

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

12.09.2012

Geschäftszahl

2009/08/0141

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der T GmbH in L, vertreten durch Huber Ebmer Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Schillerstraße 12, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 20. Mai 2009, Zl. BMASK- 321641/0002-II/A/3/2009, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. K B in K, 2. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse in 4021 Linz, Gruberstraße 77, 3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65- 67), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde die Pflichtversicherung der Erstmitbeteiligten nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG auf Grund ihrer Beschäftigung bei der beschwerdeführenden Partei an näher genannten Tagen im Zeitraum von Juli bis Dezember 2002 sowie von Februar bis Juni 2003 festgestellt.

Nach der Darlegung des Verwaltungsgeschehens führte die belangte Behörde aus, zwischen der beschwerdeführenden Partei und der Erstmitbeteiligten sei ein Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen worden. Die Aufgabe der Erstmitbeteiligten habe darin bestanden, vereinbarte Telefonkontakte sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht dem üblichen Branchenniveau entsprechend zu tätigen.

Punkt 7 des Vertrags habe eine beiderseitige Kündigungsmöglichkeit mit einer 14-tägigen Kündigungsfrist vorgesehen. Aus dem Vertragstext ergebe sich eindeutig, dass sich die Erstmitbeteiligte gegenüber der beschwerdeführenden Partei zu Dienstleistungen verpflichtet habe. Das Vorliegen eines Werkvertrags sei auszuschließen.

Im gegenständlichen Verfahren sei unbestritten, dass die Erstmitbeteiligte frei entscheiden habe können, ob sie mittels einer Liste Arbeitstage und Arbeitszeiten für die jeweils übernächste Woche bekannt gebe oder nicht. Eine wöchentliche oder monatliche Mindestarbeitszeit sei nicht vereinbart gewesen. Im vorliegenden Verfahren seien daher die Beschäftigungselemente der strittigen Beschäftigung nur für jene Beschäftigungstage zu prüfen, für die sich die Erstmitbeteiligte als Telefonistin verfügbar gehalten habe.

Der schriftliche Vertrag sehe Folgendes vor:

"2.2 Der AN hat die freie Wahl der Arbeitszeit und ist an keine Arbeitszeitvorgaben gebunden."

Die Erstmitbeteiligte habe angegeben, die beschwerdeführende Partei habe den endgültigen Wochendienstplan erstellt. Dieser sei verbindlich gewesen. Wenn die Erstmitbeteiligte einen so festgelegten Termin nicht einhalten habe können, habe sie angerufen und den Grund der Verhinderung nennen müssen. Ohne wichtigen Grund habe sie nicht vom Dienst fernbleiben dürfen.

Von der beschwerdeführenden Partei werde vorgebracht, die MitarbeiterInnen hätten sich die Lage ihrer Arbeitszeit im Wesentlichen vollkommen selbständig aussuchen können. Es habe keine Bindung an den

Dienstplan bestanden. Dieser sei nur aus organisatorischen Gründen notwendig gewesen. Im Fall von Überschneidungen sei in Absprache mit den Dienstnehmern vorgegangen worden. Es sei auch keine Mindestarbeitszeit vereinbart gewesen. Wenn die TelefonistInnen eingetragene Arbeitszeiten nicht eingehalten hätten, habe die beschwerdeführende Partei Ersatz organisiert oder den Mitarbeitern das Recht eingeräumt, eine Vertretung zu organisieren. Sanktionen seien für solche Fälle nicht vorgesehen gewesen. Die beschwerdeführende Partei habe die Problematik der jederzeitigen Absagemöglichkeit der Dienstnehmer vielmehr in Kauf genommen. Da die Abwicklung der Tätigkeit durch solche Vorfälle jedoch erschwert worden sei, habe man sich zu einem Rundschreiben vom 13. August 2002 entschieden, das vorgesehen habe, dass Dienstverhinderungen zu melden seien. Dies sei notwendig gewesen, um zeitgerecht disponieren zu können. Arbeitsrechtliche Sanktionen habe es jedoch nicht gegeben. Die Angabe des Verhinderungsgrundes sei nicht gefordert worden. Nur wenn ein Mitarbeiter sich mehrere Wochen hindurch nicht mehr gemeldet habe, sei er von der Sozialversicherung abgemeldet worden.

