

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

20.04.2005

Geschäftszahl

2001/08/0097

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2001/08/0098

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 Beschwerden der D GmbH in W, vertreten durch Kubac, Svoboda, Kirchweiger & Payer, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Kantgasse 3, gegen die Bescheide des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG

1. (2001/08/0097) vom 27. April 2001, Zl. 123.636/1-7/00 (mitbeteiligte Parteien: 1. J in W, 2. Wiener Gebietskrankenkasse in 1101 Wien, Wienerbergstraße 15-19,

3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, 5. Arbeitsmarktservice Wien, Landesgeschäftsstelle, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57),

2. (2001/08/0098) vom 4. Mai 2001, Zl. 124.573/3-7/00 (mitbeteiligte Parteien: 1. F in W, 2. Wiener Gebietskrankenkasse in 1101 Wien, Wienerbergstraße 15-19,

3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, 5. Arbeitsmarktservice Wien, Landesgeschäftsstelle, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57),

zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Gesellschaft hat dem Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 103,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I. Zur Beschwerde 2001/08/0097:

1. Die beschwerdeführende GmbH (in der Folge: Beschwerdeführerin) meldete der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse den Erstmitbeteiligten in der Zeit vom 1. Juli bis 30. September 1996 auf Grund einer Aushilfstätigkeit als Dienstnehmer zur Pflichtversicherung. Für die Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Jänner 1997 wurde der Erstmitbeteiligte von der Beschwerdeführerin als freier Dienstnehmer zur Pflichtversicherung gemeldet. Der Meldung als freier Dienstnehmer lag der als Werkvertrag bezeichnete Vertrag vom 28. Oktober 1996 zu Grunde; dieser lautet auszugsweise wie folgt:

"1.) Sie erbringen für unsere Gesellschaft Leistungen in Form von aktivem und passivem Telefonmarketing sowie in Form von Vorbereiten diverser Mailingaktionen.

Der Zeitpunkt des Beginnes Ihrer Tätigkeit ist der 1.10.1996.

Hinsichtlich der sonstigen Verwendung Ihrer Arbeitskraft in selbständiger oder unselbständiger Form sind Sie nicht gebunden, sofern dadurch keine Interessenkollision mit der vertraglich vereinbarten Tätigkeit für unsere Gesellschaft eintritt.

2.) Es gilt als vereinbart, dass Sie wöchentlich durchschnittlich 25 Stunden in den Räumlichkeiten unserer Gesellschaft tätig sind. Der Durchrechnungszeitraum beträgt jeweils drei Kalendermonate, im Laufe derer Sie unserer Gesellschaft die vereinbarten 25 Stunden pro Woche im Durchschnitt zur Verfügung stehen.

In Ausnahmefällen besteht für Sie die Möglichkeit, sich nach Rücksprache mit den beiden Geschäftsführern durch eine dritte Person in der Erfüllung Ihrer Arbeitspflicht vertreten zu lassen. Es muss allerdings gewährleistet sein, dass diese dritte Person ein gleich hohes Ausmaß an Schulung und Einsatzfähigkeit aufweist wie Sie selbst.

3.) Für Ihre Tätigkeit erhalten Sie ein Entgelt von monatlich
S 9.750,--. ...

4.) Die gegenständliche Vereinbarung wird von uns dem zuständigen Sozialversicherungsträger und der zuständigen Finanzbehörde als 'Werkvertrag' gemeldet. Die Abzugssteuer sowie den auf Sie entfallenden Teil der Sozialversicherungsbeiträge haben Sie aus Eigenem zu tragen, die Abfuhr der Abzugssteuer sowie der Sozialversicherungsbeiträge erfolgt durch uns.

5.) Sie sind zur Verschwiegenheit über alle Ihnen im Zuge Ihrer Tätigkeit für uns bekanntwerdenden Umstände, deren Geheimhaltung in unserem Interesse oder im Interesse eines Kunden liegt, verpflichtet.

Sie verpflichten sich zur Einhaltung des Datengeheimnisses.

Diese Verpflichtungen bestehen auch nach Beendigung des gegenständlichen Vertragsverhältnisses.

6.) Dieser Vertrag gilt unbefristet und kann unter Einhaltung einer Frist von einem Monat von beiden Vertragspartnern jeweils zum Monatsletzten gelöst werden. ..."

2. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse stellte mit Bescheid vom 25. Februar 1999 fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Beschäftigung als Telefon-Marketing-Mitarbeiter bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin auch in der Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Jänner 1997 der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege. Die Anmeldung ab 1. Oktober 1996 und die Abmeldung mit 31. Jänner 1997 würden von Amts wegen ausgestellt.

