

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

03.10.2002

Geschäftszahl

98/08/0290

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Köller und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der S-GmbH in W, vertreten durch Dr. Andreas Nödl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Saltzorgasse 2/11, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 24. Juli 1998, Zl. 121.150/1- 7/98, betreffend Versicherungspflicht nach ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. W in K, 2. Wiener Gebietskrankenkasse in 1103 Wien, Wienerbergstraße 15-19, 3. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten in 1021 Wien, Friedrich-Hillegeiststraße 1, 4. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien in 1011 Wien, Weihburggasse 30, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Landesstelle Wien in 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen von EUR 908,-

- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen; das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Der Erstmitbeteiligte erhob am 24. Juli 1990 vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien Klage gegen die nunmehrige Beschwerdeführerin wegen einer Forderung von S 137.498,- mit der Begründung, er sei bei der Beschwerdeführerin von April 1987 bis 8. Februar 1990 als Journalist freiberuflich beschäftigt gewesen. Er habe in der Zeitschrift (...) redaktionelle Themen bearbeitet und hierfür wöchentlich ein Fixum von S 5.500,- erhalten. Darüber hinausgehende Tätigkeiten würden laut einem mit der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Werkvertrag vom 23. August 1989 honoriert. Mit Schreiben vom 7. Februar 1990 habe die Beschwerdeführerin das Vertragsverhältnis aufgelöst. Geltend machte der Erstmitbeteiligte einen Anspruch auf jenes restliche Vertragsentgelt, welches bis zu einer ordnungsgemäßen Kündigung angefallen wäre. Auf Grund des vorerwähnten Vertrages wäre die Beschwerdeführerin berechtigt gewesen, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten den Vertrag vom 30. Juni 1990 aufzulösen. Im Einzelnen machte der Erstmitbeteiligte Entgelt für restliche drei Wochen im Februar 1990, für die Zeit vom 1. März 1990 bis 30. Juni 1990 sowie eine Abfindung "infolge der Vertragsauflösung durch die (Beschwerdeführerin) in der Höhe von zwei Monatsentgelten", insgesamt S 159.498,- geltend, wovon - nach den Klagsbehauptungen - die Beschwerdeführerin S 22.000,- bezahlt hätte, sodass S 137.498,- aushafteten. In der Tagsatzung vom 21. Oktober 1991 schlossen die Parteien einen Vergleich, dessen Rechtswirksamkeit am 14. November 1991 bestätigt wurde. Darin verpflichtete sich die Beschwerdeführerin, dem Erstmitbeteiligten einen Betrag von S 70.000,- an Honorar binnen zwei Wochen ab Rechtswirksamkeit des Vergleichs zu bezahlen. Damit seien sämtliche gegenseitigen Forderungen bereinigt und verglichen. Der Vergleich enthielt eine Widerrufsklausel, von der offenkundig nicht Gebrauch gemacht wurde.

Mit Bescheid vom 11. April 1997 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Beschäftigung als Journalist und Redakteur bei der Beschwerdeführerin in der Zeit vom 6. April 1987 bis 11. September 1989 sowie vom 24. September 1989 bis 21. April 1990 der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei. Nach der Begründung habe der

Erstmitbeteiligte angegeben, dass er bei der Beschwerdeführerin als grafischer Redakteur (Layouter) beschäftigt gewesen sei. Seine Aufgabe sei die grafische Gestaltung von mindestens acht Seiten pro Ausgabe der Zeitung (...) gewesen, welche wöchentlich erscheine. Die Entlohnung habe hierfür S 5.500,--