Vorgelegt worden sei ein Formular, mit dem die gewünschten Arbeitszeiten für drei Wochen im Vorhinein hätten bekannt gegeben werden können. Auf diesem Formular finde sich der Vermerk: "Info:

Bitte bis Donnerstag ... im Büro abgeben - Danke, Bitte ankreuzen!!!, Eingetragene Termine und Zeiten sind einzuhalten!"

Vorgelegt worden sei weiters folgende schriftliche Mitteilung vom 13. August 2002, die an die Mitarbeiter der beschwerdeführenden Partei ergangen sei:

"Dienstverhinderungen:

Liebe Tele-Agents,

aufgrund vermehrt auftretender Dienstverhinderungen in den letzten Wochen sehen wir uns gezwungen, hier Neuregelungen zu gestalten.

Ab sofort ist bei einer Dienstverhinderung folgendes zu beachten:

1. Bei Bekanntwerden der Dienstverhinderung sofortige Information des Dienstgebers (Frau (P) oder Sekretariat)

2. Nennung eines Ersatztermins, wann die verhinderten Stunden eingeholt werden können, je nach Verfügbarkeit von freien Plätzen

oder

Nennung einer Vertretung (eines/r Kollegen/in, die für die Fehlstunden einspringt. Die Organisation der Vertretung obliegt dem verhinderten Tele-Agent.

(...)

PS Ich empfehle Ihnen, sich mit 3 bis 5 Kollegen im Vorfeld abzusprechen, die Vertretungen machen können, deren Telefonnummern parat zu haben und diese zeitig anzurufen, wenn eine Dienstverhinderung auftritt."

Aus diesen Beweismitteln sei insgesamt abzuleiten, dass die Erstmitbeteiligte an die im Wochendienstplan festgesetzten Arbeitszeiten gebunden gewesen sei. Ob diese Arbeitszeiten unter Umständen einseitig oder stets in Absprache mit der Erstmitbeteiligten festgesetzt worden seien, müsse nicht geklärt werden. Wesentlich für die hier zu treffende Beurteilung sei, dass die Erstmitbeteiligte die einmal festgesetzten Arbeitszeiten einzuhalten gehabt habe.

Die Angaben der Erstmitbeteiligten dazu erschienen glaubwürdig und nachvollziehbar. Sie würden belegt durch den Vermerk, der auf jenen Listen angebracht gewesen sei, in die die "Tele-Agents" ihre Wunscharbeitszeiten einzutragen gehabt hätten. Unterstrichen werde diese Feststellung durch den Umstand, dass die beschwerdeführende Partei selbst Aufträge von Kunden übernommen habe, die offensichtlich ihrerseits die Ausführung von Projekten in einem gewissen Zeitrahmen beinhalteten. Es müsse daher als unglaublich erscheinen, wenn die beschwerdeführende Partei nun behaupte, sie habe zwar wöchentlich einen Dienstplan erstellt, jedoch keinerlei Wert darauf legen müssen, dass ihre TelefonistInnen zu den angegebenen Arbeitszeiten auch erschienen. Der Umstand, dass nicht jedes Mal nachgefragt und zu Sanktionen geschritten worden sei, wenn eine TelefonistIn einen eingetragenen Arbeitstag nicht eingehalten habe, beweise nicht, dass sich die beschwerdeführende Partei nicht prinzipiell die Möglichkeit von Sanktionen für diesen Fall vorbehalten hätte. Der Umstand, dass die beschwerdeführende Partei, wie sie selbst vorgebracht habe, angesichts untragbarer Organisationsprobleme das genannte Rundschreiben vom 13. August 2002 erlassen habe, zeige, dass die objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation sehr wohl einen konkreten und verbindlichen Wochendienstplan erfordert hätten. Die beschwerdeführende Partei habe sich einen Rechtsbehelf schaffen müssen, um bei Bedarf gemäß ihren betrieblichen Erfordernissen die Arbeitskraft ihrer MitarbeiterInnen einfordern zu können.

Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass das beliebige Nichteinhalten von bereits eingetragenen Terminen mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der Dienstgeberin nicht vereinbar gewesen wäre. Die Erstmitbeteiligte sei im Rahmen der strittigen Beschäftigung an eine vom Dienstgeber vorgegebene und an den Betriebserfordernissen des Dienstgebers orientierte Arbeitszeit gebunden gewesen.

Soweit die beschwerdeführende Partei einwende, A. habe vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse ausgesagt, dass die Arbeitseinteilung jeden Tag abhängig vom konkreten Projekt aktualisiert würde, so sei dem Folgendes entgegenzuhalten: A. habe anlässlich der selben Vernehmung angegeben, dass im Dienstplan sowohl die Arbeitszeiten als auch die Projekteinteilung ersichtlich gewesen sei. Ihre spätere Aussage sei offensichtlich so zu verstehen, dass die tägliche Konkretisierung der Arbeitseinteilung anhand der übernommenen Projekte vorgenommen worden sei. Dass täglich auf die Arbeitszeitwünsche der TelefonistInnen eingegangen worden sei, sei aus dieser Aussage nicht abzuleiten und würde auch kein lebensnahes Bild der Beschäftigung ergeben.

In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass A. vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse angegeben habe, sie habe, wenn sie einen Termin laut Dienstplan nicht einhalten habe können (etwa weil sie oder ihre Tochter krank gewesen seien), in der Firma angerufen und sich abgemeldet. Dies zeige, dass A. sehr wohl bewusst gewesen sei, dass sie an den festgelegten Dienstplan gebunden gewesen sei.

Die spätere, von der beschwerdeführende Partei vorgelegte schriftlich festgehaltene Aussage von A., ihre seinerzeitige Aussage vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse sei missverständlich gewesen und sie hätte jederzeit ihre tägliche Arbeit beenden können, ohne einen Grund nennen zu müssen, überzeuge im vorliegenden Gesamtzusammenhang nicht. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass die Unternehmensorganisation der beschwerdeführenden Partei den Einsatz von DienstnehmerInnen mittels Dienstplan erfordere.

Zum Arbeitsort der gegenständlichen Beschäftigung führte die belangte Behörde aus, der schriftliche Vertrag laute dazu wie folgt:

"Der AG stellt die Räumlichkeiten seines Betriebes für die Ausführung der Tätigkeit für den AN als auch für seine Vertretung zur Verfügung."

Die Erstmitbeteiligte habe angegeben, sie habe einen eigenen Arbeitsplatz mit Computer, Telefon und Headset gehabt. Die beschwerdeführende Partei habe vorgebracht, sie habe zwar den Betriebsstandort zur Verfügung gestellt, innerhalb dieses Standorts habe der Mitarbeiter jedoch frei seinen Arbeitsplatz wählen können. Die beschwerdeführende Partei habe nur versucht, eine projektbezogene Zusammenlegung vorzunehmen. Aus diesen Beweismitteln ergebe sich übereinstimmend, dass die strittige Tätigkeit am Betriebsstandort der beschwerdeführenden Partei zu verrichten gewesen sei. Die Erstmitbeteiligte sei hinsichtlich des Dienstortes an die Vorgaben ihrer Dienstgeberin gebunden gewesen.

Zur Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit führte die belangte Behörde aus, der schriftliche Vertrag laute in diesem Punkt wie folgt:

"2.1 Der Arbeitnehmer ist bei der Gestaltung des Arbeitsablaufes völlig ungebunden."

Die Erstmitbeteiligte habe niederschriftlich angegeben, sie habe sich zu Beginn ihrer Tätigkeit zu einer Kollegin setzen und dieser beim Telefonieren zuhören müssen. Danach habe sie unter Aufsicht von Mag. P. selbst telefoniert. Die Entscheidung, für welche Projekte sie zu telefonieren gehabt habe, habe P. getroffen. Es sei für jedes Projekt ein Gesprächsleitfaden ausgeteilt worden. Am Computer seien Felder vorgegeben gewesen, die die Erstmitbeteiligte je nach Antwort des Kunden anzuklicken gehabt habe.

