftigungsort gegeben sein könne.

Der Umstand, daß der Erstmitbeteiligte fallweise (nach den Feststellungen vier- bis sechsmal pro Jahr) nach Wien komme und dort der Zentrale berichte, könne niemals eine dauernde Auslandstätigkeit aufheben. Eine Unterbrechung des zwei Jahre dauernden Auslandsbeschäftigungsverhältnisses komme nur durch ein für sich bestehendes selbständiges Beschäftigungsverhältnis im Inland zustande. Es müßten Tätigkeiten im Inland sein, die für sich allein ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis begründeten. Bloße Informationsgespräche seien bei einem Auslandskorrespondenten wohl etwas Selbstverständliches und hätten mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nichts zu tun. Aber auch aus der Aussage des Zeugen Dr. F lasse sich für die Annahme eines oder mehrerer jeweils wiederkehrender Beschäftigungsverhältnisse im Inland nichts gewinnen. Danach stelle der Erstmitbeteiligte heiklere Beiträge im Inland fertig, da ihm hiezu im Ausland das notwendige technische Material fehle. Dies setze aber begrifflich voraus, daß der Beitrag vom Ausland her bereits zumindest halbfertig angeliefert werde. Daß diese Fertigstellung, die sich somit nur als Annextätigkeit zur Auslandstätigkeit darstelle, vom ORF irgendwie beeinflusst worden bzw. unter Weisung von Mitarbeitern des ORF erfolgt wäre, dafür habe das Ermittlungsverfahren keine Anhaltspunkte gegeben.

Im übrigen werde auch die Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses seit 1. Jänner 1976 als Dienstverhältnis in Frage gestellt.

1.5. Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor. Die mitbeteiligte Wiener Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. Nach § 1 ASVG regelt dieses Bundesgesetz die Allgemeine Sozialversicherung im Inland beschäftigter Personen. Gemäß § 3 Abs. 1 ASVG in der Fassung BGBl. Nr. 704/1976 gelten als im Inland beschäftigt unselbständig Erwerbstätige, deren Beschäftigungsort (§ 30 Abs. 2) im Inland gelegen ist.

§ 3 Abs. 2 und 3 ASVG in der Fassung BGBl. Nr. 13/1962 lautet auszugsweise:

"(2) Als im Inland beschäftigt gelten auch

a) ...

...

d) Dienstnehmer, deren Dienstgeber den Sitz in Österreich haben und die ins Ausland entsendet werden, sofern ihre Beschäftigung im Ausland die Dauer von zwei Jahren nicht übersteigt; das Bundesministerium für soziale Verwaltung kann, wenn die Art der Beschäftigung es begründet, diese Frist entsprechend verlängern;

...

(3) Als im Inland beschäftigt gelten unbeschadet und unvorgreiflich einer anderen zwischenstaatlichen Regelung insbesondere nicht die Dienstnehmer inländischer Betriebe für die Zeit ihrer dauernden Beschäftigung im Ausland, ..."

§ 30 Abs. 2 ASVG bestimmt:

"(2) Beschäftigungsort ist der Ort, an dem die Beschäftigung ausgeübt wird. Wird eine Beschäftigung abwechselnd an verschiedenen Orten ausgeübt, aber von einer festen Arbeitsstätte aus, so gilt diese als Beschäftigungsort. Wird eine Beschäftigung ohne feste Arbeitsstätte ausgeübt, so gilt der Wohnsitz des Versicherten als Beschäftigungsort. Der Beschäftigungsort von Hausgehilfen, die beim Dienstgeber wohnen, ist der Wohnsitz des Dienstgebers. Hat der Dienstgeber mehrere Wohnsitze, so ist der Wohnsitz maßgebend, an dem der Dienstgeber den überwiegenden Teil des Jahres verbringt."

Die im § 3 Abs. 3 erster Satz ASVG verwiesenen Bestimmungen des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über Soziale Sicherheit vom 19. November 1965, BGBl. Nr. 289/1966 in der Fassung des Zusatzabkommens vom 19. März 1979, BGBl. Nr. 81/1980 (also in der Fassung vor dem Zweiten Zusatzabkommen BGBl. Nr. 269/1989) - im folgenden: Abk - lauten auszugsweise:

"Artikel 7

Unbeschadet der Bestimmungen des Artikel 8 und 9 gelten für Dienstnehmer und ihnen Gleichgestellte, die im Gebiet

eines Vertragsstaates beschäftigt sind, dessen Rechtsvorschriften auch dann, wenn sie im Gebiete des anderen Vertragsstaates wohnen oder wenn sich ihr Dienstgeber oder der Sitz des Unternehmens, das sie beschäftigt im Gebiete des anderen Vertragsstaates befindet.