betragen. Für jede weitere Seite habe er S 700,-- netto ausbezahlt erhalten. Die Verrechnung sei monatlich erfolgt. Die Arbeiten seien nur in den Räumen der Redaktion erledigt worden, es habe keine fixe Arbeitszeit gegeben, jedoch hätten jeden Donnerstag zwei bis vier Seiten als Vorsatzseiten in der Druckerei abgegeben werden müssen. Am Sonntag hätten die weiteren Seiten fertig sein müssen. Von Dienstag bis inklusive Sonntag habe der Erstmitbeteiligte am Nachmittag in den Räumen der Beschwerdeführerin sein müssen, denn es seien Besprechungen mit Reportern der Zeitschrift erfolgt. Nach Wiedergabe weiterer Zeugenaussagen, insbesondere auch jener des Chefredakteurs, im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren vertrat die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die Auffassung, dass bei der Beschäftigung des Erstmitbeteiligten die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwogen hätten.

Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Bescheid Einspruch:

Unter Vorlage des "Werkvertrages" vom 23. August 1989 führte sie darin aus, dass der Erstmitbeteiligte weder ein wöchentliches noch ein monatliches Fixum erhalten habe, sondern pro Ausgabe der Zeitung mit S 5.500,-- pauschal honoriert worden sei, wobei ab neun Seiten pro Ausgabe jede Seite gesondert abgegolten worden sei. Zutreffend sei, dass der Erstmitbeteiligte keine fixe Arbeitszeit gehabt habe, sondern lediglich gewisse Termine, zu denen naturgemäß die Vorarbeiten für die Herausgabe der Zeitung abgeschlossen sein müssten, einzuhalten gehabt hätte. Es sei ihm weiters freigestanden zu bestimmen, wo er seine Arbeit verrichte. Hätte der Erstmitbeteiligte seine Arbeit nur in den Räumen der Redaktion erledigt, so wäre die Vereinbarung von fixen Terminen für Koordinationsgespräche nicht notwendig geworden. Dies sei jedoch notwendig gewesen, da - wie sich aus einer Zeugenaussage im gerichtlichen Verfahren ergebe - der Erstmitbeteiligte im zunehmenden Ausmaß seine Arbeit außer Haus verrichtet habe.

Auf Grund der freien Verfügungsmacht bezüglich der Arbeitszeit und des Arbeitsortes sowie auf Grund der von ihm aufgewendeten Zeit hätte er jederzeit auch für andere Auftraggeber arbeiten können. Der Werkvertrag vom 23. August 1989 sehe keinerlei rechtliche Konsequenzen für den Fall vor, dass der Erstmitbeteiligte auch für andere Auftraggeber tätig geworden wäre.

Dieser Werkvertrag lautet wie folgt:

"WERKVERTRAG

Sehr geehrter Herr ...

...,

Wir nehmen Bezug auf die mit Ihnen geführten letzten

Gespräche und halten hiermit fest:

1. Sie werden bei uns als freier Mitarbeiter im Werkvertragsverhältnis tätig sein. Der Vertrag beginnt wirksam zu werden ab 01.09.1989 und kann sowohl von Ihnen als auch von uns mit einer Frist von drei Monaten zum Ende jeden Quartals aufgekündigt werden.

2. Ihre Tätigkeit für die wöchentlich erscheinende Zeitung (...) besteht im Verfassen von Beiträgen aus dem Ihnen durch den Chefredakteur bekannt gegebenen Themenkreis. Darüber hinaus sind Sie für den Satz und das Layout verantwortlich und verpflichten sich, durchschnittlich 8 Seiten pro Ausgabe technisch zu redigieren. Jede darüber hinausgehende Seite wird mit einem Betrag von S 700,00 pauschal abgegolten.

3. Ihre Tätigkeit für die periodisch erscheinende Farbbeilage '(...) Magazin' ist das Verfassen von Beiträgen zum jeweiligen Themenschwerpunkt und das Layout.