Weiters wurde festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund dieser Beschäftigung in diesem Zeitraum nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-)Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen und auch nicht gemäß § 4 Abs. 5 ASVG auf Grund einer regelmäßigen dienstnehmerähnlichen Tätigkeit für einen Auftraggeber unterliege.

In der Begründung wurde ausgeführt, aus den Ermittlungsergebnissen und den vorliegenden Unterlagen lasse sich erkennen, dass keine wesentlichen inhaltlichen Unterschiede zwischen den beiden von der Beschwerdeführerin gemeldeten Tätigkeiten bestehen. Der Erstmitbeteiligte habe dazu befragt ausgesagt, er habe von Juli bis September 1996 als Ferialaushilfe gearbeitet. Er habe hauptsächlich telefoniert; er habe Gespräche entgegengenommen, die auf Grund einer Kampagne hereingekommen seien. Es sei seine Aufgabe gewesen, die Daten und Anliegen der Anrufer zu notieren; für die Weiterbearbeitung sei er nicht zuständig gewesen. Er habe weder Verträge abgeschlossen noch Terminvereinbarungen getroffen. Er habe eine fixe Arbeitszeit einhalten müssen, die auch kontrolliert worden sei. Ab Oktober 1996 habe er wieder studiert. Er habe die Arbeitszeit flexibler gestalten können; er habe aber auf jeden Fall 25 Stunden in der Woche innerhalb der Bürozeiten arbeiten müssen. Er habe über seine Arbeitszeiten Aufzeichnungen zu führen gehabt, die Mag. K. kontrolliert habe. Habe er in einer Woche weniger als die vereinbarten 25 Stunden gearbeitet, sei er verpflichtet gewesen, diese einzuarbeiten. Er habe die Tätigkeit ausschließlich in den Büroräumlichkeiten der Beschwerdeführerin vorgenommen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse schloss daraus, dass die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten auch in der Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Jänner 1997 überwiegend die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit aufgewiesen habe. Von einer Tätigkeit auf Grundlage eines freien Dienstvertrages könne keine Rede sein. Ab 1. Oktober 1996 habe sich seine wöchentliche Arbeitszeit lediglich auf Grund seines Studiums reduziert. Er sei auch weiterhin verpflichtet gewesen, eine bestimmte Arbeitszeit einzuhalten. Er sei diesbezüglich auch kontrolliert worden; er habe Stundenaufzeichnungen zu führen gehabt. Von einer generellen Vertretungsmöglichkeit könne nicht gesprochen werden, weil der Erstmitbeteiligte unbedingt hätte Rücksprache mit den Geschäftsführern halten müssen. Von allfälligen Vertretungskräften sei die gleiche Qualifikation gefordert worden. Dies bedeute, dass der Kreis von möglichen Vertretern sehr gering sei und sich nur auf im Betrieb beschäftigte Personen beschränke. Darüber hinaus sei der Erstmitbeteiligte zur absoluten Verschwiegenheit verpflichtet gewesen; dieser Umstand würde die willkürliche Auswahl von Vertretungskräften ausschließen.

Der Erstmitbeteiligte sei ohne jeden Zweifel nicht mit der Herstellung eines Werkes beschäftigt gewesen. Von einer dienstnehmerähnlichen Tätigkeit im Sinne des § 4 Abs. 5 ASVG könne nicht gesprochen werden.

3. Die Beschwerdeführerin erhob Einspruch. Darin machte sie im Wesentlichen geltend, der Erstmitbeteiligte sei bei Ausführung der übernommenen Tätigkeiten weitgehend selbständig gewesen. Eine Weisungsgebundenheit habe nicht bestanden. Es sei ihm vertraglich ein Vertretungsrecht eingeräumt worden. Eine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung sei daher nicht gegeben gewesen. Vereinbart sei eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 25 Stunden gewesen. Eine fixe Arbeitszeiteinteilung habe es nicht gegeben. Die zeitliche Organisation der Tätigkeit sei dem Erstmitbeteiligten frei überlassen worden. Der Grund für die Vorgabe eines Richtwertes für das Arbeitszeitpensum (durchschnittlich 25 Stunden pro Woche) sei in der Form der Entgeltvereinbarung gelegen gewesen. Vereinbart sei ein monatliches Honorar, eine Vorgabe für den Leistungsumfang sei daher notwendig gewesen.

