

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

20.12.2001

Geschäftszahl

98/08/0062

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 3. Februar 1998, Zl. 120.100/1-7/98, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Ö-Verlagsgesellschaft mbH in W, vertreten durch Schönherr, Barfuss, Torggler & Partner, Rechtsanwälte in 1014 Wien, Tuchlauben 13, 2. Dr. H in W, 3. Arbeitsmarktservice, Landesgeschäftsstelle Wien, 1010 Wien, Weihburggasse 30, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, 5. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- (EUR 331,75) und der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- (EUR 908,41) binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die erstmitbeteiligte Verlagsgesellschaft als Auftraggeber schloss mit dem Zweitmitbeteiligten als Auftragnehmer am 13. Oktober 1995 nachstehenden Werkvertrag:

"I.

Der Auftraggeber überträgt dem Auftragnehmer nachstehenden Auftrag:

Bearbeitung der STOFFLISTE zur Austria-Codex-Fachinformation

mit dem Ziel, alle Änderungen, Ergänzungen etc., die sich seit der Veröffentlichung der letzten Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation, 28. Ausgabe, im Jahre 1995 ergeben haben, in den Nachträgen per 1. Jänner, 1. April und 1. Juli 1996, sowie in der Neuausgabe, 29. Ausgabe, per 1. Oktober 1996 zu berücksichtigen.

Die Bearbeitung hat über die verlagseigene Datenbank 'Spezialitäten-Informationen-System' so zu erfolgen, dass reprofähige Ausdrucke über Laserdruck ermöglicht werden. Die dafür notwendige EDV-Ausstattung stellt der Auftraggeber kostenlos zur Verfügung.

II.

Der Vertrag ist territorial nicht begrenzt und gilt für alle bestehenden und künftigen Auswertungsmöglichkeiten.

III.

Der Auftraggeber zahlt für die Ausführung der genannten Arbeiten dem Auftragnehmer ein Honorar in Höhe von 10 % des Ladenverkaufspreises bzw. Subskriptionspreises ohne MWSt. für alle verkauften Exemplare, mindestens jedoch S 120.000,--.

IV.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich ohne weitere Vergütung zur Durchsicht und Korrektur der EDV-Ausdrucke, die, in Analogie zu den Druckfahnen, in der EDV des Auftraggebers erstellt werden.

V.

Die Art der Durchführung des Auftrages steht dem Auftragnehmer im Übrigen frei. Es ist ihm insbesondere erlaubt, sich bei der Ausführung des Auftrages Hilfspersonen auf eigene Kosten zu bedienen, doch trägt der in jedem Falle die volle Haftung für die rechtzeitige und ordnungsgemäße Erbringung der Werkleistung.

VI.

Mit der vollständigen Bezahlung des Werkhonorars sind alle wie immer gearteten Rechte und Ansprüche des Auftragnehmers abgegolten. Es stehen dem Auftragnehmer 10 Stück als Freixemplare zu.

VII.

Die Parteien dieses Vertrages verzichten auf das Recht, ihn wegen Verletzung über die Hälfte des wahren Wertes anzufechten.

VIII.

Mündliche Nebenabreden bestehen nicht, Ergänzungen oder Änderungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.

Für Streitigkeiten aus diesem Vertrag gilt die Zuständigkeit der sachlich zuständigen Gerichte Wien I., als vereinbart."

Mit dem an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben vom 8. August 1996 beehrte die Erstmitbeteiligte die bescheidmäßige Feststellung, ob auf Grund dieses Werkvertrages Sozialversicherungspflicht bestehe.

Die Beschwerdeführerin ersuchte den Zweitmitbeteiligten um Beantwortung der in einem ihm übermittelten Auskunftsbogen für Dienst- bzw. Auftragnehmer vorgesehenen Fragen. Der Zweitmitbeteiligte kam diesem Ersuchen nach; die Erstmitbeteiligte bestätigte mit Schreiben vom 10. Oktober 1996 an die Beschwerdeführerin die Richtigkeit der Antworten des Zweitmitbeteiligten.

Mit Bescheid vom 14. Juli 1997 sprach die Beschwerdeführerin einerseits aus, der Zweitmitbeteiligte unterliege auf Grund seiner Tätigkeit als Autor auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen gegenüber der Erstmitbeteiligten in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis 30. Oktober 1996 der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG; andererseits werde festgestellt, dass der Zweitmitbeteiligte bezüglich dieser Tätigkeit nicht in einem die Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG i.V.m. § 4 Abs. 2 ASVG und die Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG begründenden Beschäftigungsverhältnisse stehe, und er auch nicht der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 5 ASVG auf Grund einer regelmäßigen dienstnehmerähnlichen Tätigkeit für einen Auftraggeber unterliege.

In der Begründung führte die Beschwerdeführerin aus, aus dem zwischen der Erstmitbeteiligten und dem Zweitmitbeteiligten abgeschlossenen Werkvertrag gehe hervor, dass der Zweitmitbeteiligte die Bearbeitung der Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation mit dem Ziel, alle Änderungen, Ergänzungen etc., die sich seit der letzten Veröffentlichung ergeben hätten, zu berücksichtigen, übernommen habe. Die Bearbeitung habe über die verlagseigene Datenbank zu erfolgen. Die dafür notwendige EDV-Ausstattung stelle der Verlag zur Verfügung. Für diese Tätigkeit sei ein Honorar in Höhe von 10 % des Verkaufspreises für alle verkauften Exemplare, mindestens jedoch S 120.000,-- vereinbart worden. Der Zweitmitbeteiligte könne sich bei Ausführung des Werkes Hilfspersonen bedienen, trage jedoch in jedem Falle die volle Haftung für die rechtzeitige und ordnungsgemäße Erbringung der Leistung. Aus den Antworten des Zweitmitbeteiligten zum Fragebogen gehe hervor, dass die schriftliche Vereinbarung am 13. Oktober 1995 befristet mit 1. Oktober 1996 abgeschlossen worden sei und es sich um eine ständige Tätigkeit handle.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die Beschwerdeführerin aus, es sei unbestritten, dass der Zweitmitbeteiligte seit 13. Oktober 1995 für die Erstmitbeteiligte tätig sei, ohne an bestimmte Arbeitszeiten gebunden zu sein. Von einer Dienstnehmereigenschaft als Voraussetzung für den Eintritt bzw. Bestand der Versicherungspflicht im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG könne daher ab 13. Oktober 1995 keine Rede sein. Ab 1. Juli 1996 unterlägen aber Personen mit freien Dienstverhältnissen und mit Werkverträgen, die in einer dienstnehmerähnlichen Stellung tätig werden, der Pflichtversicherung. Im vorliegenden Fall liege ein freier Dienstvertrag vor, weil die auf ein Bemühen gerichtete Schuld des Auftragnehmers, und damit auch die Pflichtversicherung, durch eine schriftliche Abmachung zu Stande gekommen sei und der Auftraggeber Betriebsmittel zur Verfügung stelle. Im Gegensatz zum freien Dienstvertrag, der ein Dauerschuldverhältnis voraussetze, sei der dienstnehmerähnliche Werkvertrag nur ein Zielschuldverhältnis. Entscheidend sei, dass von vornherein nur eine einzelne Leistung geschuldet werde, deren Durchführung die Pflicht des Schuldners abschließend erfülle. Davon könne im vorliegenden Fall mit Sicherheit keine Rede sein.