4. Für die von Ihnen in Punkt 2. dieses Werkvertrages beschriebenen Leistungen erhalten Sie ein Pauschalhonorar von

S 5.500,00 (netto ohne Umsatzsteuer) pro Ausgabe verrechnet. Dieses Honorar wird gesammelt monatlich im nachhinein ausbezahlt. Für die von Ihnen in Punkt 3 dieses Werkvertrages beschriebenen Leistungen wird das Honorar in Abhängigkeit des jeweiligen Heftumfanges jeweils pro Ausgabe gesondert vereinbart, wobei aber ein Mindesthonorar von S 600,00 pro redigierter Seite zur Verrechnung gelangt. Die Honorare sind wertgesichert nach dem Verbraucherpreisindex 1976.

5. Sowohl Sie als auch der Verlag nehmen zur Kenntnis, dass die Zusammenarbeit aus dieser Regelung kein Dienstverhältnis begründet. Es sind daher alle anfallenden Steuern und Abgaben aus den Honorareinnahmen von Ihnen zu tragen. Ausdrücklich möchten wir darauf hinweisen, dass Sie als freier Mitarbeiter nicht sozialversichert sind.

6. Bei Auflösung unseres Vertragsverhältnisses erhalten Sie eine Abschlagszahlung in Höhe von zwei Monatspauschalen. Damit sind die von Ihnen in unser Unternehmen eingebrachten Ideen und ihr Know-how abgegolten. Diese Abschlagszahlung wird jedoch nur dann fällig, wenn das Vertragsverhältnis von uns - ohne

Fehlverhalten Ihrerseits - gelöst wird. Sollte unser Vertragsverhältnis aus anderen Gründen als dem vorerwähnten gelöst werden, besteht kein Anspruch auf Abschlagszahlung."

Dieser Vertrag trägt die Unterschrift des Herausgebers und des Erstmitbeteiligten. Bei seiner Einvernahme am 18. Juni 1997 vor der Einspruchsbehörde gab der Erstmitbeteiligte Folgendes an:

"Ich war bei der (Beschwerdeführerin) als grafischer Redakteur für die Zeitung (...) tätig und hatte durchschnittlich mindestens acht Seiten pro Ausgabe zu erstellen. Es ist richtig, dass es keine regelmäßigen fixen Arbeitszeiten gegeben hat, allerdings war vereinbart, dass ich von Dienstag bis Sonntag am Nachmittag jeweils zu Besprechungen erscheinen musste, bzw. am Donnerstag zwei bis vier Seiten des nicht aktuellen Teiles in der Druckerei abgeben musste. Die Termine, an denen ich erscheinen musste, wurden mir jeweils vom Chefredakteur, (...) vorgegeben. In der Praxis spielte es sich so ab, dass ich nicht jeden Tag erscheinen musste, und zwar musste ich nicht immer am Dienstag und Mittwoch erscheinen, am Donnerstag bis Sonntag jedoch sehr wohl. Die Zeitung (...) wurde am Montag gedruckt und am Dienstag vertrieben. Die Zeitung (...) hatte insgesamt 24 Seiten. Die Artikel haben die Redakteure geschrieben, ich habe sie redigiert und die Artikel auf den Computer geschrieben.