4. Die Einspruchsbehörde gab mit Bescheid vom 19. Oktober 1999 dem Einspruch statt und stellte fest, dass der Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Jänner 1997 zur Beschwerdeführerin auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen in einem die Vollversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG gestanden sei. Weiters wurde ausgesprochen, dass der Erstmitbeteiligte in diesem Zeitraum weder in einem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG gestanden sei, noch auf Grund einer regelmäßigen dienstnehmerähnlichen Tätigkeit für einen Auftraggeber der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 5 ASVG unterlegen sei.

In der Begründung führte die Einspruchsbehörde aus, die Beschwerdeführerin habe mit dem Erstmitbeteiligten einen unbefristeten "Werkvertrag" (freien Dienstvertrag) geschlossen. Darin sei vereinbart worden, dass der Erstmitbeteiligte wöchentlich durchschnittlich 25 Stunden in einem Durchrechnungszeitraum von drei Monaten in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehe. Er habe die Möglichkeit gehabt, nach Rücksprache mit den beiden Geschäftsführern der Beschwerdeführerin eine geeignete Vertretung zu bestellen.

Der Erstmitbeteiligte habe bei seiner Einvernahme am 22. September 1999 ausgesagt, er habe zwar Aufzeichnungen über die von ihm geleisteten Arbeitszeiten geführt, diese seien aber von niemandem kontrolliert worden. Er habe immer bekannt gegeben, an welchen Tagen er anwesend sein werde. Manchmal sei er ersucht worden, für andere einzuspringen. Wenn er Zeit gehabt habe, habe er zugesagt. Weisungen und Kontrollen in Bezug auf sein arbeitsbezogenes Verhalten habe er nicht bemerkt. Eine Vertretung sei möglich gewesen.

Daraus ergebe sich, dass zwar der Arbeitsort vertraglich vorgegeben worden sei. Der Erstmitbeteiligte habe sich aber die Arbeitszeit im Rahmen einer Gesamtverpflichtung von 25 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von drei Monaten frei einteilen können. Anfragen, an anderen als von ihm selbst vorgesehenen Tagen zu arbeiten, habe er sanktionslos ablehnen können. Kontrollen und Weisungen habe er nicht bemerkt. Daraus könne geschlossen werden, dass keine stattgefunden haben. Der Erstmitbeteiligte habe keine Zweifel darüber geäußert, dass er von dem ihm vertraglich eingeräumten Vertretungsrecht jederzeit hätte Gebrauch machen können.

Es sei daher von einem freien Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG auszugehen, weil das bloße Zustimmungrecht zur Bestellung eines Vertreters und auch die geforderte Eignung des Vertreters noch nicht für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit spreche. Selbst wenn man eine generelle Vertretungsbefugnis verneine, ergebe auch das Gesamtbild der Beschäftigung durch die freie Zeiteinteilung und das Fehlen einer Kontrolle und von Weisungen kein typisch in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübtes Beschäftigungsverhältnis.

5. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Folge und stellte in Abänderung des Einspruchsbescheides fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Beschäftigung als Telefon-Marketing-Mitarbeiter bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin in der Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Jänner 1997 der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG und nicht der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG und § 4 Abs. 5 ASVG unterlegen sei.

In der Begründung wurde zunächst das Verwaltungsgeschehen wiedergegeben und sodann die Rechtslage dargestellt sowie Rechtssätze aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zitiert. Im Erwägungsteil führte die belangte Behörde aus, die vorliegenden Beweismittel würden ein im Wesentlichen übereinstimmendes Bild der Beschäftigung zeigen:

Der Erstmitbeteiligte habe auf Grund des Werkvertrages Leistungen in Form von aktivem und passivem Telefonmarketing sowie in Form von Vorbereiten diverser Mailingaktionen zu erbringen gehabt. Dieser Aufgabenbereich sei durch die Aussage der Mag. K. mit der Einschränkung bestätigt worden, dass der Erstmitbeteiligte vorwiegend mit Vorbereitungsarbeiten beschäftigt gewesen sei und aktives sowie passives Telefonmarketing nur aushilfsweise vorgenommen habe.

Der Vertrag lege die Arbeitszeit mit wöchentlich durchschnittlich 25 Stunden in einem Durchrechnungszeitraum von drei Monaten fest.