Da § 4 Abs. 4 ASVG mit 1. Juli 1996 in Kraft getreten sei, könne Versicherungspflicht in diesem Sinne auch erst ab diesem Zeitpunkt eintreten, selbst wenn die vertraglich vereinbarte Tätigkeit schon vor diesem Zeitpunkt aufgenommen worden sei.

Die Erstmitbeteiligte erhob Einspruch. Darin führte sie aus, der Zweitmitbeteiligte habe sich nicht auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen - wie in der Begründung des Bescheides der Beschwerdeführerin angeführt - verpflichtet, sondern habe ein konkretes Werk erstellt. Zur Durchführung dieses Werkes habe er Gehilfen auf eigene Kosten beiziehen können. Im Rahmen der Gewährleistungspflicht habe der

Zweitmitbeteiligte für Mängel gehaftet. Das Werk sei im Oktober 1996 veröffentlicht worden. Aus wirtschaftlichen Gründen sei dem Zweitmitbeteiligten die verlagseigene EDV-Ausstattung zur Verfügung gestellt worden, die es ermögliche, reprofähige Ausdrucke über Laserdruck auszugeben, wodurch sich die Erstmitbeteiligte die Satzkosten in der Druckerei erspart habe. Als Honorar für dieses Werk seien Tantiemen in Höhe von 10 % des Ladenverkaufspreises bzw. Subskriptionspreises ohne MWSt. für alle verkauften Exemplare vereinbart worden.

Die Beschwerdeführerin legte den Einspruch dem Landeshauptmann von Wien vor. Im Begleitschreiben vom 16. September 1997 führte sie zu den Ausführungen im Einspruch aus, entscheidend sei, ob der Zweitmitbeteiligte von vornherein eine einzelne Leistung geschuldet habe, deren Durchführung - wie lange dies auch immer gedauert haben möge - seine Pflicht abschließend erfüllt habe (= Werkvertrag), oder er Dienste einer mehr oder weniger bestimmten Art für eine von vornherein befristete oder auch für eine unbestimmte Dauer geschuldet habe (= Dienstvertrag). Bei einem freien Dienstvertrag werde ein Wirken (Dauerschuldverhältnis) und nicht ein Werk geschuldet. Der Auftragnehmer schulde ein Bemühen und nicht ausschließlich einen Erfolg. Im Gegensatz zum freien Dienstvertrag, der ein Dauerschuldverhältnis begründe, sei der dienstnehmerähnliche Werkvertrag nur ein Zielschuldverhältnis. Aus den Antworten des Zweitmitbeteiligten im Fragebogen gehe hervor, dass die schriftliche Vereinbarung vom 13. Oktober 1995 mit 1. Oktober 1996 befristet worden sei und es sich um eine ständige Tätigkeit gehandelt habe. Unbestritten sei, dass die Erstmitbeteiligte die Betriebsmittel in Form der EDV-Ausstattung zur Ausübung der Tätigkeit dem Zweitmitbeteiligten zur Verfügung gestellt habe. Er sei laut Punkt I. des Werkvertrages an die Weisung gebunden gewesen, die ihm aufgetragene Bearbeitung so durchzuführen, dass reprofähige Ausdrucke über Laserdruck ermöglicht würden. Aus all diesem Umständen liege ein freier Dienstvertrag vor. Der Zweitmitbeteiligte unterliege daher mit seiner Tätigkeit als Autor auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen gegenüber der Erstmitbeteiligten in der Zeit vom 1. Juli 1996 bis

31. (und nicht wie irrtümlich im bekämpften Bescheid angeführt bis 30.) Oktober 1996 der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG.

Die Einspruchsbehörde wies mit Bescheid vom 26. September 1997 den Einspruch als unbegründet ab und bestätigte den bekämpften Bescheid. In der Begründung wurde ausgeführt, falls strittig sei, nach welchen Bestimmungen des ASVG die Pflichtversicherung gegeben sei, sei in erster Linie zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG vorlägen. Wenn die hierzu notwendigen Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht gegeben seien oder sie auch nicht überwögen, sei zu prüfen, ob allenfalls ein freier Dienstvertrag im Sinne des § 4 Abs. 4 leg. cit. vorliege. Ein freier Dienstvertrag liege dann vor, wenn sich der Auftragnehmer gegen Entgelt auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für einen Auftraggeber verpflichtet hat, die Kriterien der persönlichen Abhängigkeit (z.B. die Möglichkeit, den Arbeitsablauf selbst zu regeln und gegebenenfalls den Beschäftigungsort sowie die Arbeitszeit selbst zu bestimmen) jedoch nicht gegeben seien. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang, dass nicht von vornherein eine einzelne Leistung geschuldet werde, sondern dass Dienste einer mehr oder weniger bestimmten Art für eine von vornherein befristete oder für eine unbestimmte Dauer geschuldet werden.

Wenn weder die Voraussetzungen eines Dienstverhältnisses noch eines freien Dienstvertrages vorlägen, sei zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen dienstnehmerähnlichen Werkvertrag im Sinne des § 4 Abs. 5 leg. cit. vorliegen. Im Gegensatz zum freien Dienstvertrag, der ein Dauerschuldverhältnis begründe, sei der dienstnehmerähnliche Werkvertrag nur ein Zielschuldverhältnis. Entscheidend sei, dass von vornherein eine einzelne Leistung geschuldet werde, deren Durchführung die Pflicht des Schuldners abschließend erfülle. Es werde ein tatsächliches Werk und nicht nur ein Bemühen geschuldet. Voraussetzung für eine Pflichtversicherung sei jedenfalls, dass die Tätigkeit in persönlicher Selbstständigkeit und wirtschaftlicher Unselbstständigkeit regelmäßig für einen Auftraggeber gegen Entgelt verrichtet werde.

Aus dem zu beurteilenden Werkvertrag gehe hervor, dass die Erstmitbeteiligte dem Zweitmitbeteiligten den Auftrag zur Bearbeitung der Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation mit dem Ziel erteilt habe, alle Änderungen, Ergänzungen etc., die sich seit der Veröffentlichung der letzten Stoffliste im Jahr 1995 ergeben haben, in den Nachträgen per 1. Jänner, 1. April und 1. Juli 1996 sowie in der Neuausgabe, 29. Ausgabe per 1. Oktober 1996, zu berücksichtigen. Der Zweitmitbeteiligte habe dazu angegeben, dass er am 13. Oktober 1995 eine schriftliche Vereinbarung geschlossen habe, in der er sich bis 1. Oktober 1996 zur Bearbeitung der Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation verpflichtet habe. Er sei nach der Anzahl der verkauften Stücke bezahlt worden und habe sich nicht vertreten lassen können. Er habe jedoch zur Durchführung der Arbeit Gehilfen beiziehen können. Er habe keine bestimmten Arbeitszeiten einhalten müssen und habe die Tätigkeit am Wohnort ausgeübt. Er habe keine Weisungen hinsichtlich der Durchführung der Tätigkeit erhalten, sei auch nicht kontrolliert worden und es seien auch keine disziplinären Maßnahmen vorgesehen gewesen. Es habe eine Gewährleistungspflicht für Mängel bestanden. Der Auftraggeber habe ihm Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt.