Gegen Ende des Beschäftigungsverhältnisses hatte ich eine Anwesenheitspflicht ab circa 15 bis 16 Uhr, weil zumindest einer in der Redaktion erreichbar sein sollte. Tatsächlich war ich nicht immer anwesend, zum Teil deswegen, da nicht genügend Artikel vorhanden waren und ich aus eigenen Verschulden nicht erschienen bin. Der Arbeitsort war ausschließlich die Räumlichkeiten der Zeitung. Besprechungen wurden manchmal auch in Cafes abgehalten, dies wurde vom Chefredakteur veranlasst. Weisungen erhielt ich vom Chefredakteur. Es ist richtig, dass ich unentschuldigt vom Dienst fernblieb und oft Stunden verspätet erschien. Der Chefredakteur hat mich daher mehrfach abgemahnt und darauf hingewiesen, dass das fixe Erscheinungsdatum der Zeitung derartige Unpünktlichkeiten nicht zuließe. Ich habe auf zwei Computern der Firma die Arbeiten erledigt. Ich konnte mich bei meiner Tätigkeit nicht vertreten lassen, eine Vertretung war nur durch zwei Kollegen möglich, weil diese die Erfahrung hatten. Es ist richtig, dass ich Medizinstudent war, und mir das Studium durch Nebenschäftigung finanziert habe. Ich war mit Herrn (H.H.L.) privat befreundet, welcher bei der (Beschwerdeführerin) als freier Mitarbeiter (Redakteur) beschäftigt war. Dieser hat gesagt, ich könne mich bei der Zeitung vorstellen, irgendetwas gebe es immer zu erledigen. Ich habe damals mit dem Chefredakteur (...) gesprochen. Dieser war damit einverstanden, dass ich bei der Zeitung tätig werde. Zuerst habe ich nur Fotos bzw. alte Zeitungen geschlichtet bzw. weggeworfen. Diese Tätigkeit dauerte circa drei Monate. Während dieser Zeit begann ich mich für die Computer im Betrieb zu interessieren und wurde mir die Gelegenheit geboten, in Zeiten wo der Computer nicht verwendet wurde, mich mit dem Computer zu beschäftigen. Nachdem ich mich ausgekannt habe bei den Befehlen hat er mir gestattet als Training alte Artikel, die bereits erschienen sind, nachzusetzen. Als ich dies konnte, habe ich selbst die ersten Artikel für die Zeitung gesetzt. Dies war etwa drei bis vier Monate nach Beginn meiner Tätigkeit der Fall. Danach hat sich die Tätigkeit weiterentwickelt und ist mir immer mehr Arbeit angetragen worden. In den ersten vier Monaten ab Beginn meiner Beschäftigung bei der (Beschwerdeführerin) (6.4.1997) war mein Beschäftigungsverhältnis freier als oben geschildert, insbesondere war ich nicht so in den Betriebsorganismus eingegliedert."

Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin erklärte bei dieser mündlichen Verhandlung, dass das Unternehmen zum Einstellungszeitpunkt Journalisten gesucht hätte. Der Erstmitbeteiligte sei ursprünglich Medizinstudent gewesen. Zu diesem Zeitpunkt habe die Firma einen Satzcomputer erstanden. Es hätten seitens der Beschwerdeführerin keine zeitlichen Vorgaben bestanden, sondern nur die Vorgabe, dass die Tätigkeit bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erledigt werde.

Mit Bescheid vom 10. September 1997 gab die Einspruchsbehörde dem Einspruch der Beschwerdeführerin teilweise statt und stellte gemäß §§ 413 und 414 in Verbindung mit § 355 ASVG fest, dass der Erstmitbeteiligte zur Beschwerdeführerin in der Zeit vom 1. August 1987 bis 11. September 1989 sowie vom 24. September 1989 bis 21. April 1990 in einem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 gestanden sei. Nach einer Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und der angewendeten Gesetzesvorschriften sowie der dazu ergangenen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und einer Wiedergabe der Verfahrensergebnisse führte die Einspruchsbehörde beweiswürdigend aus, dass die Angaben des Erstmitbeteiligten glaubwürdig erschienen, dass zumindest ab August 1987 die Voraussetzungen für ein die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis gegeben gewesen seien. Dies deshalb, da der Erstmitbeteiligte zu vom Chefredakteur vorgegebenen Terminen zu Besprechungen habe erscheinen müssen, zu Ende des Beschäftigungsverhältnisses ab ca. 15.00 bis 16.00 Uhr eine Anwesenheitspflicht bestanden habe, er Weisungen vom Chefredakteur erhalten habe, mit Betriebsmitteln der Beschwerdeführerin an deren Betriebsort gearbeitet habe, keine generelle Befugnis bestanden habe, sich vertreten zu lassen, und eine diszipliniäre Verantwortlichkeit gegeben gewesen sei, da unentschuldigtes Fernbleiben bzw. unpünktliches Erscheinen zu Besprechungen vom Dienstgeber abgemahnt worden sei und schließlich auch zur Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses geführt habe. Im Hinblick darauf, dass der Erstmitbeteiligte jedoch eigenen Angaben zufolge in den ersten vier Monaten ab Beginn seiner Beschäftigung nicht so in den Betriebsorganismus der Beschwerdeführerin eingegliedert gewesen sei, sei ein die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis nur für die im Spruch des Bescheides genannten Zeiträume festzustellen gewesen.