Mag. K. habe dazu ausgeführt, der Erstmitbeteiligte habe meist jede Woche freitags angegeben, wann er in der nächsten Woche arbeiten könne. Man habe sich abgestimmt, weil immer eine Person hätte am Telefon sein müssen und insgesamt daher zwei Personen hätten anwesend sein müssen. Darüber hinaus sei der Erstmitbeteiligte angerufen worden, wenn er gebraucht wurde. Er habe jedoch nicht zusagen müssen. In solchen

Fällen habe Mag. K. selbst ihre Termine abgesagt. Der Durchrechnungszeitraum sei in der Regel nicht ausgeschöpft worden. Der Erstmitbeteiligte habe Interesse gehabt, nicht zu viele "Minusstunden" entstehen zu lassen. Mag. K. habe darauf geachtet, ob der Erstmitbeteiligte die Arbeitszeit einhält. Auch ihr Kollege - ein weiterer Angestellter -

habe ihr berichtet, ob der Erstmitbeteiligte die Arbeitszeit eingehalten habe.

Der Erstmitbeteiligte habe bestätigt, dass Mag. K. nie seine Anwesenheit zu einer bestimmten Zeit verlangt habe. In seiner Aussage vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse habe er angegeben, er habe sich 25 Wochenstunden während der Bürozeiten (8 Uhr bis 18 Uhr) frei einteilen können. Wenn er in einer Woche weniger gearbeitet habe, habe er es später nachgeholt. Er habe weiters angegeben, Arbeitsaufzeichnungen geführt zu haben, welche auch Mag. K. kontrolliert habe.

Der Erstmitbeteiligte habe vor der Einspruchsbehörde angegeben, er habe zwar für sich Arbeitsaufzeichnungen geführt, er habe diese jedoch nicht abgeben müssen. Er habe nicht bemerkt, dass die Einhaltung der Arbeitszeit kontrolliert worden sei.

Es sei den Angaben des Erstmitbeteiligten vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Glauben zu schenken. Diese Aussage sei zeitlich näher zur tatsächlichen Beschäftigung gelegen und stimme im Wesentlichen mit den Angaben der Mag. K. überein.

Mag. K. habe dem Erstmitbeteiligten vereinbarungsgemäß nicht die Anwesenheit zu bestimmten, von ihr einseitig festgelegten Zeiten vorschreiben können. Sie habe jedoch gemäß der wöchentlich stattfindenden Absprache mit den für die Folgeweche festgelegten Arbeitszeiten des Erstmitbeteiligten rechnen und die eigene Arbeitswoche bzw. die Arbeitszeit des weiteren Angestellten danach planen können. Die Arbeitszeit des Erstmitbeteiligten sei insofern determiniert gewesen, als er 25 Stunden pro Woche während der Bürozeiten zu absolvieren gehabt habe. "Minusstunden" habe er spätestens in einem Durchrechnungszeitraum von drei Monaten einarbeiten müssen. Auf Grund dieser Umstände habe Mag. K. im Ergebnis tatsächlich mit einem weitgehend gleich bleibenden Ausmaß von Arbeitsstunden des Erstmitbeteiligten rechnen können. Die vorliegende Form der flexiblen Arbeitszeit sei nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten auszuschließen. Sie sei lediglich als ein Merkmal der Beschäftigung in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

Im Vertrag sei der Arbeitsort mit den "Räumlichkeiten der Gesellschaft" festgelegt worden.

Mag. K. habe dazu angegeben, es sei mit dieser Bestimmung gemeint gewesen "überwiegend in den Räumlichkeiten unserer Gesellschaft".

Der Erstmitbeteiligte habe dazu vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse ausgeführt, er habe seine Tätigkeit ausschließlich in den Räumen der Beschwerdeführerin ausgeübt. Vor der Einspruchsbehörde habe er angegeben, er hätte vermutlich auch von zu Hause aus arbeiten können, dies sei ihm jedoch nicht in den Sinn gekommen.

Hinsichtlich des Arbeitsortes sei von den im Vertrag festgehaltenen Bedingungen im Zusammenhang mit den Angaben des Erstmitbeteiligten vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse auszugehen. Der Umstand, dass der Erstmitbeteiligte immer wieder aushilfsweise Telefondienst zu versehen gehabt habe, spräche dagegen, dass die Beschwerdeführerin tatsächlich keinen Wert darauf gelegt habe, den Erstmitbeteiligten während der vereinbarten Arbeitszeit in greifbarer Nähe zu haben. Es sei daher davon auszugehen, dass der Erstmitbeteiligte an einen fixen Arbeitsort gebunden gewesen sei.

Zur Weisungsgebundenheit des Erstmitbeteiligten habe Mag. K. angegeben, dass sie gemeinsam mit dem weiteren Angestellten den Erstmitbeteiligten sowohl (geringfügig) eingeschult habe als auch ihm laufend angeordnet habe, welche Arbeiten dringend zu erledigen seien.

Der Erstmitbeteiligte habe vor der Einspruchsbehörde dazu angegeben, er könne sich nicht an Weisungen erinnern. Dieser Aussage sei aus den dargelegten Erwägungen kein entscheidendes Gewicht beizumessen.

