

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/6/19 88/08/0200

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.06.1990

## Index

62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

AIVG 1977 §1 Abs1;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §471a;  
ASVG §471b;  
ASVG §478a;  
ASVG §5 Abs1 Z2;  
ASVG §5 Abs2;

## Betreff

Wiener Gebietskassenkasse gegen Bundesminister für Arbeit und Soziales vom 1. Juni 1988, Zl. 123.500/3-7/87, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. G, 2. X, 3. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt)

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- und der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von S 10.110,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid vom 18. Februar 1987 stellte die Beschwerdeführerin fest, daß die erstmitbeteiligte G auf Grund ihrer Beschäftigung "beim Dienstgeber X" (dem Zweitmitbeteiligten) in den in der Anlage genannten Zeiten gemäß § 471a ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG 1958 bzw. 1977 der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht unterliege. In der Anlage wurden 94 nicht aufeinanderfolgende Tage der Jahre 1973 bis 1978 genannt, und zwar 12 aus 1973, 16 aus 1974, 12 aus 1975, 20 aus 1976, 16 aus 1977 und 18 aus 1978. Nach der Bescheidbegründung hätten die Erhebungen ergeben, daß die Erstmitbeteiligte als Chormitglied beim

Zweitmitbeteiligten beschäftigt worden sei. Die Leiterin des Zusatzchores der Wiener Staatsoper habe niederschriftlich angegeben, daß die Erstmitbeteiligte Mitglied des Zusatzchores gewesen sei. Nach dem Ansuchen um Mitgliedschaft werde ein Termin für ein Probesingen vereinbart. Bei positivem Abschneiden werde der Sänger im Chor eingesetzt. Der Sänger bzw. die Sängerin werde in eine Karte eingetragen und bei Bedarf verständigt. Der Sänger studiere jeweils eine Oper ein und werde nach einem festen Turnusdienstplan eingesetzt. Wenn ein Sänger öfters ohne entsprechende Begründung seinen eingeteilten Turnusdienst nicht einhalte, werde er bzw. sie nicht weiter beschäftigt. Bei Verhinderung des Sängers oder der Sängerin könne dieser oder diese einen Kollegen als Ersatz suchen, doch müsse dieser in der Kartei des Chores enthalten sein, die gleiche Stimmlage haben und es werde das für die geleistete Tätigkeit gebührende Entgelt auch an den Vertreter ausgezahlt. Eine völlig freie Vertretungsmöglichkeit bestehe nicht, sondern nur die Möglichkeit den Dienst mit Kollegen zu tauschen. Der Vertreter müsse auch das Stück einstudiert haben. Eine Anwesenheitsliste werde pro Vorstellung geführt und entsprechend den als anwesend geführten Personen auch die Auszahlung geleistet. Künstlerisch seien die Chormitglieder dem Chordirektor gegenüber weisungsgebunden. In sonstigen Belangen - Administration - unterständen sie dem Leiter bzw. der Leiterin des Zusatzchores. Für die Erstmitbeteiligte gelte grundsätzlich das Angeführte. Der Turnusplan für den Dienst hänge in einem Glaskasten zur Einsicht auf. Die Erstmitbeteiligte habe auch für die geleisteten Choreinsätze das vereinbarte Entgelt erhalten. Diese Angaben habe die Erstmitbeteiligte vollinhaltlich bestätigt. Nach Zitierung der §§ 471a und b ASVG kommt die Beschwerdeführerin zum Ergebnis, daß nach dem vorliegenden Sachverhalt die für den Eintritt bzw. den Bestand der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht erforderlichen Voraussetzungen auf die Erstmitbeteiligte an den in der Anlage genannten Tagen zuträfen.

In dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch bestritt die Erstmitbeteiligte, daß sie beim Zweitmitbeteiligten in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, also als Dienstnehmerin nach § 4 Abs. 2 ASVG, beschäftigt worden sei. Es habe nach der niederschriftlichen Vernehmung der Leiterin des Zusatzchores keine Arbeitsverpflichtung bestanden, seien grundsätzlich keine Konsequenzen aus dem Nichtantritt des Sängers zum eingeteilten Dienst gezogen worden und habe die jederzeitige Möglichkeit für die Erstmitbeteiligte bestanden, ein an sie gerichtetes Anbot ohne Angabe von Gründen abzulehnen und auch einen Vertreter mit gleicher Stimmlage zu bestimmen.

Mit Bescheid vom 2. Juni 1987 gab der Landeshauptmann von Wien dem Einspruch Folge und änderte den bekämpften Bescheid gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 dahin ab, daß gemäß den §§ 413 und 414 in Verbindung mit § 355 ASVG festgestellt wurde, die Erstmitbeteiligte sei zufolge ihrer tageweisen Beschäftigung beim Zweitmitbeteiligten an den angeführten Tagen nicht der Vollversicherungspflicht auf Grund von § 471a ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen. Begründend wird ausgeführt, es sei im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsbehörde, in der unter anderem die Leiterin des Zusatzchores als Zeugin vernommen worden sei, folgender Sachverhalt hervorgekommen und als erwiesen angenommen worden:

Der Chordirektor habe die Termine für die Proben des Zusatzchores festgesetzt. Die in einer Liste eingetragenen Chorsänger, zu denen auch die Erstmitbeteiligte gehört habe, seien von der Leiterin des Zusatzchores von Fall zu Fall telefonisch verständigt worden. Die Zusatzchorsänger müßten angeben, ob sie Zeit hätten, könnten jedoch die Termine jederzeit ablehnen. Im Wiederholungsfall würden sie meist nur mehr verwendet, wenn sie eine gute Stimme hätten. Im Falle des Nichterscheins der Zusatzchorsänger nach erfolgter Zusage könnten keine disziplinarischen Maßnahmen ergriffen werden. Der Zusatzchorsänger könne jederzeit, auch noch direkt vor der Aufführung eine Vertretung gleicher Stimmlage und Einstudierung benennen. Diese Vertretung werde dann meist vom Vertretenden auf einer Liste eingetragen und erhalte dieser die Bezahlung. Die Bezahlung der Chorsänger erfolge über Akontierung der Aufführung und Abrechnung zum Monatsende. Zwischen dem Choristen und dem jeweiligen Bundestheater bestehe keinerlei Bindung und würden nur werkbezogene Weisungen künstlerischer Natur vom Chorleiter erteilt. Requisiten stelle der Zweitmitbeteiligte bei. Bei der rechtlichen Bewertung dieses Sachverhaltes nach § 4 Abs. 2 ASVG, der auch für fallweise beschäftigte Personen nach § 471a ASVG heranzuziehen sei, sei davon auszugehen, daß die Erstmitbeteiligte nicht durch disziplinarische Maßnahmen, die der Zweitmitbeteiligte gesetzt habe oder hätte setzen können, gehalten gewesen sei, an den Aufführungen und den zugehörigen Proben zu den Stücken ihrer Stimmlage als Zusatzchorsängerin unter allen Umständen teilzunehmen. Vielmehr sei ihr die Teilnahme an den einzelnen Tagen völlig frei gestellt und ihrer eigenen Entscheidung überlassen worden, woran der von der Erstmitbeteiligten bekundete Umstand, sie habe an allen Aufführungen, von denen sie verständigt worden sei, teilgenommen, nichts geändert habe. Hinzu komme, daß die Erstmitbeteiligte, wie alle Choristen auch, jederzeit die Möglichkeit gehabt habe, sich vertreten

