

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

17.11.2004

Geschäftszahl

2001/08/0131

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 des A in M, vertreten durch Dr. Martin Holzer, Rechtsanwalt in 8600 Bruck an der Mur, Herzog Ernst Gasse 2a, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 15. Juni 2001, Zl. 121.037/4-7/99, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. A in M,

2. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Helmut Destaller, Dr. Gerald Mader und Dr. Walter Niederbichler, Rechtsanwälte in 8010 Graz, Grazbachgasse 5,

3. Arbeitsmarktservice Steiermark, Landesgeschäftsstelle, 8020 Graz, Bahnhofgürtel 85,
4. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 und der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse sprach mit Bescheid vom 25. August 1997 aus, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund der für seinen Vater, den Beschwerdeführer, verrichteten Tätigkeit als Koch und Kellner im Zeitraum vom 1. Oktober 1990 bis 30. April 1995 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei (Spruchpunkt I). Weiters wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, allgemeine Beiträge, Sonderbeiträge, Zuschläge und Nebenumlagen auf Grund der Beitragsnachverrechnungsanzeige vom 26. August 1996 im Betrage von S 282.231,35 zu bezahlen (Spruchpunkt II).

In der Begründung wurde - soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung - ausgeführt, der Erstmitbeteiligte sei seit 1. Oktober 1990 als Koch und Kellner für den Beschwerdeführer tätig. Darüber sei eine am 12. September 1990 als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen worden. Darin seien insbesondere folgende Bestimmungen festgelegt worden:

"1. Herr (Beschwerdeführer) übt den Gast- und Beherbergungsbetrieb in ... auf Grund des Konzessionsdekretes vom ... aus. Herr (Erstmitbeteiligter) hat am 3.12.1986 die Konzessionsprüfung erfolgreich bestanden. Mit Bescheid vom 18.5.1988 der Bezirkshauptmannschaft ... wurde Herrn (Erstmitbeteiligten) die Sonderbewilligung erteilt, mit dem Standort ... das Gastgewerbe in der Betriebsart 'Gasthof' vorübergehend auszuüben.

2. Auf Grund des vorgenannten Befähigungsnachweises übt Herr (Erstmitbeteiligter) im Betrieb seines Vaters, ... die Tätigkeit eines Koches und Kellners aus.

3. Die Tätigkeit als Koch bzw. als Kellner hat sich Herr (Erstmitbeteiligter) so einzuteilen, dass ein klagloser Ablauf des Gastgewerbebetriebes gewährleistet ist. Unter Bedachtnahme auf diesen Umstand kann sich Herr

(Erstmitbeteiligter) seine Zeit völlig frei einteilen, jedoch darf keine Beeinträchtigung des Mittag- und Abendgeschäftes eintreten.

4. Der Werkvertrag beginnt mit 1.10.1990 und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Eine Kündigung ist von beiden Seiten jeweils zum Quartalsende möglich.

5. Für die Beistellung und Reinigung der Berufskleidung hat Herr (Erstmitbeteiligter) selbst Sorge zu tragen.

6. Als Werkvertragsentgelt wird ein Betrag von S 12.000,-- per Monat zuzüglich der jeweils gesetzlichen Umsatzsteuer vereinbart.

7. Herr (Erstmitbeteiligter) kann sich in seiner Tätigkeit durch geeignete Personen ersetzen lassen.

8. Herr (Erstmitbeteiligter) ist bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft auf Grund seiner Gewerbeberechtigung sozialversichert. Für die ordnungsgemäße Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge und für die Anmeldung beim Finanzamt hat Herr (Erstmitbeteiligter) aus eigenem zu sorgen.

9. Ausdrücklich wird festgehalten, dass durch diesen Vertrag kein Dienstverhältnis begründet wird."

Anschließend führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, der Erstmitbeteiligte habe für diese Tätigkeit bis April 1992 S 12.000,-- + 20 % Umsatzsteuer, von Mai 1992 bis Dezember 1993 S 14.000,-- + 20 % Umsatzsteuer und vom Jänner 1994 bis April 1995 S 17.000,-- + 20 % Umsatzsteuer erhalten. Im Zuge der vom 11. Dezember 1995 bis 20. Februar 1996 durchgeführten Beitragsprüfung sei festgestellt worden, dass der Erstmitbeteiligte im Rahmen eines der Sozialversicherungspflicht unterliegenden Dienstverhältnisses beschäftigt worden sei.

Der Beschwerdeführer und der Erstmitbeteiligte hätten dagegen eingewendet, dass der Erstmitbeteiligte nicht in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt gewesen sei. Es handle sich im Anlassfall um eine "Mitunternehmerschaft". Die unternehmerische Tätigkeit des Erstmitbeteiligten hätte sich auf den Einkauf und die allgemeine Verwaltung erstreckt, wobei er sich vertraglich jederzeit von geeigneten Personen hätte vertreten lassen können. Außerdem sei er mit seinen gewerblichen Einkünften beim Finanzamt veranlagt worden.

Nach Hinweisen auf Rechtssätze aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, die Qualifikation eines Vertrages als Dienst- oder Werkvertrag hänge vom Inhalt und nicht von der Bezeichnung der Vereinbarung ab. Die gegenständlichen Tätigkeiten seien im Rahmen einer Eingliederung in den Betriebsorganismus der Gaststätte und im Wesentlichen mit deren Betriebsmittel verrichtet worden. Mit dem Vorliegen eines Werkvertrages sei es unvereinbar, dass der Erstmitbeteiligte praktisch verpflichtet sei, ständig wiederkehrende Arbeitsleistungen innerhalb der vorgegebenen Rahmenarbeitszeit vor allem während des Mittag- und Abendgeschäftes zu erbringen. Bereits dadurch, dass die Vereinbarung auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei und der Erstmitbeteiligte die Verpflichtung übernommen habe, während des Mittag- und Abendgeschäftes anwesend zu sein, komme zum Ausdruck, dass kein Zielschuldverhältnis vorliege. Der Erstmitbeteiligte habe die Verpflichtung zur Verrichtung von Tätigkeiten während eines bestimmten täglichen und wöchentlichen Rahmenzeitraumes übernommen.