Auf Grund der Art der Tätigkeit stehe daher fest, dass im vorliegenden Fall die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht gegeben seien bzw. auch nicht überwögen. Ein die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG liege nicht vor.

Vielmehr handle es sich um ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 leg. cit. Mit dem Zweitmitbeteiligten sei vereinbart worden, dass er ohne persönlich abhängig zu sein, im Zeitraum vom 13. Oktober 1995 bis 1. Oktober 1996 laufend die Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation zu aktualisieren habe. Er schulde daher nicht eine einzelne Leistung, sondern ein Bemühen während eines von vornherein bestimmten Zeitraumes. Es liege sohin ein Dauerschuldverhältnis vor, welches die Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG begründe.

Die Erstmitbeteiligte erhob Berufung. Damit bekämpfte sie den Einspruchsbescheid in vollem Umfang und begehrte die Feststellung, dass der Zweitmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Autor für sie im gegenständlichen Zeitraum keiner Versicherungspflicht unterlegen sei. Die Einspruchsbehörde habe zu Recht ein die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG mangels persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Zweitmitbeteiligten ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung der Einspruchsbehörde liege kein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis vor. Auch für die Abgrenzung des freien Dienstvertrages vom Werkvertrag nach § 4 Abs. 5 ASVG bzw. vom echten Werkvertrag seien sämtliche Merkmale des betroffenen Vertragsverhältnisses abwägend zu beurteilen. So gesehen habe sich der Zweitmitbeteiligte nicht verpflichtet, für einen bestimmten Zeitraum für die Erstmitbeteiligte tätig zu sein. Seine Pflicht habe vielmehr in der Erstellung der Nachträge für die letzte Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation unter Berücksichtigung sämtlicher Änderungen, Ergänzungen etc. zu bestimmten Stichtagen sowie in der Erstellung der Neuauflage dieser Stoffliste unter Berücksichtigung sämtlicher Änderungen, Ergänzungen etc. zum 1. Oktober 1996 bestanden. Vertragsgegenstand sei sohin nicht eine bestimmte Arbeitszeit, sondern ein bestimmtes Arbeitsergebnis gewesen. Zur Vertragserfüllung hätte daher entgegen der Auffassung der Einspruchsbehörde nur ein Bemühen des Zweitmitbeteiligten nicht gereicht. Der Zweitmitbeteiligte habe ein Werk geschuldet. Mit der Fertigstellung der Neuauflage der genannten Stoffliste zum vereinbarten Termin 1. Oktober 1996 sei das Werk beendet worden.

Die Verwendung des von der Erstmitbeteiligten dem Zweitmitbeteiligten zur Verfügung gestellten Arbeitsmaterials spreche nicht gegen ein Werkvertragsverhältnis. Es habe vielmehr ausschließlich der Konkretisierung des Werkes gedient. Für den Werkvertrag sei kennzeichnend, dass bereits bei Vertragsabschluss feststehe, welche konkreten Leistungen der "Unternehmer" zu erbringen habe. In diesem Sinne sei der Zweitmitbeteiligte nicht verpflichtet gewesen, Leistungen zu erbringen, die nicht schon bei Vertragsabschluss bedungen worden seien. Im Übrigen habe der Zweitmitbeteiligte für die Werkerstellung eigene Mittel verwendet.

Der Zweitmitbeteiligte sei nicht für die zur Auftragserfüllung aufgewendete Zeit entlohnt worden. Sein Honorar habe vielmehr 10 % des Ladenverkaufspreises für alle verkauften Exemplare betragen. Sein Entgelt sei daher nicht wie für Dienstverhältnisse typisch zeitbezogen bemessen worden, sondern habe sich ausschließlich am Ergebnis, sohin am Werk selbst orientiert. Für - auch ohne sein Verschulden - nicht zu Stande gekommene Leistungen hätte der Zweitmitbeteiligte kein Entgelt erhalten. Der Zweitmitbeteiligte habe entsprechend einem selbstständig Erwerbstätigen persönlich die Verantwortung für die Ausführung des Werkes übernommen. Er habe nicht wie ein Dienstnehmer nur für die sorgfältige Ausführung, sondern entsprechend einem Werkunternehmer sowohl im Rahmen der Gewährleistung für Mängel der Arbeit als auch für die Gefahr des vollständigen Misslingens haftet. Es sei ihm die Befugnis eingeräumt worden, Erfüllungsgehilfen beizuziehen. Für diese habe er wie jeder selbstständige Erwerbstätige haftet. Es lägen sohin sämtliche Tatbestandselemente eines Werkvertrages vor. Da auch eine arbeitnehmerähnliche wirtschaftliche Unselbstständigkeit fehle, sei nicht von einem Werkvertrag gemäß § 4 Abs. 5 ASVG, sondern von einem "echten" Werkvertrag auszugehen.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge und stellte in Abänderung des bekämpften Bescheides fest, dass der Zweitmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Juli bis 30. Oktober 1996 nicht in einem die Vollversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gestanden sei. In der Begründung führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzeszitate aus, aus den Verwaltungs- und Versicherungsakten, insbesondere aus dem Werkvertrag und dem Auskunftsbogen der Beschwerdeführerin ergebe sich folgender unstrittiger Sachverhalt:

Am 13. Oktober 1995 habe die Erstmitbeteiligte als Auftraggeber mit dem Zweitmitbeteiligten als Auftragnehmer einen als Werkvertrag betitelten Vertrag geschlossen. Ziel dieses Vertrages sei es gewesen, alle Ergänzungen, Änderungen etc., die sich seit der Veröffentlichung der letzten Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation, 28. Ausgabe, im Jahre 1995 ergeben hätten, in den Nachträgen per 1. Jänner, 1. April und 1. Juli 1996 sowie in der Neuauflage, 29. Ausgabe, per 1. Oktober 1996 zu berücksichtigen. Die Bearbeitung hätte über die verlagseigene Datenbank "Spezialitäten-Informationen-System" so zu erfolgen gehabt, dass reprofähige Ausdrucke über Laserdruck ermöglicht würden. Die dafür notwendige EDV-Ausstattung habe der Auftraggeber kostenlos zur Verfügung gestellt. Der Auftraggeber habe dem Auftragnehmer für die Ausführung der genannten Arbeiten ein Honorar in der Höhe von 10 % des Ladenverkaufspreises bzw. Subskriptionspreises ohne MWSt. für alle verkauften Exemplare, mindestens jedoch S 120.000,- gezahlt. Mit der vollständigen Bezahlung dieses Honorars seien alle wie immer gearteten Rechte und Ansprüche des Auftragnehmers abgegolten worden. Dem Auftragnehmer seien auch 10 Stück Freixemplare zugestanden.

