

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

14.09.2005

**Geschäftszahl**

2002/08/0216

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der H in W, vertreten durch Dr. Hans Schwarz, Rechtsanwalt in 1100 Wien, Favoritenstraße 108, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 22. Juli 2002, Zl. 220.792/1-6/2002, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. P GmbH & Co KG in W,

2. Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30,

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

**Spruch**

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

Der Bund (Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

**Begründung**

1. Die im Bezug einer vorzeitigen Alterspension bei langer Versicherungsdauer stehende Beschwerdeführerin schloss am 21. Jänner 1998 mit der erstmitbeteiligten Partei einen Rahmendienstvertrag.

Im Anhang zum Rahmendienstvertrag wurde - soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung - Folgendes festgehalten:

"Anhang zum Rahmendienstvertrag

...

3. Sollten Sie in der Höhe Ihres Verdienstes oder in der Bemessung der Arbeitszeit irgendwelchen gesetzlichen Einschränkungen unterliegen, so teilen Sie das Ihren Vorgesetzten bitte unbedingt mit. Achten Sie bitte auf jeden Fall selbst darauf, dass diese Begrenzungen eingehalten werden.

..."

Die erstmitbeteiligte Partei meldete die Beschwerdeführerin bei der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse als geringfügig Beschäftigte ab 27. Jänner 1998 an; mit 13. Februar 1998 wurde die Abmeldung vorgenommen.

Die erstmitbeteiligte Partei bestätigte der Beschwerdeführerin, dass sie auf Grund des erwähnten Rahmendienstvertrages vom 27. Jänner bis 13. Februar 1998 beschäftigt war und in diesem Zeitraum folgende monatliche Einkommen bezogen habe: Vom 27. bis 31. Jänner 1998 brutto S 910,--

und vom 1. bis 13. Februar 1998 brutto S 754,--, UZ/WR S 165,68. Sie habe nach dieser Bestätigung im Jänner 5,75 und im Februar 5,80 Stunden gearbeitet.

2. Mit Bescheid der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten vom 9. Mai 2000 wurde ausgesprochen, dass die vorzeitige Alterspension der Beschwerdeführerin bei langer Versicherungsdauer mit 27. Jänner 1998 wegfällt und mit 1. Februar 1998 wieder auflebt. In der Begründung wurde dazu ausgeführt, die

Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung bzw. das Einkommen aus der Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin habe zum Wegfall ihrer Pension geführt.

Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Bescheid Klage beim Arbeits- und Sozialgericht Wien. Sie machte geltend, sie habe am 27. Jänner 1998 ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit mit einem Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze bei der erstmitbeteiligten Partei begonnen. Es liege daher kein vollversichertes Dienstverhältnis vor. Das Arbeits- und Sozialgericht Wien hat das Verfahren zur Klärung der Vollversicherungspflicht der Beschwerdeführerin unterbrochen.

3. Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf Grund ihrer Tätigkeit als Handelsangestellte bei der erstmitbeteiligten Partei im Zeitraum vom 27. bis 31. Jänner 1998 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei. In der Begründung führte die belangte Behörde nach einer Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzesziten aus, die Beschwerdeführerin habe mit der erstmitbeteiligten Partei ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. In der Zeit vom 27. bis 31. Jänner 1998 habe sie ein Entgelt von S 910,--, in der Zeit vom 1. bis 13. Februar 1998 ein Entgelt von S 752,-- zuzüglich aliquote Sonderzahlungen in Höhe von S 165,86 erhalten. Das zeitliche Ausmaß der tatsächlichen Beschäftigung sei im Einzelfall einvernehmlich festgelegt worden. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, § 5 Abs. 2 ASVG lege fest, dass die tägliche Höchstbeitragsgrundlage zur Anwendung komme, wenn das Beschäftigungsverhältnis für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart sei und das durchschnittliche Entgelt für einen Arbeitstag S 294,-- nicht übersteige. Sei ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, komme die monatliche Höchstbeitragsgrundlage von

S 3.730,-- zur Anwendung. Keine geringfügige Beschäftigung liege allerdings vor, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag von S 3.830,-- nur deswegen nicht übersteige, weil die Beschäftigung im betreffenden Kalendermonat begonnen, beendet oder unterbrochen worden sei. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Dienstgeber ein unbefristetes Dienstverhältnis vereinbart. Somit seien die erhaltenen S 910,-- auf den ganzen Monat hochzurechnen. Dies ergebe einen Betrag von S 5.460,--. Dieser liege über der Geringfügigkeitsgrenze, sodass die Beschwerdeführerin im betreffenden Monat pflichtversichert sei.