Der Erstmitbeteiligte sei nur bis zum 31. Dezember 1989 als Pächter des Betriebes seines Vaters behördlich registriert gewesen. Seit 24. Juli 1995 sei er geschäftsführender Gesellschafter einer Sporthotel GmbH. Die Behauptung, er sei "Mitunternehmer" seines Vaters gewesen, gehe ins Leere, weil eine behördliche Registrierung für den Streitzeitraum als Pächter bzw. als gewerberechtlicher Geschäftsführer nicht ersichtlich sei und auch nicht bestanden habe. Außerdem sei der Beschwerdeführer entgegen der Bestimmung des Punkt 8. des "Werkvertrages" nicht bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert gewesen.

Für die Unselbstständigkeit sei auch charakteristisch, dass der Dienstnehmer nicht mit eigenen, sondern mit fremden Betriebsmitteln, nämlich mit jenen des Dienstgebers, arbeite. Der Erstmitbeteiligte habe im Wesentlichen die vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellten Betriebsmittel zur Verrichtung der Tätigkeit eingesetzt. Für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses spräche die Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung. Laut Vereinbarung sei dem Erstmitbeteiligten zwar ein jederzeitiges Vertretungsrecht eingeräumt worden. Nach herrschender Praxis sei es jedoch undenkbar, für qualifizierte Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt kurzfristig eine geeignete Person zu finden. Der Erstmitbeteiligte habe im Streitzeitraum seine Arbeitsleistung immer persönlich erbracht. Für den Bestand des Dienstverhältnisses spräche auch die Vereinbarung laut Punkt 3. des "Werkvertrages", wonach die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten dergestalt auszuüben sei, dass ein klagloser Betriebsablauf gewährleistet sei und das Mittags- und Abendgeschäft nicht beeinträchtigt werden dürfe. Eine derart wesentliche Einschränkung entspreche keinesfalls dem Wesen eines Werkvertrages. Aus den Bestimmungen der Vereinbarung sei daher zumindest logisch nachvollziehbar, dass der Erstmitbeteiligte in Ausübung seiner Tätigkeit zeit-, orts- und weisungsgebunden gewesen sei. Ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Beschwerdeführer könne demnach nicht ausgeschlossen werden.

2. Der Beschwerdeführer und der Erstmitbeteiligte erhoben Einspruch. Darin machten sie geltend, die Auffassung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse, dass ein Dienstvertrag und kein Werkvertrag vorliege, sei aus nachstehenden Erwägungen unrichtig:

Vorweg sei festzuhalten, dass präjudizielle rechtskräftige Vorentscheidungen in Abgabensachen über das Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Erstmitbeteiligten ergangen seien. Der

Erstmitbeteiligte habe Umsatzsteuer abgeführt. Auf Grund der für ihn ausgestellten Einkommen- und Umsatzsteuerbescheide sei davon auszugehen, dass von der Abgabenbehörde das Vorliegen eines Werkvertrages bestätigt worden sei. Für den Zeitraum 1990 bis 1995 sei vom Finanzamt eine Lohnsteuerprüfung im Betrieb des Beschwerdeführers durchgeführt worden. Auch hiebei sei das Vorliegen eines Werkvertrages als zutreffend befunden worden.

Auch durch die Vorschreibung von Beiträgen durch die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gegenüber dem Erstmitbeteiligten sei festgestellt worden, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit des Erstmitbeteiligten vorliege. Die GSVG-Pflichtversicherung sei nach Beendigung des Pachtverhältnisses hinsichtlich der Krankenversicherung freiwillig fortgeführt worden. Diese Beiträge seien vom Erstmitbeteiligten selbst getragen und als Betriebsausgaben abgesetzt worden. Auf Grund dieser Fülle präjudizieller Entscheidungen sei der bekämpfte Bescheid ersatzlos zu beheben.

Nach dem Werkvertrag seien dem Erstmitbeteiligten lediglich Rahmenbedingungen zur Ausübung seiner Tätigkeit vorgegeben worden. Demnach habe er für einen klaglosen Ablauf des Gastgewerbebetriebes Sorge tragen müssen. Unter einem sei ihm jedoch eine völlig freie Zeiteinteilung und die völlige Substitutionsmöglichkeit eingeräumt worden. Nach dem Kommentar zum ASVG von Gehrman/Teschner/Fürböck seien die Gebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitszeit, -ort und -folge sowie das Verbot, für Dritte tätig zu sein, und insbesondere die persönliche Leistungspflicht als Kriterien für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses anzusehen. Gerade diese Kriterien seien jedoch zwischen den Vertragsteilen ausgeschlossen worden. Auch "eine Kontrollmöglichkeit des (Beschwerdeführers)" sei im Werkvertrag nicht vereinbart worden. Dem komme insbesondere Bedeutung zu, weil der Erstmitbeteiligte sich verpflichtet habe, den klaglosen Ablauf des Gastgewerbebetriebes zu gewährleisten. Trotz dieser Verpflichtung seien jedoch keinerlei Kontrollbefugnisse des Beschwerdeführers vorgesehen worden.