zu lassen. Daß nur Vertreter gleicher Stimmlage und Einstudierung hätten benannt werden können, hindere die völlig freie Vertretbarkeit deswegen nicht, weil die Modalitäten der Vertretung aus künstlerischer Sicht werkbezogen, nicht jedoch administrativ und disziplinar aus der Sicht eines vorgesetzten Dienstgebers begründet seien. Habe aber die Erstmitbeteiligte die Möglichkeit gehabt, sich jederzeit nach eigenem Willen vertreten zu lassen, so habe es zu keiner relevanten, ein Dienstverhältnis begründenden Bindung zum Zweitmitbeteiligten kommen können. Die Arbeitsleistung an einzelnen Tagen an sich begründe die Versicherungspflicht dann nicht, wenn - so wie im Beschwerdefall - die Grundvoraussetzung der Eingliederung in den Betriebsorganismus an den einzelnen Tagen in administrativer und disziplinarer Hinsicht, somit die Unterordnung unter den Dienstgeber, nicht gegeben sei. Darauf weise auch die Tatsache hin, daß das Entgelt für die jeweilige Aufführung letztlich der Chorist erhalten habe, der tatsächlich an der Aufführung mitgewirkt habe, ein grundsätzlicher Entgeltanspruch unabhängig von den sonstigen Umständen jedoch nicht bestanden habe.

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung wandte die Beschwerdeführerin ein, es sei unbestritten, das die Erstmitbeteiligte an den oben angeführten Tagen als Mitglied des Zusatzchores beschäftigt gewesen sei und an diesen Tagen ein entsprechendes Entgelt ausbezahlt erhalten habe, das stets die jeweilige tägliche Geringfügigkeitsgrenze überschritten habe. Die Einspruchsbehörde beachte nicht den Unterschied zwischen der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG und den §§ 471a bis c leg. cit. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin sei die Begriffsdefinition des Dienstnehmers auf fallweise beschäftigte Personen nicht anzuwenden. Es sei geradezu denkunmöglich, die nach außen hin in Erscheinung tretenden Merkmale der persönlichen Abhängigkeit, wie z.B. absolute Weisungsgebundenheit, permanente Überwachung, Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit sowie die Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung, auf fallweise beschäftigte Personen anwenden zu wollen. Diese Merkmale seien nämlich nur dann aussagekräftig, wenn es sich um ein auf Dauer angelegtes Beschäftigungsverhältnis handle. Bei fallweise beschäftigten Personen liege es in der Natur der Sache, daß die Beschäftigung eben nur für jeweils einen Tag vereinbart bzw. an einem Tag ausgeübt werde. Natürlich stehe es der fallweisen beschäftigten Person - wie jedem anderen Dienstnehmer auch - frei, ihre Tätigkeit jederzeit zu beenden oder an bestimmten Tagen die Arbeitsaufnahme zu verweigern. Lehne sie aber die Arbeitsaufnahme ab, dann tue sie dies im Bewußtsein, für den Tag der Aufführung kein Entgelt zu