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihrem Recht auf Nichteinbeziehung in die Vollversicherung im Sinne des ASVG auf Grund eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses verletzt. Sie macht geltend, sie habe mit der erstmitbeteiligten Partei mit Wirkung ab 27. Jänner 1998 ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Das zeitliche Ausmaß der tatsächlichen Beschäftigung sei im Einzelfall einvernehmlich festgelegt worden. Mit der Erstmitbeteiligten sei ausdrücklich ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis auf unbestimmte Zeit vereinbart worden. Ein solches sei auch zur Anmeldung gelangt. Ein Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze hätte zu einem Wegfall des Anspruches auf ihre Pensionsleistung aus dem Versicherungsfall der vorzeitigen Alterspension bei langer Versicherungsdauer geführt. Im gegenständlichen Zeitraum Jänner 1998 habe sie an zwei Tagen Arbeitsleistungen erbracht. Die Bestimmung im § 5 Abs. 2 ASVG, wonach keine geringfügige Beschäftigung vorliege, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag von S 3.830,-- nur deshalb nicht übersteige, weil die Beschäftigung im Laufe des betreffenden Kalendermonates begonnen habe, bedeute "sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinne nach", dass es sich um eine Schutzbestimmung für Arbeitnehmer, die ein Beschäftigungsverhältnis mit einem Entgelt über der Geringfügigkeitsgrenze eingehen, handle. Diese Bestimmung könne aber nicht dahingehend gedeutet werden, dass ein Arbeitnehmer, der ein Beschäftigungsverhältnis mit einem Entgelt unter der Geringfügigkeitsgrenze eingehe, im ersten Monat der Beschäftigung, und nur in diesem, der Vollversicherungspflicht unterliege. Die Vollversicherung für Jänner 1998 sei daher zu Unrecht festgestellt worden.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

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

Die mitbeteiligte Allgemeine Unfallversicherungsanstalt und Pensionsversicherungsanstalt haben mitgeteilt, dass sie von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand nehmen.

#### 5. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Mit der 54. ASVG-Novelle, die Teil des Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetzes 1997, BGBl. I Nr. 139/1997, ist, wurde die sozialversicherungsrechtliche Stellung der geringfügig Beschäftigten ab 1. Jänner 1998 (§ 572 Abs. 1 Z. 1 ASVG) grundlegend neu geregelt. § 5 Abs. 1 Z. 2 ASVG in der Fassung dieser Novelle lautet:

"Von der Vollversicherung ... ausgenommen sind Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die in § 4 Abs. 1 Z. 6 und 11 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);"

Der verwiesene Abs. 2 dieser Bestimmung lautet in der Fassung dieser Novelle:

"Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens S 287,--, insgesamt jedoch von höchstens S 3.740,-- gebührt oder
2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als S 3.740,-- gebührt.

Keine geringfügige Beschäftigung liegt hingegen vor, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag von S 3.740,-- nur deshalb nicht übersteigt, weil

- infolge Arbeitsmangels im Betrieb die sonst übliche Zahl von Arbeitsstunden nicht erreicht wird (Kurzarbeit) oder
- die Beschäftigung im Laufe des betreffenden Kalendermonates begonnen oder geendet hat oder unterbrochen wurde.

Auch gilt eine Beschäftigung als Hausbesorger nach dem Hausbesorgergesetz, BGBl. Nr. 16/1970, nicht als geringfügig, außer während der Zeit

- eines Beschäftigungsverbotes gemäß den §§ 3 und 5 des Mutterschutzgesetzes (MSchG), BGBl. Nr. 221/1979, oder
- eines Karenzurlaubes gemäß den §§ 15, 15a, 15b und 15d MSchG und den §§ 2, 5 und 9 des Eltern-Karenzurlaubsgeldes (EKUG), BGBl. Nr. 651/1989, bei Anspruch auf Wochengeld bzw. auf Karenzgeld nach dem Karenzgeldgesetz (KGG), BGBl. I Nr. 47/1997.