Auch in zivilrechtlicher Betrachtungsweise sei von einem Werkvertrag auszugehen. Als Indizien für einen Werkvertrag seien das Fehlen einer persönlichen Arbeitspflicht (Punkt 7), das Arbeiten nach eigenem Plan (Punkt 3), das Arbeiten mit eigenen Mitteln (Punkt 5), die Möglichkeit der Verwendung von Gehilfen und Substituten (Punkt 7), das Fehlen der Einordnung in eine fremde Unternehmensorganisation (Punkt 3) und das Fehlen der Gewährleistungspflicht für richtige Ausführung der Leistung (Punkt 3) anzusehen. Es lägen keinerlei Kriterien eines Dienstverhältnisses vor. Wenn die Gebietskrankenkasse darauf abstelle, dass der Erstmitbeteiligte verpflichtet wäre, ständig wiederkehrende Arbeitsleistungen innerhalb der vorgegebenen Rahmenarbeitszeit (vor allem während des Mittag- und Abendgeschäftes) zu erbringen, so übersehe sie, dass gerade "sämtliche Arbeitnehmerschutzbestimmungen" dieser Vertragsformulierung widersprächen. Der Erstmitbeteiligte sei ausschließlich verpflichtet worden, für einen störungsfreien Ablauf des Mittag- und Abendgeschäftes Gewähr zu leisten.

2.1. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse legte den Einspruch dem Landeshauptmann von Steiermark vor. Im Begleitschreiben vom 8. Oktober 1997 führte sie zum Vorbringen im Einspruch aus, für die Feststellung der Pflichtversicherung sei es ohne Bedeutung, dass die Abgabenbehörden im Streitzeitraum für ihren Bereich vom Vorliegen eines Werkvertragsverhältnisses ausgegangen seien. Dass dem Erstmitbeteiligten im Streitzeitraum die Weiterversicherung in der Krankenversicherung nach dem GSVG ermöglicht worden sei, sei darauf zurückzuführen, dass die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft von der Pflichtversicherung nach dem ASVG keine Kenntnis gehabt habe.

Bei der Beurteilung der Pflichtversicherung von Dienstnehmern nach § 4 Abs. 2 ASVG komme es nicht auf einen bestimmten Vertragstext oder die Wahl eines bestimmten Vertragstypus an, sondern auf die tatsächlichen Umstände der Beschäftigung. Die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten habe ständig wiederkehrende und gleichartige Arbeitsleistungen zum Inhalt gehabt, die Eingliederung in die Betriebsorganisation des Beschwerdeführers sei voll und ganz gegeben gewesen. Dem gegenüber sei für das Vorliegen eines Werkvertrages typisch, dass der Werkunternehmer selbst im Rahmen seiner eigenen Betriebsstruktur tätig werde. Davon könne jedoch im vorliegenden Fall keine Rede sein, weil der Erstmitbeteiligte seine Tätigkeit mit den Betriebsmitteln seines Vaters ausgeführt habe. Abgesehen von diesem Aspekt sei mit einem Werkvertrag regelmäßig das Risiko des Misslingens der Arbeitsleistung verbunden. Nach dem vorliegenden Werkvertrag habe der Erstmitbeteiligte jedoch keine Haftung für einen nicht zu Stande gekommenen "Erfolg" übernehmen müssen.

Wenn im Einspruch vorgebracht werde, dass der Erstmitbeteiligte lediglich verpflichtet worden sei, einen klaglosen Ablauf des Gastgewerbebetriebes ohne Beeinträchtigung des Mittag- und Abendgeschäftes zu gewährleisten, so liege gerade darin eine Voraussetzung des Dienstverhältnisses, nämlich die Erbringung ständig wiederkehrender Arbeitsleistungen innerhalb der vorgegebenen Rahmenarbeitszeit. Gerade im vorliegenden Fall dürfe nicht übersehen werden, dass ein Gastgewerbebetrieb vor allem vom Umsatz des Mittag- und Abendgeschäftes abhängig sei. Die Möglichkeit einer freien Zeiteinteilung bei Auferlegung der Verpflichtung, einen klaglosen Ablauf des Gastgewerbebetriebes, vor allem des Mittag- und Abendgeschäftes, zu gewährleisten, sei daher logisch nicht nachvollziehbar. Auf Grund der ausgesprochenen Bedingung sei die Möglichkeit, über die eigene Zeit frei zu disponieren, nicht mehr gegeben. Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten ergebe sich aus der Beistellung sämtlicher Betriebsmittel durch den Beschwerdeführer.

Versehentlich sei jedoch von einem durchgehenden Zeitraum der Pflichtversicherung vom 1. Oktober 1990 bis 30. April 1995 ausgegangen worden. Nach den Unterlagen sei der Erstmitbeteiligte jedoch nur vom

1. Oktober 1990 bis 31. März 1991, vom 1. Juli 1991 bis 31. Dezember 1991, vom 1. Februar 1992 bis 30. Juni 1992, vom 1. Oktober 1992 bis 31. März 1993 und vom 1. Oktober 1993 bis 28. Februar 1995 sowie letztlich vom 1. April 1995 bis 30. April 1995 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen.

2.2. Der Beschwerdeführer und der Erstmitbeteiligte nahmen zu diesen Ausführungen der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse mit dem am 18. November 1997 bei der Einspruchsbehörde eingelangten Schriftsatz vom 14. November 1997 Stellung. Sie führten aus, der Wille der Vertragsparteien sei auf jeden Fall auf den Abschluss eines Werkvertrages gemäß der schriftlich vorliegenden Fassung gerichtet gewesen. Auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise liege in zweifelsfreier Form ein Werkvertrag vor. Die Eingliederung des Erstmitbeteiligten in die Betriebsorganisation des Beschwerdeführers sei zu verneinen, weil jeder Werklieferant faktisch an die Abnahmegewohnheiten seiner Leistungsempfänger gebunden sei. Es könne der Werkunternehmer nicht nach freiem Gutdünken seine Leistungen erbringen. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse habe es ungeprüft gelassen, ob die Menüpläne vom Beschwerdeführer oder vom Erstmitbeteiligten erstellt worden seien. Bei Erstellen dieser Pläne durch den Beschwerdeführer würden allenfalls Elemente des Dienstvertrages überwiegen. Das Argument der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse, dass der Erstmitbeteiligte vorwiegend mit den Betriebsmitteln des Beschwerdeführers tätig geworden sei, könne die Auffassung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse nicht stützen, weil es dem Werkvertrag inhärent sei, dass der Werkunternehmer aus vom Werkbesteller beigestellten Stoffen das Werk errichtet. Sofern die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse das Fehlen von Gewährleistungsbestimmungen anspreche, sei ihr entgegenzuhalten, dass diese Verpflichtung ex lege festgelegt sei.