Die beschwerdeführende Partei habe vorgebracht, die Mitarbeiter würden zu Beginn der Beschäftigung kurz eingeschult. Sie würden einen Gesprächsleitfaden erhalten, in dem der Aufbau des Gesprächs skizziert sei. Dies sei sachlich notwendig, da die Mitarbeiter wissen müssten, was sie zu einem bestimmten Projekt sagen sollten. Die Mitarbeiter seien jedoch nicht verpflichtet, sich an den "vorgegebenen Gesprächsleitfaden" zu halten. Sie hätten gemäß eigener Kommunikationsfähigkeit und Erfahrung variieren können. Die Datensätze seien von der EDV automatisch verteilt worden. Nach Bearbeitung eines Datensatzes sei automatisch der nächste am Bildschirm erschienen. Die Mitarbeiter seien berechtigt gewesen, den Ablauf ihrer Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern.

Vorgelegt worden sei ein Gesprächsleitfaden mit folgendem Inhalt (Hervorhebungen wie im angefochtenen Bescheid):

"Guten Tag! Hier spricht ... im Auftrag vom (...)"

Spreche ich mit Herrn/Frau ... persönlich?

Wissen Sie Herr/Frau...derzeit ist es so, dass wir alle unsere langjährigen Mitglieder anrufen und fragen, ob wir in Zukunft den monatlichen Betrag um 30,-- öS erhöhen dürfen?

Das wären in Ihrem Fall ATS 240,-- im Jahr dazu. Ihr alter Mitgliedsbeitrag beträgt ATS 360,-- und ihr neuer Beitrag wäre dann ATS 600,-- im Jahr!

Der Beitrag bleibt selbstverständlich in unserer Bezirksstelle und wird sowohl für den Rettungsdienst als auch für die Ausbildung der Freiwilligen Helfer, sowie für die Sozialstation mit Beratungsdiensten, Hausnotruf, Essen auf Rädern usw. verwendet.

(JA oder NEIN)

JA:

Danke, das ist sehr lieb von Ihnen, da wir auch rechtzeitig schon die Euroumstellung vornehmen, hätten wir noch eine kleine Bitte an Sie: Ihr neuer Beitrag wären in Euro ausgedrückt 43,60 dürfen wir diesen Betrag auf 44 Euro aufrunden um wieder auf einen geraden Betrag zu kommen?

Vielen Dank Herr/Frau wir werden Ihnen in den nächsten 2 Wochen von der Bezirksstelle (K) eine schriftliche Bestätigung darüber zusenden.

Ich wünsche Ihnen weiterhin alles Gute und auf

Wiederhören!

NEIN:

Herr/Frau das ist ja kein Problem, Sie spenden ja ohnehin seit 19.., da wir aber auch gleichzeitig die Euroumstellung vornehmen, würde Ihr Beitrag in Höhe von ATS 400,- in Euro ausgedrückt 29,07 Euro ergeben. Dürfen wir diesen Betrag zumindest auf eine gerade Summe von 30 Euro bringen? (evtl. Zusatz: Das ist pro Monat ca. 1 Schilling mehr!!!)

Herr/Frau wir danken Ihnen ganz herzlich für Ihre bisherige finanzielle Unterstützung unserer Arbeit. Gleichzeitig hoffen wir jedoch auf ihr Verständnis, dass wir Sie heute direkt angesprochen haben. Aber die finanziellen Rahmenbedingungen für unsere Arbeit werden leider zunehmend schwieriger.

Ich wünsche Ihnen weiterhin alles Gute und auf Wiederhören!"

Sowohl der Umstand, dass die Erstmitbeteiligte eingeschult worden sei, als auch der Inhalt des vorgelegten Gesprächsleitfadens würden zeigen, dass die Erstmitbeteiligte hinsichtlich ihres Arbeitsverhaltens weisungsgebunden gewesen sei. Ihre Vorgesetzte habe durch die Einschulung und spätere Beaufsichtigung am Betriebsort auf das Arbeitsverhalten der Erstmitbeteiligten Einfluss nehmen können. Ob die Erstmitbeteiligte tatsächlich ständig beaufsichtigt worden sei, sei in diesem Zusammenhang nicht entscheidend. Die beschwerdeführende Partei habe durch den Einsatz einer Mitarbeiterin (P.) dafür Vorsorge getroffen, dass das Arbeitsverhalten der Erstmitbeteiligten kontrolliert und dass bei Bedarf eingegriffen werden habe können.