Es sei von einer Weisungsgebundenheit des Erstmitbeteiligten auszugehen.

Zur Kontrollunterworfenheit des Erstmitbeteiligten habe Mag. K. angegeben, dass sie sich die Arbeiten des Erstmitbeteiligten angeschaut und in der Folge selbst unterschrieben habe. Der Erstmitbeteiligte habe nichts unterschreiben können. Sie habe auch angegeben, darauf geachtet zu haben, ob der Erstmitbeteiligte die Arbeitszeit einhält. Auch der weitere Angestellte habe ihr berichtet, ob der Erstmitbeteiligte die Arbeitszeiten eingehalten habe.

Der Erstmitbeteiligte habe vor der Einspruchsbehörde dazu angegeben, er habe von einer Kontrolle nichts bemerkt. Insgesamt sei vom Vorliegen einer Kontrollunterworfenheit des Erstmitbeteiligten auszugehen.

Zur Frage einer disziplinären Verantwortlichkeit des Erstmitbeteiligten ergebe sich aus der Aussage der Mag. K., dass sie, wenn sie etwas an der Arbeit des Erstmitbeteiligten auszusetzen gehabt habe, was selten der Fall gewesen sei (etwa seine undeutliche Schrift), sie dies mit ihm erörtert habe. Auch der Umstand, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund der Tatsache, dass er leise spreche, nur aushilfsweise beim Telefon eingesetzt worden sei, lasse erkennen, dass er für sein Verhalten am Arbeitsplatz Sanktionen zu erwarten gehabt habe. Es könne sohin von einer disziplinären Verantwortlichkeit des Erstmitbeteiligten ausgegangen werden.

Der Werkvertrag lege zur Vertretungsbefugnis des Erstmitbeteiligten fest, dass in Ausnahmefällen die Möglichkeit bestanden habe, sich nach Rücksprache mit den beiden Geschäftsführern durch eine dritte Person vertreten zu lassen. Hiebei hätte gewährleistet sein müssen, dass der Vertreter ein gleich hohes Ausmaß an Schulung und Einsatzfähigkeit aufweise, wie der Erstmitbeteiligte selbst.

Mag. K. habe hiezu angegeben, man habe mit der Formulierung "Ausnahmefälle" etwa vom Erstmitbeteiligten zu besuchende Blockveranstaltungen an der Universität oder Auslandsseminare etc. umschreiben wollen. Der Erstmitbeteiligte hätte ihr in einem konkreten Fall den Vertreter nennen müssen. Sie hätte mit der genannten Person zunächst ein Gespräch geführt und gegebenenfalls mit diesem eine Verschwiegenheitspflicht vereinbart.

Der Erstmitbeteiligte habe zur Vertretungsbefugnis zunächst angegeben, dass diese "theoretisch leicht möglich" gewesen wäre, jedoch tatsächlich nicht vorgekommen sei. Vor der Einspruchsbehörde habe er erklärt, er glaube, dass eine Vertretung möglich gewesen wäre.

Diese Beweisergebnisse ließen erkennen, dass der Erstmitbeteiligte nicht berechtigt gewesen sei, sich beliebig vertreten zu lassen. Es sei daher von seiner persönlichen Arbeitspflicht auszugehen.

Sowohl der Inhalt des Werkvertrages als auch die vorliegenden Aussagen würden zeigen, dass der Erstmitbeteiligte seine Arbeiten in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin durchgeführt habe. Es bestehe daher kein Zweifel daran, dass er mit den Betriebsmitteln der Beschwerdeführerin gearbeitet habe.

Aus den Feststellungen ergebe sich daher, dass die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten gegenüber den Merkmalen einer selbständigen Ausübung dieser Tätigkeit überwiegen. Es seien daher die Wesenselemente des § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie des § 1 Abs. 1 lit. a AIVG erfüllt. Der vorliegende Sachverhalt erfülle nicht die Versicherungspflicht nach dem § 4 Abs. 4 ASVG oder dem § 4 Abs. 5 ASVG.

II. Zur Beschwerde 2001/08/0098:

1. Die Beschwerdeführerin meldete der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse den Erstmitbeteiligten (in diesem Beschwerdefall) in der Zeit vom 1. März 1997 bis 31. Jänner 1999 auf Grund eines freien Dienstvertrages und für die Zeit vom 1. Februar 1999 bis 31. Juli 1999 auf Grund eines Dienstverhältnisses zur Pflichtversicherung. Der Meldung als freier Dienstnehmer lag der als Werkvertrag bezeichnete Vertrag vom 17. Februar 1997 zu Grunde; dieser lautete wie der oben zu I.1. wiedergegebene.

2. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse stellte mit Bescheid vom 5. Oktober 1999 fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Mitarbeiter im Telefon-Marketing bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin auch in der Zeit vom 1. März 1997 bis 31. Jänner 1999 der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege. Die Anmeldung ab 1. März 1997 und die Abmeldung mit 31. Jänner 1999 würden von Amts wegen ausgestellt.

Weiters wurde festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund dieser Tätigkeit in diesem Zeitraum nicht der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen und auch nicht gemäß § 4 Abs. 5 ASVG auf Grund einer regelmäßigen dienstnehmerähnlichen Tätigkeit für den Auftraggeber unterliege.

Die Begründung gleicht im Wesentlichen dem Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 25. Februar 1999 (oben I.2.).

3. Die Beschwerdeführerin erhob Einspruch. Darin führte sie im Wesentlichen aus wie (oben unter I.3. dargestellt) im Einspruch gegen den Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 25. Februar 1999.

4. Die Einspruchsbehörde gab mit Bescheid vom 11. Februar 2000 dem Einspruch statt und stellte fest, dass der Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. März 1997 bis 31. Jänner 1999 zur Beschwerdeführerin auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen in einem die Vollversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 gestanden sei. Weiters wurde ausgesprochen, dass der Erstmitbeteiligte in diesem Zeitraum weder in einem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG gestanden sei, noch auf Grund einer regelmäßigen dienstnehmerähnlichen Tätigkeit für den Auftraggeber der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 5 ASVG unterlegen sei.

Die Begründung gleicht im Wesentlichen dem oben unter I.4. wiedergegebenen Bescheid der Einspruchsbehörde vom 19. Oktober 1999.

5. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Folge und stellt in Abänderung des Einspruchsbescheides fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Beschäftigung als Telefon-Marketing-Mitarbeiter bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin in der Zeit vom 1. März 1997 bis 31. Jänner 1999 der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG und nicht der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 und nach § 4 Abs. 5 ASVG unterlegen sei.

Begründet wurde dieser Bescheid im Wesentlichen gleich lautend wie der (oben unter I.5. wiedergegebene) Bescheid vom 27. April 2001.

III. Gegen diese Bescheide richten sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden Beschwerden mit den Begehren, sie kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten der Verwaltungsverfahren vorgelegt und unter Abstandnahme von der Erstattung von Gegenschriften den Antrag gestellt, die Beschwerden kostenpflichtig abzuweisen.

Die Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten hat jeweils mitgeteilt, dass sie von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand nehme. Die mitbeteiligte Allgemeine Unfallversicherungsanstalt hat sich in beiden Verfahren in als Gegenschrift bezeichneten Schriftsätzen der Rechtsansicht der belangten Behörde angeschlossen. Die übrigen mitbeteiligten Parteien haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

IV. 1. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerden wegen ihres sachlichen und persönlichen Zusammenhanges verbunden und darüber erwogen:

2. Die Beschwerdeführerin macht in beiden Verfahren zusammengefasst geltend, der jeweilige Erstmitbeteiligte sei im jeweiligen Streitzeitraum auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen in einem die Vollversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG gestanden. Das Vertragsverhältnis sei so unabhängig und frei wie nur möglich gestaltet worden. Soweit die belangte Behörde von einer persönlichen Arbeitspflicht der Erstmitbeteiligten ausgehe und die Auffassung vertrete, sie seien nicht berechtigt gewesen, sich vertreten zu lassen, setze sie sich zur vertraglichen Vereinbarung und den dazu getätigten Aussagen in Widerspruch. Der Dienstgeber müsse die Möglichkeit haben, im Falle einer in Aussicht genommenen Vertretung davon in Kenntnis gesetzt zu werden und die Qualifikation des Vertreters festzustellen. Der Umstand, dass die Erstmitbeteiligten im Streitzeitraum von der Vertretungsbefugnis nicht Gebrauch gemacht haben, ändere nichts an der rechtlichen Möglichkeit.

Die Beschwerdeführerin führt weiters aus, die belangte Behörde hätte davon ausgehen müssen, dass die Erstmitbeteiligten in der Wahl ihrer Arbeitszeit im Rahmen der insgesamt 25 Wochenstunden bezogen auf einen Zeitraum von drei Monaten frei gewesen seien. Sie seien an keine Weisungen gebunden gewesen. Sie hätten die Tätigkeit unkontrolliert ausüben können.