2.3. Über Ersuchen der Einspruchsbehörde gab die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse mit Schriftsatz vom 11. Dezember 1997 eine Stellungnahme zum Vorbringen der Einspruchswerber im Schriftsatz vom 14. November 1997 ab.

2.4. Die Einspruchsbehörde holte ferner eine Stellungnahme der Wirtschaftskammer Steiermark zur Frage, ob ihrer Auffassung nach der Erstmitbeteiligte zu Recht in die Pflichtversicherung einbezogen wurde, ein.

3. Mit Bescheid vom 23. Dezember 1998 gab die Einspruchsbehörde dem Einspruch hinsichtlich des Ausspruches über die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht Folge und behob den bekämpften Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse gemäß § 66 Abs. 4 AVG.

In der Begründung führte die Einspruchsbehörde nach einer Darstellung des Verwaltungsgeschehens und der Wiedergabe von Rechtssätzen aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aus, die Beantwortung der Frage nach der persönlichen Abhängigkeit hänge allein davon ab, ob ein generelles Vertretungsrecht vertraglich vereinbart sei, unabhängig davon, ob von diesem Recht auch tatsächlich Gebrauch gemacht werde. Im vorliegenden Fall handle es sich nach dem Willen der Vertragspartner um einen Werkvertrag und um kein Dienstverhältnis. Wesentlicher Teil des Vertrages sei das generelle Vertretungsrecht. Das ausschlaggebende Kriterium für das Nichtvorliegen einer persönlichen Abhängigkeit sei daher eindeutig gegeben. Aber auch die im Vertrag vereinbarte freie Zeiteinteilung sei ein eindeutiges Kriterium für das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit. Der Auffassung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse, dass eine ständige wiederkehrende und gleichartige Arbeitsleistung Inhalt des Vertrages gewesen sei, sei entgegenzuhalten, dass gerade darin das wesentliche Kriterium des hier vorliegenden freien Dienstverhältnisses gelegen sei. Dies begründe jedoch keine Pflichtversicherung. Auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses würden typischerweise nur die eigene Arbeitskraft eingesetzt und eigene Betriebsmittel höchstens sehr untergeordnet verwendet.

4. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erhob Berufung. Darin führte sie aus, der Erstmitbeteiligte habe seine Tätigkeit im Rahmen einer Eingliederung in den Betriebsorganismus der Gaststätte und im Wesentlichen mit den Betriebsmitteln des Beschwerdeführers verrichtet. Punkt 3. der Vereinbarung beweise, dass kein Werkvertrag vorliege, weil der Erstmitbeteiligte verpflichtet gewesen sei, ständig wiederkehrende Arbeitsleistungen innerhalb der vorgegebenen Rahmenarbeitszeit zu erbringen. Die damit verbundene weitestgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten sei mit dem Vorliegen eines Werkvertrages unvereinbar.

Für einen Werkvertrag sei typisch, dass der Werkunternehmer im Rahmen seiner eigenen Betriebsstruktur tätig werde. Davon könne jedoch im vorliegenden Fall keine Rede sein.

Die Einspruchsbehörde stütze ihre Begründung im Wesentlichen darauf, dass der Erstmitbeteiligte gemäß der Vereinbarung die Möglichkeit der Verwendung von Hilfskräften und Vertretern gehabt habe. Tatsächlich habe sich der Erstmitbeteiligte jedoch nie einer Hilfskraft zur Verrichtung seiner Arbeitsleistung bedient.

Der Erstmitbeteiligte habe die Verpflichtung gehabt, während des Mittag- und Abendgeschäftes anwesend zu sein. Von einem Zielschuldverhältnis könne daher keine Rede sein.

4.1. Der Beschwerdeführer und der Erstmitbeteiligte nahmen mit Schriftsatz vom 16. August 1999 zu den Berufungsausführungen Stellung. Sie hielten ihren Standpunkt aufrecht, wonach die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten auf Grund eines Werkvertrages ausgeübt worden sei. Die in diesem Vertrag eingeräumte Befugnis, sich generell vertreten zu lassen, sei das ausschlaggebende Kriterium für das Nichtvorliegen einer persönlichen Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten vom Beschwerdeführer.