#### Artikel 8

a) Werden Dienstnehmer oder ihnen Gleichgestellte, die im Gebiet eines Vertragsstaates wohnen, in das Gebiet des anderen Vertragsstaates von einem Dienstgeber entsendet, der sie im Gebiete des ersten Vertragsstaates gewöhnlich beschäftigt, so gelten für sie während der ersten 24 Monate ihrer Beschäftigung im Gebiete des anderen Vertragsstaates die Rechtsvorschriften des ersten Vertragsstaates, als ob sie in seinem Gebiete beschäftigt wären. Wird ihre Beschäftigung im Gebiete des anderen Vertragsstaates über diesen Zeitraum hinaus fortgesetzt, so finden die Rechtsvorschriften des ersten Vertragsstaates weiter Anwendung, sofern der Dienstgeber gemeinsam mit dem Dienstnehmer dies spätestens einen Monat vor Ablauf der 24 Monate beantragt hat und soweit die zuständige Behörde des anderen Vertragsstaates oder die von ihr bestimmte Stelle unter Bedachtnahme auf die Art und die Umstände der Beschäftigung zustimmt. Vor der Entscheidung ist der zuständigen Behörde des ersten Vertragsstaates oder der von ihr bestimmten Stelle Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben."

b)

...

c)

...

#### Artikel 9

Auf gemeinsamen Antrag der betroffenen Dienstnehmer und Dienstgeber kann die zuständige Behörde des Vertragsstaates, dessen Rechtsvorschriften nach Artikel 7 anzuwenden wären, die Anwendung der Rechtsvorschriften des anderen Vertragsstaates unter Bedachtnahme auf die Art und die Umstände der Beschäftigung zulassen; hiebei gilt die Beschäftigung als im Gebiete dieses Vertragsstaates ausgeübt. Vor der Entscheidung ist der zuständigen Behörde des anderen Vertragsstaates Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben."

2.2. Die Rechtsauffassung der belangten Behörde, der als Auslandskorrespondent beschäftigte Erstmitbeteiligte sei seit dem Jahr 1976 zum beschwerdeführenden ORF in einem Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gestanden, setzt voraus, daß auf dieses Beschäftigungsverhältnis überhaupt österreichisches Sozialversicherungsrecht Anwendung findet.

2.2.1. Die §§ 1, 3 Abs. 1 und 3 Abs. 3 erster Satz erster Fall ASVG normieren für die Anwendbarkeit des ASVG grundsätzlich das Territorialitätsprinzip, wobei an den Ort der Beschäftigung im Inland angeknüpft wird. Dabei verweist § 3 Abs. 1 ASVG zunächst auf § 30 Abs. 2 leg. cit., der eine nähere Bestimmung des Begriffes des Beschäftigungsortes enthält. § 3 Abs. 2 ASVG sieht sodann Ausnahmen vom Territorialitätsgrundsatz vor und regelt eine Reihe von Tatbeständen, denen zufolge Dienstnehmer auch dann, wenn die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 ASVG nicht erfüllt sind, als im Inland beschäftigt gelten; hierzu zählen gemäß § 3 Abs. 2 lit. d ASVG die ins Ausland entsendeten Dienstnehmer bis zur Dauer von zwei Jahren. Im § 3 Abs. 3 erster Satz erster Fall ASVG wird sodann korrespondierend zu dieser zuletzt genannten Ausnahmebestimmung klargestellt, daß insbesondere Dienstnehmer inländischer Betriebe für die Zeit ihrer dauernden Beschäftigung im Ausland nicht als im Inland beschäftigt gelten, dies ungeachtet und unvorgreiflich einer anderen zwischenstaatlichen Regelung.

2.2.2. Die bisher geschilderte Rechtslage gilt - wie § 3 Abs. 3 ASVG zutreffend für seinen besonderen Regelungsgegenstand zum Ausdruck bringt - ganz allgemein nur unter der Voraussetzung, daß keine zwischenstaatlichen kollisionsrechtlichen Regelungen bestehen. Derartige Regelungen sieht das Abkommen vor. Auch das Abkommen geht im Art. 7 vom Territorialitätsgrundsatz aus und umschreibt ihn, soweit für den Beschwerdefall relevant, wie folgt: Für Dienstnehmer, die im Gebiet eines Vertragsstaates beschäftigt sind, gelten dessen Rechtsvorschriften auch dann, wenn sie im Gebiete des anderen Vertragsstaates wohnen oder wenn sich ihr Dienstgeber (Sitz des Unternehmens) im Gebiete des anderen Vertragsstaates befindet. Von diesem Grundsatz enthalten sodann Art. 8 und 9 des Abk Ausnahmen. Im besonderen regelt Art. 8 lit. a des Abk den Fall der in einen anderen Vertragsstaat entsendeten Dienstnehmer. Dabei wird in dieser als *lex specialis* im Verhältnis zu § 3 Abs. 2 lit. d

ASVG aufzufassenden staatsvertraglichen Bestimmung der Tatbestand materiell-rechtlich ähnlich wie in § 3 Abs. 2 lit. d leg. cit., verfahrensrechtlich jedoch für den Fall der Verlängerung über 24 Monate hinaus im Hinblick auf die Zustimmungspflicht seitens des Vertragsstaates, in dem die Beschäftigung des entsendeten Dienstnehmers erfolgt, anders geregelt.