Die Durchführung des Auftrages sei dem Auftragnehmer im Übrigen frei gestanden. Es sei ihm insbesondere erlaubt gewesen, sich bei der Ausführung des Auftrages Hilfspersonen auf eigene Kosten zu bedienen. Er habe in jedem Fall die volle Haftung für die rechtzeitige und ordnungsgemäße Erbringung der Werkleistung getragen. Der Auftragnehmer habe keine Arbeitszeiten einhalten müssen und habe seine Tätigkeit am Wohnort ausgeübt. Hinsichtlich der Durchführung der Tätigkeit habe er keine Weisungen erhalten, sei keinerlei disziplinären Maßnahmen unterlegen und sei auch nicht kontrolliert worden.

Diese 29. Auflage der Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation sei vom Zweitmitbeteiligten zum vorgesehenen Fertigstellungstermin erstellt und im Oktober 1996 veröffentlicht worden.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, Gegenstand der Angelegenheit sei die Frage, ob der Zweitmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Autor bei der Erstmitbeteiligten der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliege.

Wesentliche Merkmale für das Vorliegen eines Werkvertrages seien, dass bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses festgelegt werde, welche konkreten Leistungen der Unternehmer zu erbringen habe. Bei einem freien Dienstvertrag würden die zu erbringenden Leistungen nur gattungsmäßig umschrieben werden. Aus dem vorliegenden Vertrag sei ersichtlich, dass der Zweitmitbeteiligte den Auftrag zur Erstellung der Nachträge und der Neuausgabe der Stoffliste zu den jeweiligen Fertigstellungsterminen übernommen habe. Daraus ergebe sich, dass die zu erbringenden Leistungen seitens des Auftraggebers ausreichend konkretisiert gewesen seien. Hinsichtlich der Durchführung der Arbeiten sei der Zweitmitbeteiligte keinerlei Arbeitsanweisungen unterlegen, weil dies durch die Konkretisierung der Leistungen laut Punkt I. des Vertrages nicht erforderlich gewesen sei. Er habe sich nicht verpflichtet, für den "Unternehmer" bis zum 1. Oktober 1996 tätig zu sein. Er habe einen Erfolg geschuldet. Da der Zweitmitbeteiligte nicht zur Erbringung von Diensten verpflichtet worden war, könne auch kein Dauerschuldverhältnis vorliegen, sondern nur ein Zielschuldverhältnis. Aus der Natur der Sache ergebe sich zwar, dass der Zweitmitbeteiligte eine gewisse Zeit für die Erstellung der Nachträge bzw. der Neuausgabe benötigt habe. Die bloße Zurverfügungstellung der Arbeitskraft für einen bestimmten Zeitraum habe aber nicht das Hauptaugenmerk des schuldrechtlich bestehenden Bandes zwischen der Erstmitbeteiligten und dem Zweitmitbeteiligten gebildet.

Für ein Zielschuldverhältnis spreche auch die Regelung über das Entgelt.

Die persönliche Unabhängigkeit des Zweitmitbeteiligten ergebe sich u.a. daraus, dass er bei Erbringung seiner Leistungen weder an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden gewesen sei, noch dass es eine Vereinbarung hinsichtlich des Arbeitsortes gegeben habe. Die belangte Behörde komme daher zum Ergebnis, dass ein Werkvertrag vorliege und der Zweitmitbeteiligte für seine Tätigkeit als Autor in der genannten Zeit gemäß § 4 Abs. 4 ASVG keiner Versicherungspflicht unterlegen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes führt die Beschwerdeführerin aus, aus dem beantworteten Fragebogen gehe hervor, dass die schriftliche Vereinbarung am 13. Oktober 1995 befristet mit 1. Oktober 1996 abgeschlossen worden sei und es sich um eine ständige Tätigkeit gehandelt habe. Es stehe fest, dass die Erstmitbeteiligte dem Zweitmitbeteiligten die Betriebsmittel in Form der EDV-Ausstattung zur Ausübung dieser Tätigkeit zur Verfügung gestellt habe und der Zweitmitbeteiligte an die Weisung gebunden gewesen sei, die ihm auftragene Bearbeitung so durchzuführen, dass reprofähige Ausdrucke über Laserdruck möglich seien. Aus all diesen Umständen ergebe sich, dass von einem freien Dienstvertrag auszugehen sei.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt die Beschwerdeführerin, die belangte Behörde habe die Sache des Berufungsverfahrens nicht zur Gänze erledigt, weil im Spruch des Bescheides über die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 und Abs. 5 ASVG nicht abgesprochen worden sei.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die Erstmitbeteiligte eine Gegenschift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Das Bestehen oder Nichtbestehen der Sozialversicherungspflicht ist hinsichtlich der Sach- und der Rechtslage zeitraumbezogen zu beurteilen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 4. Mai 1977, Slg. Nr. 9315/A). Auf den Beschwerdefall sind daher nachstehende Bestimmungen anzuwenden:

Mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201, das in seinem Art. 34 eine Novelle zum ASVG enthält, hat der Gesetzgeber mit Wirksamkeit 1. Juli 1996 zwei neue Personengruppen in die Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG einbezogen, nämlich Personen, "die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für einen Auftraggeber ... verpflichten, ohne Dienstnehmer ... zu sein" (§ 4 Abs. 4 ASVG), und Personen, "die auf Grund einer oder mehrerer vertraglichen Vereinbarungen dienstnehmerähnlich ... beschäftigt sind" (§ 4 Abs. 3 Z. 12 leg. cit.). Mit der 53. ASVG-Novelle, die ihrerseits Teil des Sozialrechts-Änderungsgesetzes 1996 (SRÄG 1996), BGBl. Nr. 411, ist, und mit dem

BGBI. Nr. 600/1996 wurden die mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996 eingeführten Bestimmungen betreffend die Sozialversicherungspflicht der genannten Personengruppen novelliert; der die Fälle der Vollversicherung regelnde § 4 ASVG in den oben genannten Fassungen lautet - soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung - ab 1. Juli 1996 wie folgt:

"§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

1. Die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

...

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

...

(4) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes nach Maßgabe des § 5a auch Personen versichert, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für

1. einen Auftraggeber (Dienstgeber) im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziels usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit)

verpflichten, ohne Dienstnehmer im Sinne des Abs. 2 zu sein, und aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, sofern sie nicht bereits auf Grund dieser Tätigkeit der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegen bzw. unterliegen könnten (§ 2 Abs. 1 FSVG).