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 in seiner Tätigkeit als Koch und Kellner beim Beschwerdeführer als Dienstgeber im Zeitraum vom 1. Oktober 1990 bis 31. März 1991, vom 1. Juli 1991 bis 31. Dezember 1991, vom 1. Februar 1992 bis 30. Juni 1992, vom 1. Oktober 1992 bis 31. März 1993, vom 1. Oktober 1993 bis 28. Februar 1994 sowie vom 1. April 1995 bis 30. April 1995 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei. In der Begründung wurde nach einer Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzeszitate ausgeführt, es sei von den Bestimmungen des "Werkvertrages" vom 12. September 1990 auszugehen. Darüber hinaus sei über Ersuchen der belangten Behörde von der Bezirkshauptmannschaft Mürzzuschlag eine mündliche Verhandlung durchgeführt worden. Demnach sei davon auszugehen, dass es sich beim Betrieb des Beschwerdeführers um ein Gasthaus mit ca. 60 Sitzplätzen, einem Seminar- bzw. Veranstaltungsraum mit Fassungsvermögen bis zu 50 Sitzplätzen und um eine Pension mit 17 Zimmern handle. Der Betrieb halte einen Ruhetag und pro Jahr einen ca. 14-tägigen Urlaub ein. Nach Bedarf und Anwesenheit der Gäste sei der Betrieb von 07.00 Uhr bis 24.00 Uhr geöffnet. Die Öffnungszeiten für den Restaurantbetrieb nähmen auf die Bedürfnisse der Gäste Rücksicht. Es werde ganztätig warme Küche angeboten, wobei das Angebot am Nachmittag eingeschränkt sei.

Der Erstmitbeteiligte habe je nach Erfordernis im Betrieb gearbeitet. Die durchschnittliche Stundenleistung pro Woche könne nicht angegeben werden, weil diese von 0 bis ca. 40 Stunden betragen habe. Er habe an sämtlichen Arbeitstagen gearbeitet. Die Arbeitszeit habe er sich selbst eingeteilt. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit sei in der Küche gelegen gewesen. Vertretungsweise habe er auch als Kellner gearbeitet. Als Koch habe er "div. Speisen und Menüs" vorbereitet. Er sei hauptverantwortlich für die Vorbereitung der Spezialitätenwochen wie z.B. "Steirische Wochen" oder "Schnitzeltage" gewesen. Diese Speisen habe er teilweise vorgekocht, um den Mitarbeitern seine Vorstellungen zu zeigen. Der zeitliche Tagesablauf sei im Wesentlichen gleich geblieben. Er habe mit den Mitarbeitern seines Vaters den zeitlichen Ablauf ab und zu besprochen. Bei besonderen Anlässen habe er natürlich mit den Mitarbeitern Besprechungen abgehalten. Er habe die Weisungsbefugnis hinsichtlich der Mitarbeiter des Beschwerdeführers gehabt. Auf Grund seiner Zeiteinteilung habe es keine relevanten Beeinträchtigungen des Mittag- und Abendgeschäftes gegeben. Sein Vater hätte festgestellt, ob eine Beeinträchtigung vorgelegen sei, jedoch wären keine Sanktionen vorgesehen gewesen. Der Erstmitbeteiligte hätte es als eine Beeinträchtigung angesehen, wenn es zu Mittag oder zu Abend kein oder nur ein geringes Angebot von Speisen gegeben hätte. Befragt nach einer allfälligen Kontrolle habe der Erstmitbeteiligte angegeben, dass weder vom Beschwerdeführer noch von Dritten kontrolliert worden sei, ob ein klagloser Ablauf des Mittag- bzw. Abendgeschäftes gewährleistet gewesen sei, ob er seine Arbeit ordentlich gemacht habe etc. Er habe diese Angelegenheit im eigenen Interesse, so gut es ihm eben möglich gewesen wäre, gemacht.

Hinsichtlich der Vertretungsbefugnis habe der Erstmitbeteiligte angegeben, dass er auf Grund des Vertrages irgend eine andere Person mit seiner Vertretung hätte beauftragen können. Er hätte für die Kosten des Vertreters aufkommen müssen. Bedingt durch seine Zeit in der Hotelfachschule habe er sehr viele Leute aus dem Gastronomiebereich gekannt und wäre es ihm durchaus möglich gewesen, entsprechende Leute für eine Vertretung zu gewinnen. In der Praxis habe er sich jedoch nie vertreten lassen. Es wären ja beide Elternteile im Betrieb erreichbar gewesen. Dies sei auch nicht seine Idee gewesen, er vermute aber, dass der Beschwerdeführer diesen Punkt habe aufnehmen wollen, um sicherzugehen, "dass die Aufgaben des Betriebes entsprechend gewährleistet wären". Ein theoretischer Fall für eine Vertretung wäre eine länger dauernde Krankheit von ihm gewesen. Es habe keine "fixe" Person für seine Vertretung gegeben. Eine Zustimmung zur Vertretung durch seinen Vater oder eine dritte Person sei nicht erforderlich gewesen. Sein Vater habe ihm vertrauen können, dass er einen entsprechend qualifizierten Vertreter eingeteilt hätte. Im Betrieb des Beschwerdeführers habe es immer wieder Anlässe gegeben, bei denen mehrere Gäste zu erwarten gewesen wären. Gerade zu diesen besonderen Anlässen habe er seine Tätigkeit als Kellner und Koch ausgeübt. Er hätte auch in einem solchen Fall von seinem Vertretungsrecht Gebrauch machen können. Für diese Anlässe habe er die Hauptverantwortung insofern getragen, als er die Organisation und den Ablauf geplant, die notwendigen Einkäufe vorgegeben und in der Küche mitgearbeitet habe. Die Ideen betreffend diese "besonderen Anlässe betreffend Termine und Speisenangebote" wären wechselseitig von ihm und dem Beschwerdeführer gekommen.

Der Erstmitbeteiligte habe kein übliches Dienstverhältnis abschließen wollen, weil er sich auch während der Zeit dieser Tätigkeit im elterlichen Betrieb habe weiterentwickeln und weiterbilden wollen. Er habe Sprachkurse und Praktika als Volonteur absolviert. Im Unterschied zu einem Dienstverhältnis habe er mehr Freiheiten in Anspruch nehmen können.