erhalten. Diese Konsequenz sei bei jeder entgeltlichen Beschäftigung der Fall, bei der die Pflichtversicherung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung beginne und mit dem Ende des Entgeltanspruches ende. In diesem Zusammenhang habe die Einspruchsbehörde unberücksichtigt gelassen, daß nach der Aussage der Leiterin des Zusatzchores zu Beginn der Vorstellung jeweils aus der Auszahlungsliste bekannt gewesen sei, wer singen werde. Ab diesem Zeitpunkt bestehe persönliche Arbeitspflicht und als Gegenleistung ein Entgeltanspruch für den jeweiligen Aufführungstag. Bei dem von der Einspruchsbehörde für die Verneinung der Versicherungspflicht ins Treffen geführten weiteren Argument aus der Tatsache, daß das Entgelt für die jeweilige Aufführung der Chorist erhalten habe, der tatsächlich an der Aufführung mitgewirkt habe, übersehe sie, daß gerade diese Tatsache eine der wesentlichen Merkmale einer fallweisen Beschäftigung sei.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 keine Folge und bestätigte den Einspruchsbescheid. Die belangte Behörde legte ihrer Entscheidung folgende Feststellungen zugrunde: Die Erstmitbeteiligte sei an den angeführten Tagen als Zusatzchormitglied beim Zweitmitbeteiligten beschäftigt gewesen. Diese Tätigkeit habe sich wie folgt gestaltet: Die für fähig befundenen Bewerber seien als Mitglieder des Zusatzchores in eine Kartei eingetragen und für die einzelnen Produktionen aus der Kartei ausgewählt worden. Sie seien dann von Fall zu Fall angerufen und gefragt worden, ob sie zum Termin der Aufführungen Zeit hätten. Die Leiterin des Zusatzchores habe diese Anrufe erledigt, sobald der Chordirektor Termine für die Proben bekanntgegeben gehabt habe. Seitens der Chorleitung sei ein Plan betreffend die Besetzung des Zusatzchores bei den einzelnen Aufführungen erstellt worden. Es habe für die Erstmitbeteiligte die sanktionslose Möglichkeit bestanden, den Termin abzulehnen. Auch bei einer Zusage durch die Angefragte habe bei Nichterscheinen zur Probe bzw. Aufführung keine Sanktionsmöglichkeit durch den Zweitmitbeteiligten bestanden. Bei wiederholtem Nichterscheinen sei erwogen worden, den Betreffenden bzw. die Betreffende für zukünftige Produktionen nicht mehr heranzuziehen. Jenen Mitgliedern des Zusatzchores, die an der Aufführung teilgenommen hätten, sei das Entgelt vor Beginn der Aufführung a conto ausgezahlt, Restzahlungen seien am Monatsende abgerechnet worden. Die Erstmitbeteiligte habe die vereinbarten Termine jeweils eingehalten. Die Zusatzchorsänger, die für eine Aufführung eingeteilt gewesen seien, hätten eventuelle Vertretungen untereinander vereinbaren und dies auch selbst auf der Liste vermerken können, wodurch die Leiterin des Chores von der Vertretung erfahren habe. Eine Zustimmung für eine Vertretung sei nicht