Die Beschwerdeführerin erhob Berufung. Darin bekämpfte sie die Feststellung, dass der Erstmitbeteiligte Weisungen vom Chefredakteur erhalten habe und behauptete, dass eine generelle Befugnis, sich vertreten zu lassen, für den Erstmitbeteiligten bestanden hätte. Es sei nicht beachtlich gewesen, ob oder welcher Hilfskraft sich der Erstmitbeteiligte hätte bedienen können. Es habe auch die Möglichkeit bestanden, an einem anderen Ort als dem Betriebsort der Beschwerdeführerin mit eigenen Betriebsmitteln die Leistung zu erbringen. Abgesehen von einigen kurzen Besprechungen, welche diese Arbeiten mit sich brächten, seien dem Erstmitbeteiligten keine Vorschriften betreffend Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, der Arbeitspausen usw. gemacht worden. Es habe entgegen den Feststellungen der Einspruchsbehörde zu keiner Zeit eine Anwesenheitspflicht bestanden, sondern nur die Verpflichtung zur pünktlichen Abgabe der Leistungen und der Teilnahme an notwendigen Arbeitskoordinationsgesprächen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 24. Juni 1998 wies die belangte Behörde die Berufung der Beschwerdeführerin als unbegründet ab und bestätigte den Einspruchsbescheid. Nach einer Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und der angewendeten Rechtsvorschriften stellte die belangte Behörde folgenden Sachverhalt fest:

"(Der Erstmitbeteiligte) hat am 6.4.1987 bei der Berufungswerberin zu arbeiten begonnen. Die ersten vier Wochen hat (der Erstmitbeteiligte) Fotos und alte Zeitungen geschlichtet bzw. weggeworfen. Während dieser Tätigkeit begann er sich für die Computer des Betriebs zu interessieren und machte sich innerhalb kurzer Zeit mit ihnen vertraut. Er bekam dann die Möglichkeit, alte Artikel nachzusetzen, um die Arbeit mit dem speziellen Computer zu trainieren. Schließlich war es seine Aufgabe, durchschnittlich acht Seiten für die wöchentlich erscheinende Zeitschrift zu produzieren, wobei die Artikel von Redakteuren der Zeitschrift verfasst wurden. (Der Erstmitbeteiligte) hat diese computermäßig erfasst und das Layout der Seiten gestaltet. Er hat dazu einen speziellen Computer verwendet, nämlich einen Skantex 1000.

Diese Arbeit wurde vom (Erstmitbeteiligten) persönlich erbracht. Eine Vertretung war nur im Krankheitsfall oder Urlaub durch zwei Kollegen möglich, welche genügend Erfahrung in diesem Bereich hatten.

Es wurde ein Honorar von ATS 5500,-- pro Ausgabe vereinbart, wobei jede über die acht vereinbarten hinausgehende Seite mit zusätzlich ATS 700,-- abgegolten wurde. Die Auszahlung erfolgte gesammelt pro Monat im Nachhinein.

(Der Erstmitbeteiligte) musste keine fixen Arbeitszeiten einhalten. Es mussten allerdings wegen des Druckes der Zeitschrift jeweils bis Freitag die Vorsatzseiten abgegeben werden. Der Chefredakteur hat (dem Erstmitbeteiligten) daher fixe Abgabetermine für die Vorsatzseiten vorgegeben. Zusätzlich gab es Mittwochs bis Sonntags täglich Besprechungen mit den Mitarbeitern, in denen vereinbart wurde, wer von den Mitarbeitern was macht. Ebenso wurde eingeteilt, wer wann den Computer benützte. Dies war nötig, da nur zwei Eingabestellen vorhanden waren.