Nach Wiedergabe von Rechtssätzen aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der generellen Vertretungsbefugnis führte die belangte Behörde aus, der Einspruchsbehörde sei insofern Recht zu geben, als zunächst auf die vertragliche Gestaltung einzugehen sei. Dies allein genüge jedoch nicht für die Feststellung des Bestehens einer generellen Vertretungsbefugnis. Vielmehr sei darauf abzustellen, ob nach dem konkreten Erscheinungsbild der vorliegenden Beschäftigung eine generelle Vertretungsbefugnis vorliege oder nicht. Der Erstmitbeteiligte sei nach Punkt 3. der Vereinbarung zur Gewährleistung eines klaglosen Ablaufes des Gastgewerbebetriebes verpflichtet gewesen. Unter der Voraussetzung, dass keine Beeinträchtigung des Mittag- und Abendgeschäftes eintreten dürfe, sei ihm eine freie Zeiteinteilung eingeräumt worden. Wesentlich sei dazu

auch die Angabe des Erstmitbeteiligten betreffend die immer wieder stattfindenden besonderen Anlässe. In dieser Zeit habe der Erstmitbeteiligte nach seiner Angabe die Hauptverantwortung für die Organisation, den Ablauf und den Einkauf getragen. Er habe hiebei teilweise die Speisen auch gekocht, um den Mitarbeitern seines Vaters seine Vorstellungen dazu zu unterbreiten.

Es könne wohl zutreffen, dass der Erstmitbeteiligte Personen gekannt habe, die grundsätzlich in der Lage gewesen wären, ihn außerhalb dieser besonderen Anlässe zu vertreten. Die belangte Behörde sei jedoch der Ansicht, dass der Erstmitbeteiligte dies nicht allein hätte entscheiden können. Eine Entscheidung darüber wäre dem Beschwerdeführer oblegen. Dass sich der Erstmitbeteiligte bei den genannten besonderen Anlässen generell hätte vertreten lassen können, erscheine angesichts der Gewährleistung eines klaglosen Ablaufes des Gastgewerbebetriebes und der dem Erstmitbeteiligten obliegenden Aufgaben sehr unglaublich. Wenn eine "fixe Vertretung" für diese Fälle vereinbart gewesen wäre, sei eine generelle Vertretungsbefugnis in dieser Zeit vorstellbar. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Im Hinblick auf die Vereinbarung möglichst lebensnaher Regelungen zum Zwecke eines möglichst reibungslosen Ablaufes des Gastgewerbebetriebes komme die belangte Behörde zum Ergebnis, dass eine eingeschränkte Vertretungsbefugnis vorgelegen sei, nämlich für den Fall der Verhinderung oder der Krankheit des Erstmitbeteiligten.

Die vom Erstmitbeteiligten zu erbringenden Leistungen seien nach der als Werkvertrag bezeichneten Vereinbarung nur gattungsgemäß umschrieben worden. Der Erstmitbeteiligte habe damit nicht einen bestimmten Erfolg und damit auch nicht die Herstellung eines Werkes geschuldet, sondern die bloße Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen übernommen. Es sei daher kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag zu Stande gekommen.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten sei die vertragliche Vereinbarung. Diese habe die Vermutung der Richtigkeit für sich. Es sei aber zu berücksichtigen, ob bei der tatsächlichen und bloß vereinbarten Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen.

Die Einspruchsbehörde habe die vereinbarte freie Zeiteinteilung als eindeutiges Kriterium für das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit angenommen. Hiebei habe sie jedoch übersehen, dass nach Punkt 3. der Vereinbarung keine Beeinträchtigung des Mittag- und Abendgeschäftes eintreten dürfe. Daraus ergebe sich sehr wohl eine Bindung an eine einzuhaltende Arbeitszeit. Der Erstmitbeteiligte habe laut Vereinbarung seine Tätigkeit als Koch und Kellner im Betrieb des Beschwerdeführers auszuüben gehabt. Demgemäß sei auch von einer Bindung an den Arbeitsort auszugehen.

Der Erstmitbeteiligte habe erklärt, die Angelegenheiten im eigenen Interesse so gut wie möglich erledigt zu haben. Es sei weder vom Beschwerdeführer noch von Dritten kontrolliert worden, ob ein klagloser Ablauf des Mittag- bzw. Abendgeschäftes gewährleistet gewesen sei oder ob er seine Arbeit ordentlich gemacht habe. Soweit diesbezüglich der Einwand "der fehlenden Weisungen" erhoben werde, sei darauf hinzuweisen, dass Dienstnehmer, bei denen infolge ihrer Kenntnisse, Erfahrungen oder Fähigkeiten Weisungen nicht notwendig seien, der stillen Autorität ihres Dienstgebers unterliegen.

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten in der Ausübung seiner Beschäftigung als Koch und Kellner in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit, arbeitsbezogenes Verhalten und die damit eng verbundene persönliche Arbeitspflicht weitgehend ausgeschlossen gewesen sei.

6. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift den Antrag gestellt, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen. Auch die mitbeteiligte Pensionsversicherungsanstalt und die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt haben von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

7. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgeschlossen ist, noch nach § 7 eine Teilversicherung begründet.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG (in der bis 31. Dezember 1997 gültigen Fassung vor Änderung durch das ASRÄG 1997, 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 jenen der selbständigen Ausübung dieser Erwerbstätigkeit überwiegen.

Entsprechend dem § 1 Abs. 1 lit. a AIVG sind für den Fall der Arbeitslosigkeit Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, versichert (arbeitslosenversichert), soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert oder selbstversichert (§ 19a ASVG) und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind. Die Arbeitslosenversicherungspflicht knüpft an ein Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG an.

Im Beschwerdefall bildet eine als Werkvertrag bezeichnete schriftliche Vereinbarung die Grundlage der Beschäftigung des Erstmitbeteiligten beim Beschwerdeführer.