2.3. Auslegungsbedürftig ist somit Art. 7 des Abk. Es ist zu fragen, wonach sich bestimmt, ob ein Dienstnehmer im Gebiet des einen oder des anderen Vertragsstaates beschäftigt ist. Denn danach richtet sich das anzuwendende Recht. Nicht maßgebend ist - wie sich aus Art. 7 des Abk selbst ergibt -, in welchem Vertragsstaat der Dienstnehmer wohnt oder der Dienstgeber sich befindet oder seinen Sitz hat.

Ob nun die Beschäftigung des Dienstnehmers eines österreichischen Dienstgebers in Jugoslawien erfolgt, wird mangels näherer Kriterien im Abkommen (wie sie etwa für den Geltungsbereich des österreichischen Sozialversicherungsrechts im § 30 Abs. 2 ASVG enthalten sind), danach zu beurteilen sein, wo das Schwergewicht der Ausübung der vereinbarten Beschäftigung liegt. Dabei ist in erster Linie nach dem vertraglich bedungenen Beschäftigungsort, sofern nicht die tatsächlichen Verhältnisse ein gänzlich anderes Bild ergeben, zu fragen. Das Beschäftigungsverhältnis ist hierbei als ein einheitliches Rechtsverhältnis aufzufassen und darf nicht in einen österreichischen und in einen jugoslawischen "Teil" des Beschäftigungsverhältnisses aufgespalten werden. Der Verwaltungsgerichtshof erinnert in diesem Zusammenhang an die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes, wonach der Gesetzgeber von der Einheit des Dienstverhältnisses einer konkreten Person, in dessen Rahmen verschiedene Dienstleistungen möglich seien, ausgehe, sodaß es etwa für die Zuordnung eines Beschäftigungsverhältnisses zum Typus eines Dienstverhältnisses im Rahmen der Hauswirtschaft oder zum Typus eines anderen Dienstverhältnisses auf ein Überwiegen der betreffenden Beschäftigungsmerkmale ankomme (vgl. die Entscheidung des OGH vom 11. Jänner 1955, 4 Ob 166/54 = Arb 6146, sowie das hg. Erkenntnis vom 7. Dezember 1983, Zl. 08/3687/80 = ZfVB 1984/4/1597). Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes kommt nun auch eine örtliche Aufspaltung des einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht in Betracht. Vielmehr muß das gesamte Dienstverhältnis dem Rechtsbereich des einen oder des anderen Vertragsstaates zugeordnet werden. Die räumliche Zuordnung ist dabei - wie bereits ausgeführt - in erster Linie nach dem vertraglich bedungenen Beschäftigungsort, ansonsten nach dem Überwiegen der Ausübung der Beschäftigung sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht vorzunehmen. Daß es auf diese Zuordnungsregel ankommt und nicht etwa auf den Ort, von dem aus der Arbeitseinsatz geleitet wird, zeigen die Ausnahmen des Art. 8 lit. b und c des Abk, die bei Personen und Güterbeförderungsunternehmen sowie bei Betrieben im Grenzgebiet auf den Unternehmenssitz abstellen, was andernfalls überflüssig wäre.

Bemerkt wird in diesem Zusammenhang noch zur Klarstellung, daß diese Ausführungen den Fall betreffen, daß nur eine Beschäftigung ausgeübt wird. Bei gleichzeitiger Ausübung einer Beschäftigung (nunmehr nach dem Zweiten Zusatzabkommen: einer Erwerbstätigkeit) im einen und einer anderen Beschäftigung (Erwerbstätigkeit) im anderen Vertragsstaat hat hingegen das Fehlen einer die gleichzeitige Versicherungspflicht in beiden Staaten ausschließenden Bestimmung im Abkommen zur Folge, daß - in gleicher Weise wie im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten - in beiden Staaten Versicherungspflicht besteht, wobei die leistungsrechtliche Behandlung der sich in solchen Fällen ergebenden deckenden Versicherungszeiten in der Pensionsversicherung im Art. 19 Abs. 4 des Abk eine Regelung gefunden hat (vgl. auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. Juli 1983, Slg. Nr. 9758 = ZfVB 1984/1/322, sowie FÜRBOECK- TESCHNER, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 5a, S. 22).