notwendig gewesen. Das Entgelt habe pro Vorstellung S 440,- a conto betragen; am Monatsende sei zusammen mit den Proben abgerechnet worden. Auf Grund dieses Sachverhaltes sei die belangte Behörde zur Auffassung gelangt, daß die Voraussetzungen für den Eintritt der Versicherungspflicht nach den §§ 471a ff ASVG nicht vorgelegen seien. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei die belangte Behörde der Ansicht, daß bei Prüfung des Vorliegens der Versicherungspflicht von fallweise beschäftigten Personen im Sinne des § 471b ASVG auch das Vorliegen persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zu prüfen sei. Diese Ansicht gründe sich unter anderem auf § 471a Abs. 2 ASVG, wonach die Versicherung der fallweisen beschäftigten Personen in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach den sonstigen Vorschriften über diese Versicherungen durchgeführt werde. Auch aus den Gesetzesmaterialien (zur 29. ASVG-Novelle, BGBl. Nr. 31/1973, mit der die §§ 471a bis 471e ASVG eingeführt wurden:

404 BlgNR XIII. GP) gehe hervor, daß es nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, den Kreis der Pflichtversicherten durch die fallweise beschäftigten Personen zu erweitern, sondern daß lediglich für bereits nach der bisherigen Rechtslage nach dem ASVG pflichtversicherte Personen, die fallweise beschäftigt seien, Modifikationen unter anderem im Meldewesen und bei der Beurteilung der Geringfügigkeit der Beschäftigung gemacht worden seien. Im Beschwerdefall sei daher zu prüfen, ob für die Erstmitbeteiligte an jenen Tagen, an denen sie beim Zweitmitbeteiligten beschäftigt gewesen sei, persönliche Abhängigkeit vorgelegen sei. Das Fehlen grundsätzlicher persönlicher Arbeitspflicht, also die Berechtigung, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte verrichten zu lassen, schließe die persönliche Abhängigkeit wegen der dadurch fehlenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Verpflichteten aus. In Würdigung der dargestellten Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sei die belangte Behörde zur Auffassung gelangt, daß auch ab dem Zeitpunkt, in dem sich die Erstmitbeteiligte zur Mitwirkung an der Aufführung eines bestimmten Tages bereit erklärt habe, und somit in die Aufführungsliste aufgenommen worden sei, keine persönliche Arbeitspflicht bestanden habe. Disziplinäre Folgen für die Dauer der Beschäftigung seien nach der Aussage der Leiterin des Zusatzchores nicht vorgesehen gewesen. Die Weigerung des Zweitmitbeteiligten, bei Nichterbringung der Leistung keinen Vertrag mehr abzuschließen, sei keine typische disziplinäre Maßnahme. Mangels Vorliegens persönlicher Abhängigkeit müsse die Versicherungspflicht der Erstmitbeteiligten in den genannten Zeiträumen verneint werden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde. Darin wendet sich die Beschwerdeführerin nicht gegen die (vom Verwaltungsgerichtshof als zutreffend erachteten) Rechtsausführungen der belangten Behörde zum Verhältnis des § 4 Abs. 2 ASVG zu den §§ 471a bis e leg. cit., sondern nur gegen die Verneinung der persönlichen Abhängigkeit der Erstmitbeteiligten vom Zweitmitbeteiligten und damit eines Dienstverhältnisses nach § 4 Abs. 2 ASVG. Die belangte Behörde habe die persönliche Verpflichtung der Erstmitbeteiligten zur Erbringung der Arbeitsleistung mit einem falschen "Beobachtungszeitraum" verbunden. Sie habe nicht erkannt, daß die Frage der persönlichen Arbeitspflicht erst dann habe relevant werden können, sobald die Erstmitbeteiligte ihr Entgelt empfangen gehabt habe und zur Vorstellung aufgetreten sei, wobei jeder Tag, an dem sie aufgetreten sei, für sich isoliert zu betrachten sei. Die Tatsache, daß sich die Erstmitbeteiligte stets habe entscheiden können, ob sie überhaupt singen wolle oder ob sie den "Job" einer Kollegin habe überlassen wollen, spreche nicht gegen das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit ab dem Zeitpunkt, ab welchem sie ihr Tageshonorar übernommen habe. Die persönliche Arbeitspflicht ende jedoch jeweils sofort mit dem Ende der Vorstellung, was sich aber aus dem Vorliegen einer "tageweisen" Beschäftigung ohnedies ergebe. Demgemäß habe die belangte Behörde übersehen, daß die Erstmitbeteiligte in der Zeit zwischen der Entgegennahme des Entgelts und dem Ende der Vorstellung voll in den Betrieb des Zweitmitbeteiligten integriert gewesen sei. In diesem maßgeblichen Zeitraum habe sie über ihre Zeit nicht verfügen können und es sei ihre Bestimmungsfreiheit - wenn auch immer nur für wenige Stunden - ausgeschaltet gewesen. Die Zeitspanne zwischen der Aufnahme in die Mitgliederliste und der Entgegennahme des Entgeltes durch die Erstmitbeteiligte sei hingegen rechtlich ohne Bedeutung. Dementsprechend sei auch die Frage der Vertretungsberechtigung unrichtig gelöst worden. Da das jeweilige Dienstverhältnis frühestens mit dem Zeitpunkt begonnen habe, zu dem die Erstmitbeteiligte das entsprechende Entgelt in Empfang genommen habe, habe sie sich ab diesem relevanten Zeitpunkt nicht mehr vertreten lassen können und habe dies auch nicht getan. Die sogenannte "Vertretungsberechtigung" sei daher gar keine gewesen, sondern lediglich eine Gepflogenheit der für die Verrichtung der Chorsängertätigkeit in Betracht kommenden Personen, die eine Arbeitsmöglichkeit, von der sie, aus welchen Gründen auch immer, doch nicht hätten Gebrauch machen wollen oder können, in amikaler Weise anderen Personen aus demselben Personenkreis angeboten hätten. In diesem Zusammenhang sei der angefochtene Bescheid auch mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von