Auch aus dem Umstand, dass das von der beschwerdeführenden Partei vorgegebene EDV-Programm automatisch einen neuen Kunden eingespielt habe, sobald ein Gespräch erledigt und sein Ergebnis eingegeben worden war, zeige, dass die beschwerdeführende Partei sich die Möglichkeit vorbehalten habe, der Erstmitbeteiligten durch Einsatz eines EDV-Programms konkrete Kunden zuzuweisen und bei Bedarf überprüfen zu können, wie rasch die Erstmitbeteiligte gearbeitet habe und wie oft sie bei den Kunden positive Reaktionen auslösen habe können.

Der vorgelegte Gesprächsleitfaden zeige, dass den TelefonistInnen so gut wie kein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Gestaltung ihres Arbeitsverhaltens offen gestanden sei. Das Argument der beschwerdeführenden Partei, die TelefonistInnen hätten sich nicht eins zu eins an diesen Leitfaden halten müssen, überzeuge nicht, da der Leitfaden für den Beginn und das Ende jedes Gesprächs fett gedruckte Höflichkeitsformeln vorsehe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Erstmitbeteiligte hinsichtlich ihres Arbeitsverhaltens keinen nennenswerten Spielraum habe. Der Umstand, dass zweierlei Reaktionen für "Ja" und "Nein" vorgegeben worden seien, bestätige auch die Glaubwürdigkeit der Aussage der Erstmitbeteiligten, wonach sie je nach Reaktion des Kunden gewisse vorgegebene Felder im EDV-Programm anzuklicken gehabt habe, was auch dafür spreche, dass die Erstmitbeteiligte hinsichtlich ihres Arbeitsverhaltens an die Vorgaben der beschwerdeführenden Partei gebunden gewesen sei.

Schließlich zeige die Aussage von A. vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse, dass die beschwerdeführende Partei die Einteilung der Projekte vorgenommen habe, also ausgewählt habe, welche Mitarbeiterin bei welchem Projekt mitarbeiten solle. Die spätere von der beschwerdeführenden Partei aufgenommene gegenteilige Aussage von A. überzeuge angesichts der klar hervorgekommenen objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der beschwerdeführenden Partei nicht. Die Erstmitbeteiligte sei im Rahmen der strittigen Tätigkeit weisungsgebunden und kontrollunterworfen gewesen.

Zur disziplinarischen Verantwortung sehe der schriftliche Vertrag Folgendes vor:

"8. Vorzeitige Vertragsauflösung

Der Vertrag kann jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von jedem Teil aus wichtigem Grund gelöst werden.

Und zwar: Wenn der Arbeitnehmer unfähig ist, seine Tätigkeit auszuüben

(...)"

Die Erstmitbeteiligte habe angegeben, sie habe die im Wochendienstplan eingetragene Arbeitszeit einhalten müssen. Sie habe ferner pro Stunde mindestens fünf InteressentInnen gewinnen sollen. Wenn diese Mindestzahl nicht erreicht worden sei, habe Mag. P. darauf hingewiesen.

Die beschwerdeführende Partei habe vorgebracht, es sei keine feste Arbeitszeit und keine Mindestverpflichtung vereinbart gewesen. Die Mitarbeiter seien tatsächlich oftmals zu eingetragenen Zeiten einfach nicht am Dienstort erschienen. Die beschwerdeführende Partei habe aber eingeräumt, dass aus diesem Grund die Mitarbeiter (durch das Schreiben vom 13. August 2002) aufgefordert worden seien, den Dienstgeber

bei Auftreten von Verhinderungen zu informieren. Dies sei notwendig gewesen, um zeitgerecht disponieren zu können. Arbeitsrechtliche Sanktionen habe es jedoch nicht gegeben.