(Der Erstmitbeteiligte) hat sich an diese Besprechungstermine sehr oft nicht gehalten bzw. ist er zu spät erschienen. In diesen Fällen wurde er vom Chefredakteur (...) abgemahnt mit dem Hinweis, dass das fixe Erscheinungsdatum der Zeitung derartige Unpünktlichkeiten nicht zuließe.

Etwa ein Jahr vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat (der Erstmitbeteiligte) seine gesamte Arbeit nur mehr an Wochenenden erledigt und die Vorsatzseiten für die Druckerei nicht rechtzeitig abgegeben. Der Chefredakteur (...) hat dieses Verhalten im Sommer 1989 dem Herausgeber mitgeteilt und ihm eine Gehaltskürzung vorgeschlagen, welche aber nicht erfolgte.

Der Arbeitseinsatz vom (Erstmitbeteiligten) wurde zunehmend geringer und seine Leistungen schlechter, sodass das Arbeitsverhältnis letztlich mit 9.2.1990 von der Berufungswerberin aufgelöst wurde."

In rechtlicher Hinsicht vertrat die belangte Behörde - nach Wiedergabe verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung zur Frage der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG - die Auffassung, dass der Erstmitbeteiligte "höchstpersönlich Schuldner der vereinbarten Arbeitsleistung" gewesen sei. Er selbst hätte die Seiten für die Zeitschrift zu bearbeiten gehabt. Die Beschwerdeführerin habe mit der Arbeitskraft des Erstmitbeteiligten rechnen können, es habe keine generelle Befugnis für diesen gegeben, die übernommene Verpflichtung von einer beliebigen anderen Person verrichten zu lassen. Er habe sich nur bei Verhinderung in Einzelfällen wie z.B. Urlaub oder Krankheit von zwei Kollegen vertreten lassen. Diese bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigten Personen stelle keine generelle Vertretungsmöglichkeit dar. Der Erstmitbeteiligte habe seine Arbeit in den Räumen der Beschwerdeführerin verrichtet und dazu deren Betriebsmittel, einen näher genannten Computer, verwendet. Der Umstand, dass der Erstmitbeteiligte theoretisch auch woanders hätte arbeiten können, sei rechtlich ohne Bedeutung. Ebenso wenig komme es auf die Art der Auszahlung des Honorars an. Dem isolierten Moment der Einflussnahme des Beschäftigten auf seine Arbeitszeit komme keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische, weit gehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung, möge sie auch nur einen geringen Teil der an der Person an sich zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch nehmen, könne auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte auf Grund einer Vereinbarung unter der Betriebsübung zum Teil Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen könne. Der Erstmitbeteiligte habe seine Arbeit mit dem Computer mit Kollegen abstimmen müssen, da nur zwei Eingabestellen vorhanden gewesen seien. Er sei insofern in seiner Arbeitsgestaltung frei gewesen,