(5) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes nach Maßgabe des § 5a auch Personen versichert, die infolge einer oder mehrerer vertraglichen Vereinbarungen dienstnehmerähnlich für einen Auftraggeber (Gebietskörperschaft) im Sinne des Abs. 4 Z. 1 oder 2 gegen Entgelt beschäftigt sind, sofern sie nicht bereits auf Grund dieser Tätigkeit der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegen bzw. unterliegen könnten (§ 2 Abs. 1 FSVG). Die zur Beurteilung der Dienstnehmerähnlichkeit insbesondere zu prüfende Regelmäßigkeit der Beschäftigung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn

1. mit diesem Auftraggeber (Gebietskörperschaft) innerhalb der letzten sechs vor dem Abschluss der Vereinbarung liegenden aufeinander folgenden Kalendermonate, wobei der Kalendermonat der Vereinbarung mitzuzählen ist, mehr als drei Vereinbarungen abgeschlossen wurden oder

2. die mit dem Auftraggeber (Gebietskörperschaft) vereinbarte Tätigkeit sich über mehr als zwei Kalendermonate erstreckt.

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 und 5, eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 5 aus."

Der in Abs. 4 und Abs. 5 bezogene, unter der Überschrift "Versicherungsgrenze für die gemäß § 4 Abs. 4 und 5 Versicherten" stehende § 5a ASVG hat ab 1. Juli 1996 folgenden Wortlaut:

"§ 5a. (1) Eine Versicherung gemäß § 4 Abs. 4 oder 5 tritt nur dann ein, wenn der Teil des auf einen Kalendermonat entfallenden vereinbarten Entgeltes, der sich aus der Teilung des gesamten vereinbarten Entgeltes durch die Anzahl der für die Tätigkeit (Erbringung der Leistung) vereinbarten Kalendermonate ergibt (monatliches Entgelt), den Betrag von S 7.000,- übersteigt. Dabei sind auch Kalendermonate, die nur zum Teil von der vereinbarten Tätigkeit (Leistung) ausgefüllt werden, als volle Kalendermonate zu zählen.

(2) Abweichend von Abs. 1 sind Personen gemäß § 4 Abs. 4 oder 5 auch dann versichert, wenn

1. in einem Kalendermonat die Summe der monatlichen Entgelte (Abs. 1) aus mehreren Vereinbarungen gemäß § 4 Abs. 4 und 5, die mit ein und demselben Arbeitgeber (Dienstgeber) abgeschlossen wurden, den Betrag gemäß Abs. 1 übersteigt oder

2. die Höhe des vereinbarten Entgeltes und/oder die Dauer der vereinbarten Tätigkeit (Leistungserbringung) zum Zeitpunkt des Beginnes der Pflichtversicherung nicht feststeht."

Die Bestimmungen des § 4 Abs. 1, 2 und 4 ASVG sind bis einschließlich 31. Dezember 1997 in Kraft geblieben (der mit BGBI. Nr. 600/1996 ab 1. Jänner 1997 in Kraft getretene Abs. 7 ist im Beschwerdefall nicht relevant).

§ 4 Abs. 5 ASVG wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 1997, G 392, 398, 399/96, ohne Fristsetzung aufgehoben; die Aufhebung wurde mit dem am 23. April 1997 ausgegebenen BGBl. I Nr. 39/1997 kundgemacht.

In der Regierungsvorlage zum Strukturanpassungsgesetz 1996 (72 BlgNR XX. GP., 251 f) wurde unter anderem zu § 4 Abs. 3 Z. 12 und § 4 Abs. 4 ASVG Folgendes ausgeführt:

"Zur Verhinderung der Flucht aus der Sozialversicherung sollen freie Dienstverträge und die in der Regel als 'Werkverträge' bezeichneten Vereinbarungen, auf Grund derer Arbeitsleistungen in wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht werden und die daher als dienstnehmerähnlich anzusehen sind, in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden. Es werden nämlich immer häufiger zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in der Weise ausgenützt, dass die Versicherungspflicht zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmer und der Versichertengemeinschaft umgangen wird.

Es sollen daher die sogenannten freien Dienstverhältnisse (z.B. Konsulentenverträge oder Telearbeitsverhältnisse) durch § 4 Abs. 4 ASVG und die dienstnehmerähnlichen Personen durch § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG in die Pflichtversicherung einbezogen werden.

Dienstnehmerähnlichkeit im Sinne des § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG liegt dann vor, wenn bei einer Betrachtung des Beschäftigungsverhältnisses insbesondere anhand der nachstehenden Merkmale der Eindruck wirtschaftlicher Unselbstständigkeit des Beschäftigten im Verhältnis zum Beschäftiger überwiegt, ohne dass im Einzelfall sämtliche oder die Mehrzahl dieser Merkmale vorliegen müssen.

Für die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des Beschäftigten spricht,

1. wenn die menschliche Arbeitsleistung gegenüber dem Einsatz von eigenem Kapital des Beschäftigten im Vordergrund steht;
2. wenn der Beschäftigte seine Leistungen im Wesentlichen nur gegenüber dem Beschäftiger oder einer begrenzten Anzahl von Beschäftigten bzw. gegenüber deren Kunden und mit ihnen wirtschaftlich verflochtenen Unternehmen und nicht gegenüber einer unbegrenzt, ständig wechselnden Anzahl von Beschäftigten erbringt;
3. wenn der Beschäftigte im Zusammenhang mit der Erbringung seiner Leistung über keine nennenswerte eigene unternehmerische Struktur materieller und immaterieller Art verfügt (insbesondere Geschäftsräumlichkeiten, Betriebsmittel, Eintragung im Firmenbuch, kaufmännische Buchführung, Einsatz von Werbemitteln zur Bearbeitung eines allgemeinen Marktes);
4. wenn der Beschäftigte in seiner unternehmerischen Position rechtlichen oder faktischen Beschränkungen im Verhältnis zum Beschäftiger unterworfen ist (z.B. Konkurrenzklauseln, Verpflichtung zur Bekanntgabe oder sonstige Beschränkung der Vertretung des Beschäftigten durch von diesem bestellte Personen, Bindung an die Verwendung bestimmter Arbeitsmittel und Produkte).

Immer wieder ist es in der Vergangenheit vorgekommen, dass 'Werkverträge' nach schweren Unfällen mit Folgeleiden, nach schweren Erkrankungen oder auch im Fall der Mutterschaft (bei vergleichbarem Arbeitsinhalt) in versicherungspflichtige Dienstverhältnisse umgewandelt wurden, was zur Folge hatte, dass die einschlägigen Sozialversicherungsleistungen zu erbringen waren, ohne dass für das volle erzielte Einkommen Beiträge gezahlt worden wären. Solange die betreffenden Personen gesund waren, wurden sie außerhalb der Sozialversicherung tätig, in dem Moment, wo höherwertige Leistungen notwendig oder in Aussicht waren, kehrten sie in den Schutzbereich der Sozialversicherung zurück. Ein solches Ausnutzen des Sozialsystems belastet die Risikogemeinschaft der Versicherten in unvertretbarer Weise.