Aus diesen Beweismitteln sei insgesamt abzuleiten, dass die Erstmitbeteiligte disziplinär verantwortlich in dem Sinn gewesen sei, als sie für den Fall, dass sie zu wenig erfolgreiche Telefonate geführt hätte, mit der Möglichkeit einer sofortigen Vertragsauflösung hätte konfrontiert werden können. Ob die beschwerdeführende Partei von dieser Möglichkeit immer Gebrauch gemacht habe, sei im vorliegenden Gesamtzusammenhang nicht entscheidend. Da die Erstmitbeteiligte bei der Ausführung ihrer Arbeit unbestritten keinerlei unternehmerischen Gestaltungsspielraum gehabt habe, sei dies eindeutig als Merkmal einer disziplinären Verantwortlichkeit zu werten. Soweit die beschwerdeführende Partei einwende, es habe keine Sanktionen gegeben, wenn MitarbeiterInnen einfach nicht zu den vorgesehenen Arbeitszeiten am Arbeitsplatz erschienen seien, so sei dem entgegenzuhalten, dass die beschwerdeführende Partei selbst eingeräumt habe, dass sie das Fernbleiben vom Arbeitsplatz unter Berücksichtigung ihrer Unternehmenserfordernisse nicht tolerieren habe können und deshalb das bereits erwähnte Rundschreiben vom 13. August 2002 erlassen habe. Es sei daher insgesamt davon auszugehen, dass die Erstmitbeteiligte im Rahmen der strittigen Tätigkeit disziplinär verantwortlich gewesen sei.

Hinsichtlich der persönlichen Arbeitspflicht laute der schriftliche Vertrag wie folgt:

"2.3 Substitution und Vertretung ist ohne Rücksprache mit dem AG möglich, sofern es sich um für die Auftrags Erfüllung geeignete Vertreter handelt.

3. Pflichten des Auftragnehmers: Sie sind während und nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet und dürfen Dritten keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse die über unser Unternehmen bekannt geworden sind, mitteilen. Einzige Ausnahme besteht im Fall der Substitution und Vertretung. Hierbei ist der AN verpflichtet, die notwendigen Informationen an seine Vertretung weiterzugeben."

Vorgelegt worden sei weiters eine separate Geheimhaltungsvereinbarung vom 10. Juli 2002, abgeschlossen zwischen der Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei mit folgendem Wortlaut:

"Sie sind während und nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet und dürfen Dritten keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die über unser Unternehmen bekannt geworden sind, mitteilen. Im Falle der Verletzung dieser Verschwiegenheitspflicht wird eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 100 000,- vereinbart. Sollte der angerichtete Schaden dieser Vertragsstrafe höher sein, so erklärt sich der oben genannte Mitarbeiter bereit, jeglichen Schaden in der darüber hinausgehenden Höhe zu decken."

Die Erstmitbeteiligte habe zur tatsächlichen Ausgestaltung ihrer Tätigkeit angegeben, sie habe, wenn sie einen vereinbarten Termin nicht einhalten habe können, in der Firma anrufen müssen. Sie habe auch den Grund ihrer Abwesenheit bekannt geben müssen. Die Erstmitbeteiligte hätte eine andere Kollegin an ihre Stelle schicken können oder den Dienst tauschen. Eine betriebsfremde Person hätte sie nicht schicken können.

Die beschwerdeführende Partei gebe an, sie habe den Mitarbeitern das Recht eingeräumt, eine Vertretung zu organisieren. Die Mitarbeiter hätten sich beliebig vertreten lassen können.

Aus diesen Beweismitteln sei insgesamt abzuleiten, dass die Erstmitbeteiligte auf Grund des schriftlichen "freien Dienstvertrages" einer Geheimhaltungspflicht über firmeninterne Daten unterlegen sei. Diese Geheimhaltungspflicht habe für den Fall, dass sich die Erstmitbeteiligte vertreten habe lassen, ausdrücklich nicht gelten sollen. Gemäß einer zweiten separaten Vereinbarung habe sich die Erstmitbeteiligte zu einer umfassenden und uneingeschränkten Geheimhaltungspflicht verpflichtet, die gleichzeitig Sanktionen vorgesehen habe.