Verfahrensvorschriften behaftet. Auf Grund der Sachverhaltsdarstellung der Einspruchsbehörde, die die belangte Behörde zum Inhalt ihres Bescheides erhoben bzw. zumindest nicht in geänderter Form wiedergegeben habe, hätte die belangte Behörde erkennen müssen, daß die sogenannte "Vertretung" tatsächlich keine Vertretung gewesen sei, sondern vielmehr die bloße Weitergabe einer Möglichkeit, eine Arbeit - für einen Tag - anzunehmen. Darauf weise auch die Formulierung hin, wonach sich meist der Vertretende selbst in die Liste eingetragen habe. Vor allem hätte sich die belangte Behörde näher mit der Tatsache auseinandersetzen müssen, daß die Bezahlung der "Vertretende" und nicht der "Vertretene" erhalten habe. Auch habe die belangte Behörde Feststellungen darüber unterlassen, wem nun tatsächlich der Anspruch auf die Bezahlung zugestanden sei. Diesbezüglich hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, daß jener Chorsänger, der tatsächlich zur Probe bzw. Aufführung angetreten sei, auch den originären Anspruch auf die Bezahlung des Entgelts gehabt habe und nur diese Person Vertragspartner des Zweitmitbeteiligten gewesen sei. Ab dem Zeitpunkt, ab dem festgestanden sei, wer tatsächlich auftreten würde und daher das Honorar in Empfang genommen habe, habe aber keine Vertretungsmöglichkeit mehr bestanden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die Erstmitbeteiligte eine Gegenschrift; die übrigen Mitbeteiligten nahmen von der Erstattung von Gegenschriften 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.

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist.

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 findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung 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 unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, 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 Empfängers der Arbeitsleistung) 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 diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgebender Bedeutung sein.

Der rechtlichen Beurteilung nach diesen Grundsätzen ist folgender Sachverhalt zu unterziehen: Die Erstmitbeteiligte stand Jahre hindurch in den in der Bescheidbegründung näher gekennzeichneten Beziehungen zum Zweitmitbeteiligten, auf Grund derer sie nicht nur keine von vornherein bestehende Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistungen hatte, sondern auch nach einer jeweils erfolgten Zusage der Teilnahme an einer Probe oder einer Aufführung berechtigt war, sanktionslos die bereits übernommene Arbeitsverpflichtung nicht zu erfüllen oder

jedenfalls die übernommene Arbeitsverpflichtung durch näher gekennzeichnete andere Zusatzchormitglieder, sei es als Vertreter, sei es (im Sinne der Beschwerdeausführungen) "nach Weitergabe der Arbeit" als einen (vom Zweitmitbeteiligten von vornherein akzeptierten) neuen Vertragspartner vornehmen zu lassen.