3. Vorweg ist festzuhalten, dass die Beschwerden nichts Konkretes vorbringen, das die Feststellungen der belangten Behörde als unschlüssig erscheinen ließe. Die verwendeten Floskeln, wie etwa die Beweiswürdigung sei keineswegs schlüssig, es sei "nicht nachzuvollziehen ...", bringen lediglich zum Ausdruck, dass nach Auffassung der Beschwerdeführerin auch ein anderes Ergebnis der Feststellungen denkbar und möglich wäre. Eine Unschlüssigkeit der Beweiswürdigung der belangten Behörde wird dadurch jedoch nicht substantiiert aufgezeigt.

4. Auch die rechtliche Beurteilung der Beschwerdefälle durch die belangte Behörde ist entgegen der Auffassung der Beschwerden nicht rechtswidrig:

4.1. 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). Im Beschwerdefall 2001/08/0097 war daher der die Fälle der Vollversicherung regelnde § 4 ASVG in der ab 1. Juli 1996 geltenden Fassung der 53. ASVG-Novelle, BGBl. Nr. 411/1996, und dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 600/1996 anzuwenden. Die Bestimmungen des § 4 Abs. 1, 2 und 4 in diesen Fassungen sind bis 31. Dezember 1997 in Kraft geblieben; § 4 Abs. 5 ASVG (in der Fassung BGBl. Nr. 411/1996) sowie der Satzteil "und 5, eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 schließt für die selbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 5" in § 4 Abs. 6 (in der Fassung BGBl. Nr. 411/1996), ferner § 4 Abs. 7 (in der Fassung BGBl. Nr. 600/1996), § 5 Abs. 2 letzter Satz (in der Fassung BGBl. Nr. 600/1996), die Worte "oder 5" im ersten Satz des § 5a Abs. 1 (in der Fassung BGBl. Nr. 600/1996), § 5a Abs. 2 Z. 3 (in der Fassung BGBl. Nr. 600/1996) wurden mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 1997, G 392, 398, 399/96 (Slg. 14.802), ohne Fristsetzung aufgehoben; die Aufhebung wurde mit dem am 23. April 1997 ausgegebenen BGBl. I Nr. 39/1997 kundgemacht.

Für den Beschwerdefall 2001/08/0098 ist darüber hinaus zu beachten, dass mit dem Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 1997 (ASRÄG 1997), BGBl. I Nr. 139/1997, das in seinem Art. 7 die 54. Novelle zum ASVG enthält, dem oben wiedergegebenen § 4 Abs. 2 ASVG mit Wirkung ab 1. Jänner 1998 (§ 572 Abs. 1 ASVG) folgender Satz angefügt wurde:

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

Dieser Satz wurde mit der 55. Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 138/1998, ab 1. Jänner 1999 (§ 575 Abs. 1 Z. 2 ASVG) dahingehend geändert, dass er zu lauten hat:

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

§ 4 Abs. 4 ASVG erhielt durch das ASRÄG 1997 und die 55. Novelle zum ASVG ab 1. Jänner 1998 (§ 572 Abs. 1 Z. 1 bzw. § 575 Abs. 1 Z. 5 ASVG) bis 31. Juli 2001 (gemäß § 593 Abs. 1 Z. 1 ASVG tritt die Änderung durch BGBl. I Nr. 99/2001 mit 1. August 2001 in Kraft) eine neue Fassung. In Bezug auf die Abgrenzung eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i. V.m. Abs. 2 ASVG vom freien Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG ist durch die Neufassung des § 4 Abs. 4 ASVG keine Änderung eingetreten.

4.2. Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis (das ist das dienstliche Verhältnis in Bezug auf eine bestimmte andere Person, nämlich den Dienstgeber) in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, auf Grund dessen die Beschäftigung ausgeübt wird, sondern sind die "wahren Verhältnisse" entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Dem Vertrag kommt allerdings zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. die Annahme, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit der Inhalt eines Vertrages von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist der Vertrag als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (an Hand der in der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das hg. Erkenntnis vom 16. Mai 2001, 96/08/0200).

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist. Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind die Bindung des Beschäftigten 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, während das Fehlen anderer - im Regelfall freilich auch vorliegender - Umstände (wie z. B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. auch hiezu das zitierte Erkenntnis vom 16. Mai 2001, 96/08/0200).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem zitierten Erkenntnis vom 16. Mai 2001, 96/08/0200, ausgesprochen, dass dann, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner freien Entscheidung beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann, es ebenso an der persönlichen Arbeitspflicht fehlt wie in dem Fall, in dem von vornherein die Leistungserbringung zur Gänze durch Dritte erfolgen darf. In beiden Fällen ist aber Voraussetzung für die rechtliche Ausschlusswirkung einer solchen Befugnis in Bezug auf die Annahme des Vorliegens der persönlichen Abhängigkeit, dass eine generelle, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten, wie

z. B. Schwerarbeiten, oder Ereignisse, wie Krankheit oder Urlaub, beschränkte Befugnis vorliegt.