Die Beschwerde wendet sich gegen die Auffassung der belangten Behörde, es liege kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag vor, weil die Leistungen nur gattungsmäßig umschrieben worden seien. Der Erstmitbeteiligte habe tatsächlich und konkret einen Erfolg und keine bloße Leistungsbereitschaft geschuldet. Der Erfolg habe im Organisieren und Vorbereiten diverser Gourmet-Wochen sowie ganz generell im Führen des Küchenbetriebes bzw. des Gastwirtschaftsbetriebes bestanden. Im Werkvertrag sei die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten auf Grund seines Befähigungsnachweises als Koch und Kellner festgehalten worden.

Diese Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen. Die belangte Behörde hat in rechtlich zutreffender Weise dargelegt, dass der Erstmitbeteiligte schon nach dem Inhalt des schriftlichen Vertrages nicht zu Werkleistungen, sondern zu Dienstleistungen verpflichtet wurde:

§ 1151 ABGB stellt die Verpflichtung zur Dienstleistung für einen anderen auf eine gewisse Zeit der Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegenüber. Beim Werkvertrag kommt es auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag konkretisiert wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A = Arb 9876, sowie das hg. Erkenntnis vom 5. Juni 2002, 2001/08/0107). Der Werkvertrag begründet 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 auch das Vertragsverhältnis (vgl. auch Krejci in Rummel, 2. Auflage, § 1151, Rz. 93).

Die Beschwerde geht ebenso wie die belangte Behörde von Punkt 2 der Vereinbarung aus, wonach der Erstmitbeteiligte im Betrieb des Beschwerdeführers die Tätigkeit eines Kochs und Kellners auszuüben hat. Worin ein vom Erstmitbeteiligten zu erbringendes "Werk" bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Es handelt sich nach dem Inhalt der Tätigkeit vielmehr um geradezu typische Dienstleistungen. Es ist daher schon auf Grund des Textes der genannten Vereinbarung keinesfalls von einem Werkvertragsverhältnis mit dem Erstmitbeteiligten auszugehen, wie die belangte Behörde zutreffend erkannt hat. Soweit in der Beschwerde behauptet wird, das "Werk" sei der "klaglose Betrieb" der Gastwirtschaft, wird verkannt, dass die mit dieser Zielsetzung entfaltete Betätigung des Erstmitbeteiligten eben nicht die Herstellung eines Werkes als einer in sich geschlossenen Einheit (vgl. das bereits erwähnte Erkenntnis vom 20. Mai 1980 sowie aus jüngerer Zeit das Erkenntnis vom 3. Juli 2002, 2000/08/0161) bewirkt. Es handelt sich insoweit vielmehr um ein dauerndes Bemühen, welches bei Erreichen des angestrebten "Ziels" auch nicht sein Ende findet.

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, ist nicht primär der Vertrag maßgeblich, auf Grund dessen die Beschäftigung ausgeübt wird, sondern es 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. Dabei kann zunächst davon ausgegangen werden, dass er seinem Wortlaut entsprechend durchgeführt wird. Soweit der Inhalt eines Vertrages von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist der Vertrag als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (anhand 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 (in der hier noch anzuwendenden Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 139/1997) 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 der Beschäftigung - 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. der längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Die Beschwerde vertritt unter Hinweis auf Punkt 3. der Vereinbarung die Auffassung, der Erstmitbeteiligte sei in seiner Arbeitszeiteinteilung frei gewesen. Es habe zwar eine Bindung des Erstmitbeteiligten an den Arbeitsort bestanden, jedoch sei dies kein entscheidungskräftiges Kriterium. Der Erstmitbeteiligte habe seine

Angelegenheiten im eigenen Interesse "so gut es ihm möglich gewesen sei, erledigt". Er habe weisungsfrei gearbeitet. Es sei weder vom Beschwerdeführer noch von einem Dritten kontrolliert worden, ob ein klagloser Ablauf des Mittags- bzw. Abendgeschäftes gewährleistet worden sei oder ob er seine Arbeit ordentlich gemacht habe. Der Auffassung der belangten Behörde, der Erstmitbeteiligte, der die Fähigkeit zur Durchführung des Küchenmanagements im Betrieb des Beschwerdeführers gehabt habe, sei der stillen Autorität des Beschwerdeführers unterlegen, sei nicht zuzustimmen. Auf der beruflichen Qualifikation des Erstmitbeteiligten habe "das Vertrauen und Wesen des Werkvertrages" aufgebaut.

Auch mit diesem Vorbringen kann der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzeigen: Wegen der Notwendigkeit der Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung wurde in der Rechtsprechung dem isolierten Moment der Einflussnahme des Beschäftigten auf seine Arbeitszeit nicht jenes Gewicht beigemessen, das der Beschwerdeführer ihm verleihen möchte. Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung, mag sie auch - wie bei 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. Hat aber die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies unter dem Gesichtspunkt des Überwiegens der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. Februar 1992, 89/08/0238, und vom 24. März 1992, 91/08/0117).