An die Stelle der im ersten Satz genannten Beträge treten ab Beginn jedes Beitragsjahres (§ 242 Abs. 6) die unter Bedachtnahme auf § 108 Abs. 9 mit der jeweiligen Aufwertungszahl (§ 108 Abs. 1) vervielfachten Beträge."

Die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gehen übereinstimmend davon aus, dass die Beschwerdeführerin im maßgeblichen Zeitraum bei der erstmitteiligten Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt gewesen ist. Streitpunkt zwischen den Parteien ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin in diesem Zeitraum bei der erstmitteiligten Partei gegen ein die oben genannten Geringfügigkeitsgrenzen übersteigendes Entgelt beschäftigt war.

Die belangte Behörde - wie bereits die Vorinstanzen - hat dies bejaht, weil das Bruttoentgelt für den Zeitraum vom 27. bis 31. Jänner 1998 (das sind fünf Tage) auf 30 Tage hochzurechnen sei (S 910,-- : 5 x 30) und der so errechnete Betrag von S 5.460,-- über der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze liege.

Gegen diese - zutreffende - Berechnungsart bringt die Beschwerdeführerin nichts Konkretes vor. Die Beschwerde erweist sich jedoch im Rahmen des Beschwerdepunktes als begründet, weil sich die belangte Behörde mit den Verfahrensergebnissen nicht ausreichend auseinander gesetzt hat. Die Beschwerdeführerin hat die gegenständliche Beschäftigung nicht an jedem (Arbeits-)Tag ausgeübt. Es stellt sich daher die Frage, ob bei Beschäftigungen, die an einzelnen Tagen ausgeübt werden, ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt, d.h. auch an jenen Tagen, an denen keine tatsächliche Beschäftigung ausgeübt wurde, oder mehrere, unter Umständen auf den einzelnen Tag beschränkte, Beschäftigungsverhältnisse anzunehmen sind.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG 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 selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 10. November 1998, 96/08/0255, und vom 3. April 2001, 96/08/0202) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzliche) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, 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 Arbeitsleistung, dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Nach der zitierten Rechtsprechung schließt die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung (d.h. im Rahmen einer Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu

erbringen) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, wodurch er trotz übernommener Gesamtverpflichtung in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren kann, wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger aus (vgl. die Erkenntnisse vom 10. November 1998, 96/08/0255, vom 3. April 2001, 96/08/0202, und vom 17. Dezember 2002, 99/08/0008).

Wäre nach dem Rahmendienstvertrag der Beschwerdeführerin mit der erstmitbeteiligten Partei die Beschwerdeführerin berechtigt, Arbeitsleistungen sanktionslos abzulehnen, führte dies zur Verneinung eines durchgehenden sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. In diesem Falle wäre nach der dargestellten Judikatur von einem tageweisen, der Versicherungspflicht unterliegenden, Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Wäre aber von einem durchgehenden Arbeitsverhältnis auszugehen, käme die von der belangten Behörde (und den Vorinstanzen) gehandhabte Berechnung des gebührenden monatlichen Entgeltes im Sinn des § 5 Abs. 2 ASVG in Betracht. Der von der belangten Behörde angenommene Sachverhalt bedarf daher in wesentlichen Punkten einer Ergänzung. Im fortzusetzenden Verfahren werden sohin einerseits Feststellungen über den Inhalt des behaupteten Rahmendienstvertrages und über die allenfalls zusätzlich getroffenen Abmachungen sowie über die tatsächliche Durchführung des Vertrages zu treffen sein, und andererseits werden die Beweisergebnisse im Lichte des Urteiles des OGH vom 22. Dezember 2004, 8 ObA 116/04y, mit den Parteien zu erörtern sein.

Der angefochtene Bescheid leidet demnach an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und war gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Ein Anspruch auf gesonderten Ersatz von Umsatzsteuer neben dem Schriftsatzaufwand besteht nicht. Das auf Ersatz der Stempelgebühren gerichtete Mehrbegehren war wegen der auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden sachlichen Abgabenfreiheit (§ 110 ASVG) abzuweisen.

Wien, am 14. September 2005