4.3. Die belangte Behörde verneinte mit Recht das Vorliegen einer generellen Vertretungsbefugnis. Nach dem Vertrag bestand die Vertretungsmöglichkeit für die Erstmitbeteiligten nämlich nur in "Ausnahmefällen". Darunter wurden laut Aussage der von der belangten Behörde einvernommenen Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin Mag. K. Verhinderungen der Erstmitbeteiligten auf Grund des Studiums etwa durch Blockveranstaltungen oder Auslandsseminare verstanden. Die von der belangten Behörde berücksichtigten Ermittlungsergebnisse zeigen somit, dass den Erstmitbeteiligten die Befugnis, sich vertreten zu lassen, nur im Falle ihrer Verhinderung in bestimmten Einzelfällen eingeräumt worden ist. Von einer generellen Vertretungsbefugnis, die an der persönlichen Arbeitspflicht der Erstmitbeteiligten zweifeln ließe und wonach sie jederzeit und nach Gutdünken irgend einen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihnen übernommenen Arbeitspflicht heranziehen dürften, kann daher - wie die belangte Behörde zutreffend angenommen hat - nicht gesprochen werden.

4.4. Soweit die Beschwerden geltend machen, die Erstmitbeteiligten hätten wiederholt von ihrem Recht Gebrauch gemacht, nicht zu einer bestimmten Zeit für die Beschwerdeführerin zur Verfügung zu stehen, wenn sie um Aushilfe angerufen worden seien, gehen sie nicht von den Feststellungen der belangten Behörde aus. Die belangte Behörde hat der Aussage der Mag. K. folgend dazu ausgeführt, dass der jeweilige Erstmitbeteiligte, sofern er außerhalb der jede Woche im Vorhinein vereinbarten Arbeitszeit gefragt wurde, ob er arbeiten könne, nicht habe zusagen müssen. Im Übrigen wurde in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - wegen der Notwendigkeit einer Beurteilung des Gesamtbildes einer Beschäftigung - dem isolierten Moment der Einflussnahme des Beschäftigten auf seine Arbeitszeit nicht jenes Gewicht beigemessen, das die Beschwerdeführerin ihm verleihen möchte. Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung, mag sie auch - wie vorliegend bei einem Teilzeitbeschäftigten - nur einen geringen Teil der einer Person an sich zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch nehmen, kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vielmehr auch

dann vorliegen, wenn der Beschäftigte auf Grund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Ob dem Beschäftigten eine solche Berechtigung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die allein in seiner Sphäre liegen, eingeräumt wurde, ist hiebei irrelevant. Ob das Beschäftigungsverhältnis der Erstmitbeteiligten zur Beschwerdeführerin trotz der Möglichkeit ihrer Einflussnahme auf die Arbeitszeit als abhängiges Dienstverhältnis oder als freies, nicht dem § 4 Abs. 2 ASVG unterliegendes Dienstverhältnis zu qualifizieren ist, kann nicht allein auf Grund dessen beurteilt werden. Dieser Möglichkeit der Einflussnahme käme nur dann Bedeutung zu, wenn die Erstmitbeteiligten in ihrem arbeitsbezogenen Verhalten unabhängig gewesen wären (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Oktober 2003, 2000/08/0020).

Davon kann aber auf Grund der Ergebnisse ihres Ermittlungsverfahrens nicht die Rede sein. Die belangte Behörde hat festgestellt, dass die wöchentliche Arbeitszeit der Erstmitbeteiligten im Voraus "abgestimmt" und die Einhaltung der vereinbarten Zeit kontrolliert wurde. Bei Durchführung der Arbeiten wurde ihnen "laufend" gesagt, welche Arbeiten dringend seien. Der belangten Behörde kann nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie von Weisungs- und Kontrollbefugnissen der Beschwerdeführerin ausgegangen ist, konnten doch die Erstmitbeteiligten den Ablauf der vereinbarten Arbeiten weder selbst regeln noch jederzeit ändern.

5. Zusammenfassend zeigt sich somit, dass die belangte Behörde zutreffend von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Tätigkeit der Erstmitbeteiligten ausgegangen ist.

Die Beschwerden waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. April 2005