

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.01.1994

Geschäftszahl

93/08/0154

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Liska und die Hofräte Dr. Knell, Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Sulyok als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Knecht, über die Beschwerde der E-KG in M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. S, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 25. Mai 1993, Zl. 121.719/1-7/93, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG (mP: 1. H in X, 2. VlbG GKK, 3. PVA der Angestellten, 4. AUVA), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, daß der mitbeteiligte H aufgrund seiner Tätigkeit als Musiker für die Beschwerdeführerin am 1., 2., 6., 7., 8., 9., 12., 13., 14. und 15. Juli 1989, am 3., 4., 5., 10., 11., 12., 17., 18. und 19. November 1989, am 1., 4., 5., 6., 11., 12., 13., 17., 18., 19., 20., 23., 24., 25., 26. und 27. Mai 1990 und am 2., 3., 4., 9., 10., 11., 16., 17. und 18. November 1990 der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG unterlegen sei.

In der Bescheidbegründung wird nach zusammenfassender Darstellung des bisherigen Verwaltungsgeschehens, Zitierung der angewendeten gesetzlichen Bestimmungen und Wiedergabe der Grundsätze der Rechtsprechung zum Dienstnehmerbegriff des § 4 Abs. 2 ASVG ausgeführt, daß sich unter Berücksichtigung des Akteninhaltes folgender im wesentlichen unbestrittener Sachverhalt ergebe:

Die Beschwerdeführerin habe mit H. einen Vertrag abgeschlossen, in dem sich dieser verpflichtet habe, mit den anderen Mitgliedern der Gruppe "C" an den im Spruch genannten Tagen für die musikalische Unterhaltung der Gäste (in der von der Beschwerdeführerin betriebenen "Tanz-Tenne" in M) zu sorgen. Die Arbeitszeit habe im Sommer von 21.30 Uhr bis 01.30 Uhr und im Winter von 21.00 Uhr bis 02.00 Uhr gedauert. Die Auswahl der zu spielenden Musikstücke sei H. überlassen worden. Er habe aufgrund seiner Erfahrung erkannt, welche Musikart vom jeweils anwesenden Publikum bevorzugt werden würde. Die Auftrittstermine seien mit H. im vorhinein vereinbart worden. Bezüglich der Musikart seien jedoch von seiten der Beschwerdeführerin keine Weisungen erteilt worden. Der Musikgruppe sei bekannt gewesen, daß in der Tanz-Tenne moderne Musik gefragt sei. Die Musikgruppe "C" bestehe seit Anfang 1989 und spiele seitdem regelmäßig in der Tanz-Tenne in M. H. sei hauptberuflich Versicherungskaufmann und leite diese Musikgruppe, die aus drei Musikern bestehe, nebenberuflich. Die Gruppe spiele bei der Beschwerdeführerin an Wochenenden, also freitags, samstags und sonntags. Das Entgelt für ihre Auftritte sei wöchentlich, jeweils am Sonntag, nach Ende der Aufführung ausbezahlt worden. Wäre H. seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen, hätte er kein Entgelt erhalten. Die Musikgruppe habe sich im Falle der Krankheit oder aufgrund anderer beruflicher Verpflichtungen vertreten lassen können. In diesem Fall sei das Entgelt für diesen Auftritt von der Beschwerdeführerin an die Vertretungsgruppe bezahlt worden. Wenn innerhalb der Gruppe ein einzelner Musiker durch einen anderen ersetzt worden sei, sei dieser von H. bezahlt worden. Die Instrumente und die Verstärkeranlage seien von den Musikern zur Verfügung gestellt worden. Die Lokalität sei von der Beschwerdeführerin beigestellt worden.

Dieser im wesentlichen unbestrittene Sachverhalt sei rechtlich wie folgt zu würdigen:

Die Musikgruppe "C", insbesondere H., sei hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort streng an die Vorgaben der Beschwerdeführerin gebunden gewesen. Die Gruppe habe im vereinbarten Zeitraum in der Zeit von 21.30 Uhr

bis 01.30 Uhr im Sommer bzw. von 21.00 Uhr bis 02.00 Uhr im Winter die Gäste des Hotels mit Tanzmusik zu unterhalten gehabt. Ihre Tätigkeit sei in dem Sinne anspruchsvoll gewesen, als es einer entsprechender Erfahrung und Qualifikation bedurft habe, eine jeweils dem Geschmack des anwesenden Publikums entsprechende Musik darzubieten. H. habe selbst angegeben, daß er aufgrund seiner Erfahrung die Musikstücke den entsprechenden Wünschen des Publikums angepaßt hätte. Die Tatsache, daß den Musikern nicht im einzelnen vorgeschrieben worden sei, welche Musikstücke sie zu spielen gehabt hätten, vermöge nach Ansicht der belangten Behörde das Vorliegen ihrer persönlichen Abhängigkeit nicht auszuschließen. Vielmehr sei im Sinne der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, daß die Musiker der stillen Autorität der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin unterlegen seien. Somit sei von einer Bindung an Ordnungsvorschriften hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort sowie von einer Weisungsgebundenheit im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auszugehen. Die Musiker hätten sich im Falle der Krankheit oder berufsbedingt vertreten lassen können. Dies sei aber nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht als generelle, die Dienstnehmereigenschaft ausschließende Vertretungsmöglichkeit zu beurteilen (vgl. das Erkenntnis vom 29. September 1986, Zl. 82/08/0208). In welcher Form die Musiker tatsächlich entlohnt worden seien und ob im Krankheitsfall ein Entgelt gewährt worden sei, sei angesichts der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht zur Beurteilung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit heranzuziehen. Vielmehr sei zu prüfen, "ob die Musiker über die Unternehmensführung, dem Risiko entsprechend, disponieren konnten oder ob ihnen als Dienstnehmer zu Unrecht das Risiko eines Unternehmers aufgebürdet und ihnen zustehende Entgeltleistungen vorenthalten wurden." Die Dispositionsmöglichkeiten der Musiker seien auf ein Minimum beschränkt gewesen, was als Merkmal ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit zu werten sei: H. habe nicht mitbestimmen können, zu welchen für ihn günstigeren Zeiten das Lokal geöffnet halte. Er habe an bestimmten festgelegten Tagen und zu fixen Zeiten sein Musikrepertoire zu spielen gehabt. Er habe aber auch nicht seine Darbietung abbrechen können, wenn es an einzelnen Abenden für die Gruppe unrentabel gewesen wäre weiterzuspielen. H. sei der bevorzugte Musikstil einer Tanz-Tenne von vornherein bekannt gewesen und habe er sich dem Kundenkreis anzupassen gehabt, der dem Betrieb des Auftraggebers den gewünschten Profit gebracht habe. Daß die Instrumente und die Verstärker als Betriebsmittel von den Musikern beigestellt worden seien, spreche für sich gesehen für ihre wirtschaftliche Selbständigkeit; dem sei jedoch entgegenzuhalten, daß das Lokal als ebenso wesentliches Betriebsmittel von der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin beigestellt worden sei. Dies sei wiederum als Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Musikgruppe zu werten. Bei Beurteilung des tatsächlichen Ablaufes der Beschäftigung ergebe sich deshalb nach Auffassung der belangten Behörde, daß die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber jenen persönlicher und wirtschaftlicher Selbständigkeit überwogen hätten. H. sei daher Dienstnehmer im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm aber ebenso wie die mitbeteiligten Parteien (mit Ausnahme der mitbeteiligten Vorarlberger Gebietskrankenkasse) von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse beantragte in ihrer Gegenschrift die Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwo-gen:

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; dazu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Welche Umstände bei Beantwortung der Frage zu berücksichtigen sind, ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit überwiegen, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargelegt, so etwa in dem von der belangten Behörde zitierten Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11361/A, und im Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12325/A, auf deren Begründung gemäß § 43 Abs. 2 VwGG insoweit verwiesen wird.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin spreche schon die festgestellte Vertretungsmöglichkeit des H. gegen das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG. Feststehe, daß sich H. bei der Ausübung seiner Tätigkeit durch andere Personen habe vertreten lassen können. Dies sei - wie das bisherige Verfahren ergeben habe - (zumindest schlüssig) vereinbart worden. Es sei vorgekommen, daß die gesamte Musikergruppe wegen beruflicher Verpflichtungen oder wegen Krankheit durch eine andere ersetzt worden sei. In diesem Falle habe H. kein Entgelt erhalten; die vertretende Gruppe habe ihre Gage selbst mit der Beschwerdeführerin abgerechnet. Auch innerhalb der Gruppe sei hin und wieder ein einzelner Musiker durch einen Dritten ersetzt worden. In diesem Falle sei der vertretende Musiker von H. bezahlt worden. Diese (schlüssig vereinbarte und tatsächlich geübte) Vertretung sei ein starkes Indiz für die persönliche Unabhängigkeit des H. Wer in einem Dienstverhältnis stehe, könne nämlich nicht erklären, er lasse sich vertreten, weil er andere berufliche Verpflichtungen habe. Die belangte Behörde stelle zwar zunächst fest, daß