Nach dem in der Beschwerde hervorgehobenen Punkt 3. der Vereinbarung hat sich der Erstmitbeteiligte seine Tätigkeit als Koch und Kellner so einzuteilen gehabt, dass ein klagloser Ablauf des Gastgewerbetriebes gewährleistet war. Unter Bedachtnahme auf diesen Umstand konnte sich der Erstmitbeteiligte seine Zeit "völlig frei" einteilen, jedoch durfte keine Beeinträchtigung des Mittag- und Abendgeschäftes eintreten. Der Erstmitbeteiligte hat dazu bei seiner Einvernahme, auf die sich die belangte Behörde bezogen hat, angegeben (zu Punkt 2.), sein Vater als Betriebsinhaber bestimme und stelle fest, ob eine Beeinträchtigung vorliege. Es habe auf Grund seiner Zeiteinteilung keine spürbaren oder relevanten Beeinträchtigungen in Bezug auf das Mittags- und Abendgeschäft und daher auch keine Sanktionen gegeben. Zu Punkt 4. der Vereinbarung hat der Erstmitbeteiligte angegeben, es sei weder von seinem Vater noch von einem Dritten kontrolliert worden, ob im Rahmen des Mittags- oder Abendgeschäftes ein klagloser Ablauf gewährleistet war. Es sei auch von niemandem kontrolliert worden, ob er seine Arbeit ordentlich gemacht habe, ob er pünktlich gewesen sei oder ob die Gäste zufrieden gewesen wären. Es sei auch keine Kontrolle notwendig gewesen, weil er diese Angelegenheiten im eigenen Interesse so gut wie möglich verrichtet habe. Außerdem sei ihm die Rückmeldung der Gäste sehr wichtig gewesen.

Wenn die belangte Behörde unter Zugrundelegung des Vertragstextes und der Einvernahme des Erstmitbeteiligten davon ausgegangen ist, dass die Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten in der Ausübung seiner Beschäftigung in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit oder arbeitsbezogenem Verhalten weitgehend ausgeschaltet gewesen war, kann ihr nicht mit Erfolg entgegengetreten werden. Sowohl die Arbeitszeit als auch der Arbeitsort haben sich nach den Bedürfnissen des Dienstgebers gerichtet und überdies war der Erstmitbeteiligte verpflichtet, für einen klaglosen Ablauf des Gastgewerbebetriebes zu sorgen und insbesondere keine Beeinträchtigung des Mittags- und Abendgeschäftes eintreten zu lassen. Die Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten im Hinblick auf Arbeitsort und Arbeitszeit war daher bereits auf Grund dieser vertraglichen Vereinbarung ausgeschaltet. Ob diese Verpflichtungen eingehalten wurden, war nach der wiedergegebenen Angabe des Erstmitbeteiligten der Beurteilung (und damit auch der Kontrolle) des Beschwerdeführers anheim gestellt.

Schließlich meint der Beschwerdeführer, der Erstmitbeteiligte habe sich auf Grund der Vereinbarung (Punkt 7.) jederzeit durch eine geeignete Person vertreten lassen können, sodass keine persönliche Arbeitspflicht vorgelegen sei. Soweit die belangte Behörde "im Rahmen der Beweiswürdigung" die Auffassung vertrete, es sei nur eine eingeschränkte Vertretungsbefugnis, nämlich im Krankheits- und Verhinderungsfall vorgesehen gewesen, sei ihr nicht zu folgen. Es werde darauf verwiesen, dass der einzige Grund, warum sich der Erstmitbeteiligte tatsächlich nicht habe vertreten lassen, derjenige gewesen sei, dass er damals das Geld benötigt habe und es unbedingt auch habe verdienen wollen.

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 Erkenntnis vom 16. Mai 2001, 96/08/0200, ausgesprochen, dass dann, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis 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.

Die belangte Behörde hat sich nicht nur auf den Text der Vereinbarung bezogen, sondern auch die Angaben des Erstmitbeteiligten dazu mitberücksichtigt. Dieser hat (zu Punkt 5.) ausgeführt, in der Praxis habe er sich nie von betriebsfremden Personen vertreten lassen müssen. Es seien ja beide Elternteile im Betrieb erreichbar gewesen. Dies sei nicht seine Idee gewesen, er vermute aber, dass diesen Punkt der Beschwerdeführer habe aufnehmen wollen, um sicherzugehen, dass die Aufgaben des Betriebes entsprechend gewährleistet worden waren. Ein theoretischer Fall für die Vertretung wäre eine länger dauernde Krankheit seinerseits gewesen. Es habe kein "fixe" Person für seine Vertretung gegeben. Er habe nie behauptet, dass er seine Arbeit nicht immer persönlich habe machen wollen.

Wenn die belangte Behörde ausgehend von diesen Verfahrensergebnissen die Feststellung getroffen hat, es sei lediglich eine eingeschränkte Vertretungsbefugnis - nämlich im Falle der Krankheit oder der Verhinderung des Erstmitbeteiligten - vorgesehen gewesen, kann dies nicht als Ergebnis einer unschlüssigen Beweiswürdigung angesehen werden. Vielmehr folgte die belangte Behörde den Ausführungen des Erstmitbeteiligten, der die vertragliche Regelung in diesem Sinne aufgefasst und verstanden hat. Ein abweichendes Verhalten davon wird auch in der Beschwerde nicht behauptet. Abgesehen davon ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerde gar nicht behauptet, dass der Erstmitbeteiligte über eine Betriebsorganisation verfügt habe, mit deren Hilfe er in der Lage gewesen wäre, die von ihm übernommenen Arbeiten durch andere Personen vornehmen zu lassen. So gesehen konnten die Vertragsteile nach den objektiven Gegebenheiten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht ernstlich damit rechnen, den Vertrag in der nach dem Text vorgeblich in Aussicht genommenen Weise, nämlich durch generelle Vertretung des Erstmitbeteiligten durch eine andere Person, erfüllen zu können. Dies zeigt schon die Einvernahme des Erstmitbeteiligten.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die belangte Behörde zutreffend von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten ausgegangen ist. Daran kann auch die Formulierung des Punktes 9. der Vereinbarung nichts ändern, weil den Vertragspartnern kein isolierter Zugriff auf die Rechtsfolge "Arbeitsverhältnis" bzw. "versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis" dahin zusteht, diese ungeachtet der inhaltlichen Vertragsgestaltung ausschließen zu können (vgl. auch hiezu das hg. Erkenntnis vom 16. Mai 2001, 96/08/0200).

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

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

Wien, am 17. November 2004