als er sich nur mit den Kollegen ins Einvernehmen habe setzen müssen, jedoch nicht mit dem Arbeitsempfänger. Wenn nun der Beschäftigte hinsichtlich der Gestaltung des Arbeitsablaufes und der Arbeitsorganisation weit gehend frei sei, so komme der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit des Beschäftigten für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit maßgebliche Bedeutung zu. Auch eine in Abwesenheit des Empfängers der Arbeitsleistung beschäftigte Person sei im arbeitsbezogenen Verhalten nicht schon deshalb persönlich unabhängig, weil sich auf Grund ihrer Erfahrungen und/oder der Natur der zu verrichtenden Arbeiten Weisungen über die Reihenfolge und den näheren Inhalt der Arbeiten erübrigte, der Beschäftigte somit den Arbeitsablauf selbst bestimme, sofern er nur der stillen Autorität des Empfängers der Arbeitsleistung, d.h. seinem Weisungs- und Kontrollrecht, unterläge. Der Erstmitbeteiligte sei in diesem Sinne der stillen Autorität der Beschwerdeführerin unterlegen: Er habe zwar seinen Arbeitsablauf selbst bestimmt, sei aber an Weisungen des Chefredakteurs "bezüglich Abgabetermine der Arbeiten, Besprechungen, in welchen die Arbeiten aufgeteilt wurden, und an bestimmte Qualitätserfordernisse der Artikel" gebunden gewesen. Dieses Kontrollrecht sei durch den Chefredakteur ausgeübt worden. Bei Zuwiderhandeln hätte es disziplinäre Folgen gegeben, wie z.B. die Abmahnung bei Verspätungen und letztlich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dies seien geradezu die klassischen disziplinären Sanktionen im Rahmen eines Dienstverhältnisses. Bei einer Gesamtbetrachtung der Merkmale hätten die Merkmale persönlicher Abhängigkeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit klar überwogen, sodass ein Arbeitsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit vorliege.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und erklärt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand zu nehmen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Die Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten hat - ebenso wie die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt - erklärt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand zu nehmen; der Erstmitbeteiligte und das Arbeitsmarktservice haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung 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. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG in der hier noch anzuwendenden Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 139/1997 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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG sind für den Fall der Arbeitslosigkeit Dienstnehmer versichert (arbeitslosenversichert), die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert oder selbst versichert (§ 19a ASVG) und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.

Die Kriterien, die für die (überwiegende) Annahme persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Einzelnen beachtlich sind, hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Judikatur ausführlich dargelegt. Die persönliche Abhängigkeit charakterisierte der Gerichtshof dabei als weit gehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten, die sich insbesondere in seiner Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, seiner Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen des Dienstgebers, der Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber und die disziplinäre Verantwortlichkeit des Dienstnehmers äußere. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Gesamtbildes seiner Beschäftigung für das Rechtsverhältnis der persönlichen Abhängigkeit des Beschäftigten vom Dienstgeber - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - allerdings nur die 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 rechtlicher Gestaltung der Beschäftigung. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmales persönlicher Abhängigkeit lässt im Hinblick darauf, dass schon das Überwiegen genügt, keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass die zu beurteilende Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht unterliegt; es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall gegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist (ständige Rechtsprechung vgl. u.a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. September 1986, Zl. 84/08/0188, und das Erkenntnis vom 21. Dezember 1993, Zl. 90/08/0224).

Nach mittlerweile ebenfalls ständiger Rechtsprechung ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorliegt, die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben mit einzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des

Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können (vgl. das Erkenntnis vom 11. Dezember 1990, Slg. Nr. 13.336/A, sowie - aus jüngerer Zeit - das Erkenntnis vom 20.

Dezember 2001, Zl. 98/08/0208, uva).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund erweist sich der angefochtene Bescheid im Ergebnis als rechtswidrig:

Die belangte Behörde geht in ihren Feststellungen -

zusammengefasst - davon aus, dass der Erstmitbeteiligte zwar zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet, dabei jedoch an keine Arbeitszeit gebunden gewesen sei. Auch in der Gestaltung des Arbeitsablaufes und der Arbeitsorganisation sei der Erstmitbeteiligte weitgehend frei gewesen.

Die belangte Behörde vertritt dazu die Auffassung, der Erstmitbeteiligte sei der "stillen Autorität" der Beschwerdeführerin unterlegen und an Weisungen des Chefredakteurs gebunden gewesen: Als Inhalt solcher Weisungen bezeichnet die belangte Behörde die "Abgabetermine, Besprechungstermine zur Aufteilung der Arbeit und Qualitätserfordernisse der Artikel".