Nach den obigen rechtlichen Darlegungen können trotz der Beachtlichkeit der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses in Grenzfällen (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 23. Mai 1963, Zl. 150/63, vom 27. Oktober 1971, Zl. 1479/71, und vom 24. Oktober 1980, Zl. 2662/78, mit jeweils weiteren Judikaturhinweisen) auch Personen, die - wie im Beschwerdefall die Erstmitbeteiligte - nur tageweise Beschäftigungen ausüben, (sofern dadurch nicht ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis während eines größeren Zeitraumes begründet wird) jedenfalls in den tatsächlichen Beschäftigungszeiten in versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen stehen, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden tageweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 13. September 1972, Zl. 2376/71, und vom 21. März 1985, Zl. 83/08/0052). Ein durchgehendes versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis der Erstmitbeteiligten zum Zweitmitbeteiligten bestand schon wegen des Fehlens einer Verpflichtung zur Annahme der jeweiligen Angebote zur Teilnahme an einer Probe oder Aufführung nicht (vgl. zu den maßgeblichen Kriterien eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses die Erkenntnisse vom 23. September 1970, Slg. Nr. 7859/A, vom 16. Jänner 1990, Zl. 88/08/0260, vom 27. März 1990, Zl. 89/08/0204, und vom 24. April 1990, Zl. 89/08/0142). Es ist daher zu prüfen, ob sie in den tatsächlichen Beschäftigungszeiten in versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen zum Zweitmitbeteiligten stand.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt schon die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung (d.h. im Rahmen einer Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, wodurch er trotz übernommener Gesamtverpflichtung in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren kann, wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger aus (vgl. die Erkenntnisse vom 19. März 1984, Zl. 81/08/0061, vom 29. September 1986, Zl. 82/08/0208, und vom 10. November 1988, Zl. 85/08/0171). Das gilt auch dann, wenn er berechtigt ist, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte vornehmen zu lassen oder sich ohne weitere Verständigung des Vertragspartners zur Verrichtung der bedungenen Arbeitsleistung einer Hilfskraft zu bedienen (vgl. unter anderem die Erkenntnisse vom 19. März 1984, Zl. 81/08/0061, und Zl. 82/08/0154, vom 29. September 1986, Zl. 82/08/0208, vom 13. Oktober 1988, Zl. 87/08/0078, und vom 9. Februar 1989, Zl. 88/08/0312, 89/08/0025). Nicht entscheidend ist, ob der Beschäftigte von einer der genannten Berechtigungen auch Gebrauch macht. Ob hinsichtlich der Beschäftigung selbst, sofern sie der Verpflichtete unter Verzicht auf seine Berechtigung ausübt, ohne Bedachtnahme auf die genannte Berechtigung die sonstigen Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen, ist wegen der - schon in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden - fehlenden Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit bedeutungslos (vgl. unter anderem Erkenntnis vom 9. Februar 1989, Zl. 88/08/0312, 89/08/0025).

Umsoweniger kann eine solche Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit durch die von der Erstmitbeteiligten im Rahmen der oben umschriebenen Beziehungen zum Zweitmitbeteiligten jeweils übernommene Arbeitsverpflichtung für eine Probe oder eine Aufführung in den Fällen angenommen werden, in denen sie von der ihr zukommenden Berechtigung keinen Gebrauch gemacht hat und daher beschäftigt wurde. Die von der Beschwerdeführerin intendierte isolierte Betrachtung im Sinne einer alleinigen Beachtlichkeit der jeweiligen tatsächlichen Beschäftigung ohne Bedachtnahme auf die Struktur der ihr zugrundeliegenden Arbeitspflicht liefe auf eine Unmaßgeblichkeit des vom Verwaltungsgerichtshof für entscheidend erachteten Kriteriums der grundsätzlich persönlichen Arbeitspflicht hinaus und ist daher abzulehnen. Der Umstand, daß die Namhaftmachung eines Vertreters bzw. eines neuen Vertragspartners aus naheliegenden sachlichen Gründen nur bis zum Beginn der jeweiligen Probe oder Aufführung bzw. bis zu der kurz vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Entgeltzahlung zulässig war, ändert an dieser Beurteilung deshalb nichts, weil diese zeitliche Limitierung an der grundsätzlich bestehenden zeitlichen Dispositionsfreiheit der Erstmitbeteiligten nichts änderte. Daß sie nur geeignete Dritte (nämlich in der Kartei des Zweitmitbeteiligten eingetragene Chormitglieder mit derselben Stimmlage, die überdies das Stück schon einstudiert hatten) stellig machen durfte, ist ebenfalls unmaßgeblich, 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 Arbeitsempfänger zu erfüllen: im Beschwerdefall durch eine Sängerin, deren grundsätzliche Eignung (für den Zweitmitbeteiligten) durch die erst nach einem erfolgreichen Probesingen vorgenommene Eintragung in die Kartei feststand und für deren konkrete Eignung dieselbe Stimmlage und ein entsprechendes Vorstudium erforderlich war.

Aus den angeführten Gründen ist der angefochtene Bescheid nicht mit den von der Beschwerdeführerin unter den Gesichtspunkten der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemachten Mängeln behaftet und war die Beschwerde daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

#### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Einzelne Berufe und Tätigkeiten Diverses Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:VWGH:1990:1988080200.X00

#### **Im RIS seit**

18.10.2001

**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)