Eine weitere Lücke hat sich dadurch ergeben, dass Werkvertragsnehmer mit ihren Ehegatten oder Eltern in der Krankenversicherung beitragsfrei anspruchsberechtigt sein können, obwohl sie wesentliches Einkommen erzielen. Die 'Mitversicherung' als Angehöriger ist de facto kostenlos, womit die entsprechenden Vertragsverhältnisse quasi als 'Verträge zu Lasten der Versichertengemeinschaft' bezeichnet werden können.

Zu den einzelnen Bestimmungen wird Folgendes bemerkt:

A. Zum Personenkreis gemäß § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG:

Der vorgeschlagene Text hat zum Ziel, die geschilderten Unstimmigkeiten durch die Versicherung von Personen, die auf Grund vertraglicher Vereinbarungen dienstnehmerähnlich beschäftigt sind, zu beheben. Die Pflichtversicherung soll jedoch nur dann eintreten, wenn die innerhalb eines Kalendermonats mit ein und demselben Auftraggeber (Dienstgeber) vereinbarten Entgelte das 1 1/2 fache der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze übersteigen, das sind im Kalenderjahr 1996 S 5.400,--.

Die neue Versicherung ist an die Versicherungen angelehnt, die bereits jetzt nach § 4 Abs. 3 ASVG existieren (für faktisch betrachtet 'dienstnehmerähnliche' Selbstständige, wie freiberufliche Krankenpfleger, Lehrer, Wohnsitzärzte, Vorstandsmitglieder, Geschäftsleiter, Hebammen, Musiker, Markthelfer, Bergführer usw.). Es soll sich jedoch dabei um eine Teilversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung handeln (§ 5a ASVG).

Da es sich um Beschäftigungen handelt, die rechtlich betrachtet weitgehend selbstständig ausgeübt werden, soll die finanzielle und administrative Belastung des Auftraggebers (Dienstgebers des freien Dienstvertrages) möglichst gering gehalten werden.

...

B. Zum Personenkreis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG:

Weiters sollen in Hinkunft Personen vollversichert sein, die sich auf Zeit zu Dienstleistungen für einen Unternehmer im Sinne des § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG verpflichten. Für diese Personen sollen grundsätzlich die allgemein für Dienstnehmer geltenden melde- und beitragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden.

..."

Im Bericht des Budgetausschusses (95 BlgNR XX. GP, 25) ist dazu zu lesen:

"Der Budgetausschuss stellt fest, dass bei der Prüfung der Frage der Sozialversicherungspflicht gemäß § 4 ASVG nachstehende Reihenfolge einzuhalten ist:

1. Zunächst ist vom Versicherungsträger zu prüfen, ob ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vorliegt.
2. Trifft dies nicht zu, so hat der Versicherungsträger zu beurteilen, ob ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG gegeben ist.
3. Wenn weder die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 2 ASVG noch nach § 4 Abs. 4 ASVG vorliegen, so ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG erfüllt sind.
4. Weiters stellt der Budgetausschuss fest, dass die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG mit dem Tag der Aufnahme der versicherungspflichtigen Tätigkeit beginnt. Auf Grund des § 539a ASVG ist bei der Beurteilung der Versicherung von dienstnehmerähnlich Beschäftigten nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der vertraglichen Vereinbarung(en) zu prüfen, wann die die Pflichtversicherung begründende Tätigkeit tatsächlich ausgeübt worden ist bzw. in welchem Verhältnis diese Tätigkeit zur vereinbarten Gegenleistung (Honorar) steht. Der Auftragnehmer kann keinesfalls länger versichert bleiben, als die vorläufige Beitragsgrundlage gemäß § 44a ASVG durch die Gegenleistung (Honorar) gedeckt ist."

In der Regierungsvorlage zur 53. ASVG-Novelle (214 BlgNR XX. GP, 27 f) ist dazu Folgendes ausgeführt:

"Die vorgeschlagenen Änderungen sollen eine leichtere Vollziehbarkeit der mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201, geschaffenen Bestimmungen betreffend die Pflichtversicherung von 'freien Dienstvertragsnehmern' und dienstnehmerähnlich beschäftigten Personen mit sich bringen und damit vielfach geäußerte Anregungen der Sozialpartner und der Praxis verwirklichen.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Maßnahmen:

1. Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen beider Bestimmungen sollen soweit wie möglich vereinheitlicht werden, damit das Problem der Abgrenzung nicht mehr relevant ist; dies kommt bereits dadurch zum Ausdruck, dass der bisher im § 4 Abs. 3 Z. 12 ASVG umschriebene Personenkreis nunmehr in § 4 Abs. 5 ASVG genannt wird, d.h. nicht mehr in der Aufzählung der selbstständig Erwerbstätigen, die der Vollversicherung nach dem ASVG unterliegen, aufscheint.
2. An Stelle einer Geringfügigkeitsgrenze soll für beide Vertragstypen eine Versicherungsgrenze von S 3.600,-- bestehen (§ 5a ASVG).
3. Beide Vertragstypen sollen grundsätzlich Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach sich ziehen, wenn das monatliche Entgelt die Versicherungsgrenze übersteigt.
4. Die vom Budgetausschuss des Nationalrates im Rahmen der Behandlung des Strukturanpassungsgesetzes 1996 beschlossene Feststellung einer Reihenfolge bei der Prüfung der Frage der Sozialversicherungspflicht gemäß § 4 ASVG (95 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XX. GP., Seite 25) soll gesetzlich verankert werden (§ 4 Abs. 6 ASVG).
5. Hinsichtlich beider Vertragstypen soll keine Teilversicherung in der Unfallversicherung bestehen, wenn das Entgelt von vornherein unter der Versicherungsgrenze liegt (diesfalls besteht auch keine Meldepflicht). Wird dies erst nachträglich festgestellt, so werden die Beiträge nur dann rückerstattet, wenn keine Leistung in Anspruch genommen worden ist.

...

11. Zur Dienstnehmerähnlichkeit wird im Gesetz näher definiert, was unter dem Begriff der 'Regelmäßigkeit' jedenfalls zu verstehen ist. Regelmäßigkeit der Beschäftigung liegt gemäß § 4 Abs. 5 Z. 1 und 2 ASVG in jedem Fall dann vor,

- a) wenn mehr als drei Vereinbarungen mit ein und demselben Auftraggeber in sechs aufeinander folgenden Kalendermonaten vorliegen oder
- b) wenn die Tätigkeit sich über mehr als zwei Kalendermonate erstreckt.

Fortgesetzte Rechtsbeziehungen zu ein und demselben Auftraggeber sind ab der vierten Vereinbarung auch dann als regelmäßig anzusehen, wenn durch entsprechende zeitliche Lagerung der Vereinbarungen lit. a nicht zur Anwendung kommen würde (z.B. im Jänner und Juli werden jeweils drei Verträge für jeweils zwei Monate

abgeschlossen). Als Vereinbarung ist jeweils die Vereinbarung über ein einzelnes Werk anzusehen. Werden mehrere einzelne Werke in einem einzigen Vertrag vereinbart, liegen dementsprechend mehrere Vereinbarungen vor. Eine rückwirkende Feststellung der Dienstnehmerähnlichkeit auf Grund der Beurteilung der Regelmäßigkeit ist nicht zulässig.