Die Einhaltung von Abgabeterminen bei feststehendem Erscheinungsdatum einer Zeitung ist für die Unterscheidung einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von einer solchen auf Grund eines freien Dienstvertrages jedoch nicht unterscheidungskräftig. Die Vorgabe der dabei zu beobachtenden Qualitätserfordernisse betrifft die Art der Arbeitsverrichtung selbst; dabei handelt es sich nicht um Weisungen hinsichtlich der für die Unterscheidung im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG maßgeblichen Kriterien, nämlich in Bezug auf den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten.

Diese Feststellungen würden daher auch die Annahme einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit, etwa im Rahmen eines freien Dienstvertrages, nicht ausschließen, auch wenn der Erstmitbeteiligte seine Arbeit (in der Regel) am Computer der Beschwerdeführerin verrichtet hat. Dass bei der wöchentlichen Herstellung einer Zeitung, deren Erscheinungsdatum im Vorhinein feststeht, auch die Vorarbeiten terminisiert werden und diese Termine von allen Beteiligten (seien sie Arbeitnehmer oder freie Mitarbeiter) eingehalten werden müssen, versteht sich von selbst. Entgegen der Auffassung der belangten Behörde kommt auch der Frage, ob das Honorar jeweils wöchentlich nach Erscheinen der Zeitung oder monatlich im Nachhinein entrichtet wurde, keine maßgebende Bedeutung zu. Selbst wenn man von einer Einbindung in den "Verrechnungs- und Auszahlungsmodus" der Beschwerdeführerin ausginge und dies nicht als bloße Vereinfachung von Abrechnungsvorgängen, sondern als eine "Eingliederung in die Personaladministration" deutet, kommt diesem Element bei der Abgrenzung eines Dienstverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von einem freien Dienstvertrag keine rechtliche Bedeutung zu.

Stehen somit die tatsächlichen Umstände der Beschäftigung auch mit dem Vorliegen eines freien Dienstvertrages nicht in Widerspruch, so kommt der vertraglichen Grundlage eines solchen Rechtsverhältnisses als Deutungsschema der festgestellten tatsächlichen Umstände der Beschäftigung im Sinne der oben erwähnten jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besondere Bedeutung zu; eine Prüfung der (mündlich oder schriftlich fixierten) vertraglichen Grundlagen der Beschäftigung bei deren Beginn ist im Beschwerdefall umsomehr indiziert, als sich der Erstmitbeteiligte - wie aus der in den vorgelegten Verwaltungsakten enthaltenen Kopie der Klageschrift ersichtlich ist - in seiner vor dem Arbeits- und Sozialgericht erhobenen Klage selbst als freier Mitarbeiter der Beschwerdeführerin bezeichnet und die Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichtes nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages, sondern ausdrücklich nur auf Grund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit, d.h. der Sache nach als im Sinne des § 51 Abs. 3 Z. 2 ASGG dienstnehmerähnlich Beschäftigter in Anspruch genommen hat, also auch nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages als Grundlage dieses Beschäftigungsverhältnisses ausgegangen ist.

Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem Einspruch eine Ablichtung des als "Werkvertrag" bezeichneten Vertrages vorgelegt. Weder die Einspruchsbehörde noch die belangte Behörde hat sich mit dem Inhalt dieses - oben im Wortlaut wiedergegebenen - Vertrages auseinander- und diese Vereinbarung zu den getroffenen Tatsachenfeststellungen in die gebotene Beziehung gesetzt; sie haben dieses Beweismittel vielmehr mit Stillschweigen übergangen.

Da somit das Verfahren in einem wesentlichen Punkt ergänzungsbedürftig geblieben ist, war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit b VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001; das auf den Ersatz der Beschwerdegebühr gerichtete Kostenmehrbegehren war im Hinblick auf die auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltende sachliche Gebührenbefreiung gemäß § 110 ASVG abzuweisen. Wien, am 3. Oktober 2002