2.4. Sollte die Beschäftigung des Dienstnehmers eines Dienstgebers mit Sitz in Österreich nach den eben genannten Kriterien als eine Beschäftigung auf dem Gebiete von Jugoslawien zu beurteilen sein, so wären nach dem Territorialitätsprinzip grundsätzlich die jugoslawischen Rechtsvorschriften anzuwenden (Art. 7 des Abk). Dennoch käme österreichisches Recht zur Anwendung und wäre die Versicherungspflicht nach dem ASVG zu prüfen, wenn einer der Ausnahmetatbestände des Art. 8 des Abk auf eine solche Beschäftigung zuträfe.

Die Tatbestandsmerkmale dieser zuletzt genannten staatsvertraglichen Ausnahmebestimmung bringen deutlicher als jene der ansonsten im Verhältnis Österreichs zu Nichtvertragsstaaten geltenden innerstaatlichen Bestimmung des § 3 Abs. 2 lit. d ASVG zum Ausdruck, was unter dem Begriff des ins Ausland entsendeten Dienstnehmers zu verstehen ist. Es muß sich dabei (bezogen auf den Beschwerdefall) um einen in Österreich wohnhaften Dienstnehmer handeln, der vom Dienstgeber in Österreich gewöhnlich beschäftigt wird und nach Jugoslawien entsendet wird. Der Entsendungstatbestand setzt somit einen gewöhnlich in Österreich beschäftigten Dienstnehmer voraus, worunter -

nach dem bisher Gesagten - eine Beschäftigung als Dienstnehmer verstanden werden muß, die ihrem Schwerpunkt nach in Österreich entfaltet wird, wobei dies wiederum in erster Linie nach dem Inhalt des Dienstvertrages zu beurteilen ist. Ob allerdings nur eine Person, auf die diese Merkmale im Zeitpunkt der Entsendung zutreffen, ein "entsendeter Dienstnehmer" im Sinne der Ausnahmebestimmung des Art. 8 lit. a des Abk ist, kann im Hinblick auf die nachstehenden Ausführungen im Beschwerdefall dahingestellt bleiben.

Die Ausnahme vom Territorialitätsprinzip auf Grund des Entsendungstatbestandes ist zeitlich begrenzt bzw. bei einer darüber hinausgehenden Entsendung durch den Vertragsstaat, in dessen Gebiet die Beschäftigung erfolgt, zustimmungsbedürftig. Der Verwaltungsgerichtshof ist nun auch für den Fall der Entsendung von Dienstnehmern in den anderen Vertragsstaat der Auffassung, daß es dabei auf das Hauptgewicht der auszuübenden Beschäftigung ankommt. Zeitlich geringfügige, wenn auch dienstliche Aufenthalte im Betrieb des entsendenden Dienstgebers, die einer zur Haupttätigkeit (hier: der Informationsbeschaffung, des Kommentierens und der Verfassung und Herstellung von Beiträgen und Berichten vor Ort) qualitativ und quantitativ hinzutretenden Hilfstätigkeit dienen (wie der Fertigstellung bestimmter, jedoch keineswegs sämtlicher Berichte und Beiträge; der Entgegennahme von Aufträgen, wobei diese üblicherweise telefonisch oder fernschriftlich nach Belgrad erfolgen; der Information der Organe des Dienstgebers über allgemeine Probleme der Berichterstattung) vermögen den zeitlichen Zusammenhang der Auslandstätigkeit nicht zu unterbrechen und können keineswegs als eine jeweils neuerlich in Österreich wieder aufgenommene Beschäftigung gedeutet werden, handelt es sich doch auch hier um ein einheitliches, weder zeitlich noch örtlich aufspaltbares Dienstverhältnis.

2.5. Aus diesen Erwägungen folgt, daß die belangte Behörde die Rechtslage insofern verkannt hat, als sie den Sachverhalt nicht anhand der Artikel 7, 8 und allenfalls 9 des Abk geprüft hat. Sie wird im fortgesetzten Verfahren im Hinblick auf die in den vorstehenden Erwägungen herausgearbeiteten rechtlichen Kriterien die erforderlichen Feststellungen zu treffen und dabei auch die Ermittlungsergebnisse des Berufungsverfahrens eingehender zu verwerten haben, als dies im angefochtenen Bescheid auf Seite 41 im Zusammenhalt mit Seite 4 des Bescheides des Landeshauptmannes vom 27. Oktober 1983 erfolgt ist.

Der angefochtene Bescheid war infolgedessen gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wie im Spruch aufzuheben.

2.6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 2 VwGG in Verbindung mit Art. I Z. 1 und Art. III Abs. 2 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 104/1991.

2.7. Soweit Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zitiert wurden, die in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Gerichtshofes nicht veröffentlicht sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen.

### **Schlagworte**

Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2 Verwaltungsrecht Internationales Rechtsbeziehungen zum Ausland VwRallg12

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

ECLI:AT:VWGH:1991:1986080139.X00

### **Im RIS seit**

11.07.2001

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)