12. Auslegung der lit. a:

- die Pflichtversicherung tritt erst mit der Aufnahme der Tätigkeit aus der vierten Vereinbarung ein und besteht bis zur Beendigung der Tätigkeit aus dieser Vereinbarung;
- bei Abschluss weiterer Vereinbarungen wird jedes Mal sechs Kalendermonate (volle Kalendermonate; der Monat, in dem die zu prüfende Vereinbarung geschlossen wurde, wird hiebei mitgerechnet) zurückgeblickt ('gleitender Beobachtungszeitraum'), um festzustellen, ob in diesem Zeitraum die Voraussetzung erfüllt ist (Vorliegen von drei weiteren Vereinbarungen). Wenn ja, besteht für die neue Vereinbarung Pflichtversicherung;
- es handelt sich somit, was das Zusammenspiel mehrerer Vereinbarungen betrifft, um keine durchgehende Versicherung, sondern die Pflichtversicherung besteht jeweils von der Aufnahme bis zur Beendigung der Tätigkeit (letzteres Kalendermonat) aus der jeweiligen Vereinbarung.

Auslegung der lit. b:

Die Pflichtversicherung tritt erst mit dem Beginn des dritten Kalendermonats ein, wenn nicht von vornherein feststeht, dass sich die Tätigkeit über mehr als zwei Kalendermonate erstrecken wird.

..."

Im Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (325 BlgNR XX. GP, 1) zum Bundesgesetz, mit dem unter anderem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert wird, BGBl. Nr. 600/1996, ist dazu ausgeführt:

"Die Koalitionsparteien haben sich auf folgende Maßnahmen geeinigt, die die bestehende Werkvertragsregelung korrigieren und erleichtern:

- Anhebung der Geringfügigkeitsgrenze für freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche Werkverträge auf S 7.000,--

pro Vertrag und Auftraggeber.

- Zusammenziehung der Einkommen aus einem echten Dienstvertrag und mehreren parallel abgeschlossenen Werkverträgen = freie Dienstverträge bzw. dienstnehmerähnliche Werkverträge bei ein und demselben Auftraggeber zur Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge. Das gilt auch für mehrere Auftraggeber, die in einem wirtschaftlichen Verbund stehen. Die Geringfügigkeitsgrenze liegt in diesem Fall summarisch bei

S 3.600,--. Liegen mehrere Werkverträge mit dem gleichen Auftraggeber vor (auch hier gilt wirtschaftlicher Verbund), sind diese hinsichtlich der Geringfügigkeitsgrenze für Werkverträge von

S 7.000,-- kumuliert zu betrachten.

..."

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt die Beschwerdeführerin, die belangte Behörde habe die "Sache" des Berufungsverfahrens nicht zur Gänze erledigt, weil sie nicht über die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 und Abs. 5 ASVG entschieden habe.

Mit diesem Vorbringen kann die Beschwerdeführerin eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufzeigen. Soweit sie einen Abspruch nach § 4 Abs. 5 ASVG vermisst, ist sie an die unstrittigen Feststellungen zu erinnern, wonach die Erstmitbeteiligte mit dem Zweitmitbeteiligten am 13. Oktober 1995 eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen hat. Auf Grund dieses Abschlussdatums ist aber die Bestimmung des § 4 Abs. 5 ASVG auf den Beschwerdefall nicht anzuwenden. § 564 Abs. 1 Z. 4 ASVG (idF BGBl. Nr. 411/1996) ordnet zwar an, dass die Bestimmung (rückwirkend) mit 1. Juli 1996 in Kraft tritt. Nach dem Abs. 3 dieses Paragraphen ist allerdings diese Bestimmung nur auf vertragliche Vereinbarungen anzuwenden, die nach dem 30. Juni 1996 abgeschlossen werden. Die belangte Behörde hat daher zu Recht die Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 ASVG im Beschwerdefall nicht geprüft.

Es ist zwar richtig, dass die belangte Behörde im Spruch des angefochtenen Bescheides das Nichtvorliegen einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG nicht feststellte. Die belangte Behörde prüfte jedoch das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG (Seite 15/16 des angefochtenen Bescheides). In diesem Teil der Begründung verneinte die belangte Behörde das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in diesem Sinne. Dass diese Beurteilung unrichtig wäre, wird von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Die Unterlassung eines diesbezüglichen Abspruches im Spruch des Bescheides begründet jedoch keinen zur Aufhebung führenden Mangel. Die belangte Behörde entsprach nämlich, wie ihre Ausführungen in der Begründung des angefochtenen Bescheides zeigen, der auch sie treffenden Verpflichtung, gemäß § 4 Abs. 6 ASVG den Sachverhalt zunächst dahin zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 vorliegen, und erst verneinendenfalls die Voraussetzungen nach dem

4. Absatz zu prüfen.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes führt die Beschwerdeführerin aus, die Erstmitbeteiligte und der Zweitmitbeteiligte hätten einen freien Dienstvertrag abgeschlossen. Demnach schulde der Zweitmitbeteiligte ein Bemühen; bei der übernommenen Aufgabe handle es sich um eine ständige Tätigkeit. Die Erstmitbeteiligte habe die Betriebsmittel in Form der EDV-Ausstattung zur Verfügung gestellt und sei der Zweitmitbeteiligte an die Weisung gebunden gewesen, die ihm aufgetragene Bearbeitung so durchzuführen, dass reprofähige Ausdrucke über Laserdruck möglich seien.

Nach Maßgabe des § 5a ASVG sind gemäß § 4 Abs. 4 leg. cit. auf Grund dieses Bundesgesetzes vollversichert die Personen, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für einen näher bezeichneten Auftraggeber (Dienstgeber) verpflichten, ohne Dienstnehmer im Sinne des Abs. 2 zu sein, und aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, sofern sie nicht bereits auf Grund dieser Tätigkeit der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegen bzw. unterliegen könnten (§ 2 Abs. 1 FSVG). Der Pflichtversicherung nach dem vierten Absatz des § 4 ASVG geht demnach nicht nur eine Pflichtversicherung auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 1 Z. 1 i. V.m. Abs. 2 ASVG vor, sondern auch eine Pflichtversicherung nach dem ASVG oder einem anderen Bundesgesetz und auch die potenzielle Versicherungsmöglichkeit nach dem § 2 Abs. 1 FSVG. Die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens behaupteten nicht, dass der Zweitmitbeteiligte auf Grund dieser Tätigkeit einer anderen - als nach Abs. 2 - Pflichtversicherung nach dem ASVG, nämlich nach § 4 Abs. 3 leg. cit., oder einer Pflichtversicherung nach dem FSVG, BSVG, B-KUVG, NVG oder dem GSVG unterliegt; derartige Anhaltspunkte bietet der festgestellte Sachverhalt auch nicht. Sie setzten sich zwar mit der Bestimmung des § 2 Abs. 1 FSVG nicht ausdrücklich auseinander, sind jedoch offenkundig davon ausgegangen, dass eine potenzielle Pflichtversicherung nach dieser Bestimmung nicht bestehen könne. Nach den unstrittigen Feststellungen übernahm der Zweitmitbeteiligte die Herstellung der Neuausgabe der Stoffliste zur Austria-Codex-Fachinformation. Hierbei handelt es sich um eine Tätigkeit, die einer die Kammermitgliedschaft nach dem jeweiligen Berufsgesetz begründenden Erwerbstätigkeit nicht entspricht. Es ist daher nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde - und mit ihr die Unterinstanzen - ausgehend von diesen Feststellungen nach der Verneinung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG das Bestehen einer Pflichtversicherung nach dem vierten Absatz dieser Bestimmung prüften.