eine generelle Vertretungsmöglichkeit ein Dienstverhältnis ausschließe, übersehe dann aber bei ihrer rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes mehr oder weniger diesen wichtigen Umstand.

Daran ist zunächst richtig, daß nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. außer dem von der belangten Behörde zitierten Erkenntnis vom 29. September 1986, Zl. 82/08/0208, u.a. die Erkenntnisse vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11361/A, vom 13. Oktober 1988, Zl. 87/08/0078, und vom 9. Februar 1989, Zlen. 88/08/0312, 89/08/0025) 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 ausschließt. 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 überwiegen, 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 Rummel2, 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 ebenfalls Musikergruppen betreffenden Erkenntnissen vom 14. März 1962, Zl. 656/59, und vom 18. Oktober 1974, Zl. 496/74, 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 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.

Entgegen der Auffassung der belangten Behörde ist die festgestellte Berechtigung des H. (und der übrigen Musiker seiner Gruppe, um deren Versicherungspflicht es allerdings im Beschwerdefall nicht geht), "sich im Falle der Krankheit oder aufgrund anderer beruflicher Verpflichtungen vertreten zu lassen", unter Bedachtnahme auf das gesamte in den Feststellungen umrissene Beschäftigungsbild des H. als eine der generellen Vertretungsbefugnis im obgenannten Sinn gleichzuhaltende zu werten. Denn die Einschränkung der Vertretungsbefugnis des H. außer im Falle der Krankheit auf "andere berufliche Verpflichtungen" berechtigten ihn (und seine Musikergruppe) zwar für sich betrachtet nicht dazu, sich jederzeit und nach Gutdünken durch eine andere geeignete Gruppe bzw. einen geeigneten Musiker vertreten zu lassen. Bedenkt man aber einerseits, daß es H. (und seine Musikergruppe) in der Hand hatten, ihre "anderen beruflichen Verpflichtungen" zu steuern und sie überdies während der jeweils kurzfristigen Engagements - wegen der nur bei einem Auftreten der Gruppe zustehenden Gagenansprüche - realistischerweise daran interessiert waren, selbst aufzutreten, und geht man andererseits von der Feststellung aus, daß die einzige Sanktion für den Fall, daß H. (aus welchen Gründen immer) "seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen wäre", darin bestand, kein Entgelt zu erhalten, kam seine verbal eingeschränkte Vertretungsberechtigung inhaltlich einer generellen Vertretungsbefugnis gleich. Dabei kann offen bleiben, ob die Vertretungsregelung in Verbindung mit der eben angesprochenen einzigen Sanktionierung einer Verletzung der übernommenen Verpflichtung nicht in Wahrheit die Pflicht des H.

einschloß, im Fall der Verhinderung durch Krankheit oder anderer beruflicher Verpflichtungen eine andere Gruppe bzw. einen anderen geeigneten Musiker stellig zu machen. Denn eine derartige Verpflichtung erhärtete nur den schon wegen der Vertretungsregelung vorliegenden Ausschluß eines Beschäftigungsverhältnisses. Auch bedarf es im vorliegenden Zusammenhang - insofern in Übereinstimmung mit der belangten Behörde - keiner Klärung der Frage, ob die Vereinbarung, daß H. auch im Krankheitsfall kein Entgelt erhalte, arbeitsvertragsrechtlich gültig sei, weil sich eine solche Frage nur bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses stellte, die zu beurteilenden Rechtsverhältnisse zwischen H. und der Beschwerdeführerin aber schon wegen der Vertretungsregelung, mit der, wie bereits ausgeführt wurde, die Entgeltvereinbarung im Einklang steht, nicht als Arbeitsverhältnisse zu werten sind.

Aus diesen Gründen war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben, ohne daß auf die übrigen Beschwerdeeinwände gegen die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses des H. mit der Beschwerdeführerin einzugehen war.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 104/1991.