Die der Tätigkeit des Zweitmitbeteiligten zu Grunde liegende Vereinbarung trägt den Titel Werkvertrag. Die Beschwerdeführerin erblickt darin einen sogenannten freien Dienstvertrag, der die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG begründe.

Der von der Beschwerdeführerin angesprochene Begriff "freier Dienstvertrag" kommt im § 4 Abs. 4 in den oben genannten Fassungen nicht vor. Nach den oben zitierten Materialien sollen nach § 4 Abs. 4 ASVG offenkundig jene Personen versichert sein, die auf Grund sogenannter freier Dienstverträge beschäftigt sind. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A (= Arb. 9876) grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und hat - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Dass ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 1 Z. 1 i. V.m. Abs. 2 ASVG nicht vorliegt, ist nicht strittig.

Nach dem oben zitierten Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A (= Arb. 9876) ist vom Dienstvertrag der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es - im Gegensatz zum Werkvertrag - auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen ankommt, die vom Besteller konkretisiert werden, und die - im Gegensatz zum Beschäftigungsverhältnis - ohne persönliche Abhängigkeit des Leistungserbringers vom Arbeitsempfänger vorgenommen werden.

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, der Zweitmitbeteiligte habe sich zu einer ständigen Tätigkeit verpflichtet, er habe ein "Bemühen" geschuldet. Dem gegenüber vertritt die belangte Behörde die Auffassung, die Verpflichtung zur Erstellung von Nachträgen bzw. zur Neuausgabe der genannten Stoffliste stelle ein Zielschuldverhältnis dar; der Zweitmitbeteiligte habe sich zur Erstellung eines Werkes verpflichtet.

Nach dem Wortlaut des oben zitierten § 4 Abs. 4 ASVG ist die Person versichert, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen verpflichtet. Der freie Dienstnehmer muss sich demnach notwendigerweise - ebenso wie der Dienstnehmer im Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Abs. 2 - zur kontinuierlichen Arbeitsleistung für bestimmte oder unbestimmte Zeit verpflichten. Die Verpflichtung besteht - wie oben dargelegt -

darin, gattungsmäßig umschriebene Arbeiten, die von Seiten des Bestellers konkretisiert werden, wiederholt durch einige Zeit hindurch auszuführen.

Durch die Verpflichtung zu Dienstleistungen für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit begründet der freie Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis. Demgegenüber verpflichtet sich der Werkunternehmer zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A). Die im zuletzt zitierten Erkenntnis dargelegte Rechtsauffassung wurde - wie unten gezeigt wird - in der Lehre und Judikatur geteilt. Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis (Koziol-Welser, Grundriss, Band I, 10. Auflage, 410), die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis (vgl. auch Krejci in Rummel, 2. Auflage, § 1151 RZ 93). Der "freie Dienstnehmer" handelt - wie dargestellt - ebenso wie der Werkunternehmer persönlich selbstständig, diese Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Nach Mazal (ecolex 1997, 277) kommt es darauf an, ob die Parteien eine bestimmte letztlich abgeschlossene Tätigkeit (Werkvertrag) oder ob sie eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Verpflichtung zum Tun begründen wollen (freier Dienstvertrag). Wachter (DRdA 1984, 405) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet sind. Auch nach der Judikatur (OGH 9 ObA 225/91) liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn Gegenstand der vereinbarten Leistung ein bestimmtes Projekt ist. Die Herstellung eines Werkes als eine in sich geschlossene Einheit hat der Verwaltungsgerichtshof bei der Erbringung einzelner manueller Beiträge zu einem Werk nicht angenommen (Montagearbeiten an einer Lüftungsanlage, Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, 93/08/0092, Arbeiten auf einer Baustelle, Erkenntnis vom 19. Jänner 1999, 96/08/0350, zu einer vergleichbaren Tätigkeit siehe auch OGH 9 ObA 54/97z). Ebenso wurde ein Werkvertrag verneint, wenn die zu erbringende Leistung nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert wurde (Erkenntnis vom 30. Mai 2001, 98/08/0388). Schrank/Grabner (Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Auflage, 26 f) führen unter Berufung auf Tomandl (auf den sich auch der Verwaltungsgerichtshof im genannten Erkenntnis vom 20. Mai 1980 sowie Mazal und Wachter stützen) aus, die Vertragspflicht beim freien Dienstvertrag auf Seiten des Auftragnehmers müsse Dienstleistungen umfassen, müsse sich also auf bloß der Art nach umschriebene Tätigkeiten (Arbeiten, Tun, Wirken) beziehen, bei welchen "die Einräumung eines Gestaltungsrechtes an den Besteller (bzw. eine Unterwerfung auf Seiten des freien Dienstnehmers) wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist, der noch nach Vertragsabschluss, also bei der Vertragserfüllung, einer Konkretisierung durch den Auftraggeber dahin bedarf, welche Einzelleistungen er im Rahmen des Vertrages verrichtet sehen möchte.

Im Beschwerdefall hat sich der Zweitmitbeteiligte zur Erstellung von Nachträgen für die genannte Stoffliste zu bestimmten Zeitpunkten und zur Neuauflage derselben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt verpflichtet. Damit schuldete er jedoch nicht bloß Dienste, sondern einen bestimmten von vornherein umschriebenen Erfolg. Nach dem Zweck des Vertrages und seiner tatsächlichen Durchführung standen nicht nur ein Bemühen des Zweitmitbeteiligten in einer bestimmten Dauer oder lediglich eine Bearbeitung der Nachträge oder Neuauflage im Vordergrund, sondern vielmehr die tatsächliche Erstellung der Neuauflage bzw. der Nachträge. Der belangten Behörde ist daher zuzustimmen, dass mit der gegenständlichen Vereinbarung kein Dauerschuldverhältnis (kein freier Dienstvertrag), sondern ein Zielschuldverhältnis (ein Werkvertrag) begründet wurde.

Die Beschwerdeführerin kann daher eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufzeigen; die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 20. Dezember 2001