Nach Ansicht der belangten Behörde sei daraus zu schließen, dass die Erstmitbeteiligte zu einer umfassenden Geheimhaltungspflicht verpflichtet gewesen sei. Für eine beliebige Vertretung habe dieses Vertragsverhältnis keinen Raum geboten. Damit im Einklang stehe die Aussage der Erstmitbeteiligten, sie hätte sich nach ihrer Auffassung durch KollegInnen, nicht aber durch betriebsfremde Personen vertreten lassen können.

Diese Form der Vertretungsmöglichkeit erfülle nicht die Erfordernisse eines beliebigen Vertretungsrechts im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Erstmitbeteiligte sei somit zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen.

Unterstrichen werde diese Beurteilung durch die Aussage von A. vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse, wonach sie dann, wenn sie (z.B.) krankheitsbedingt länger ausgefallen wäre, bei Mag. P. eine Vertretung namhaft hätte machen können. Mag. P. hätte dann entschieden, ob sie diese Vertretung aufnehme oder nicht. Auch diese Aussage belege, dass die beschwerdeführende Partei ihren TelefonistInnen nicht das Recht eingeräumt habe, sich beliebig vertreten zu lassen. Darüber hinaus spreche für die persönliche Arbeitspflicht, dass die Erstmitbeteiligte unbestritten - wenn auch kurz - eingeschult worden sei. Schließlich zeige auch der Umstand, dass die Erstmitbeteiligte keine unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten gehabt habe, dass die Erstmitbeteiligte kein ersichtliches wirtschaftliches Interesse daran gehabt hätte, auf eigene Kosten einen Dritten mit ihrer Vertretung zu betrauen. Daraus ergebe sich insgesamt, dass die Erstmitbeteiligte zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen sei.

Zur wirtschaftlichen Abhängigkeit führte die belangte Behörde aus, die Erstmitbeteiligte habe unbestritten mit den Betriebsmitteln der beschwerdeführenden Partei gearbeitet. Sie habe im Rahmen ihrer Tätigkeit ausschließlich ihre eigenen Kenntnisse und Fähigkeit eingesetzt. Es sei daher davon auszugehen, dass die

Erstmitbeteiligte wirtschaftlich abhängig gewesen sei. Die wirtschaftliche Abhängigkeit sei bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen im Übrigen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Zusammenfassend sei anzumerken, dass die Aussagen der Erstmitbeteiligten in ihrem Gesamtbild lebensnahe und in sich widerspruchsfrei seien. Sie stünden im Einklang mit den im gesamten Verfahren hervorgekommenen objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der beschwerdeführenden Partei.

Die Einwände der beschwerdeführenden Partei seien nicht geeignet, die Feststellung eines freien Dienstverhältnisses zu untermauern. Die von der beschwerdeführenden Partei vorgelegten Niederschriften zeichnen fast gleichlautend das Bild einer Tätigkeit, die spontan aufgenommen und bei Desinteresse gleich wieder abgebrochen werden habe können, bei der die Beschäftigte ferner gleichsam nach Belieben die Projekte, an denen sie heute arbeiten wolle, aussuchen und wechseln habe können. Diese Aussagen erschienen im vorliegenden Gesamtzusammenhang nicht glaubwürdig. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die von der beschwerdeführenden Partei befragten MitarbeiterInnen anlässlich ihrer Befragung beeinflusst worden seien.

Die klar hervorgekommenen betrieblichen Erfordernisse würden zeigen, dass nach einem verbindlichen Dienstplan habe gearbeitet werden müssen. Auf Grund der so festgestellten objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der beschwerdeführenden Partei sei der Sachverhalt als ausreichend ermittelt zu beurteilen. Die beantragten Vernehmungen seien aus diesem Grund unter Rücksichtnahme auf die Verfahrensprinzipien der Verfahrensökonomie (§ 39 Abs. 2 dritter Satz AVG) zu unterlassen.

Rechtlich ergebe sich, dass die Erstmitbeteiligte im Rahmen der strittigen Tätigkeit hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort an die Vorgaben der beschwerdeführenden Partei als ihrer Dienstgeberin gebunden gewesen sei. Sie sei weisungsgebunden und kontrollunterworfen gewesen. Die Erstmitbeteiligte sei zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet und disziplinar verantwortlich gewesen. Sie habe mit den Betriebsmitteln der beschwerdeführenden Partei gearbeitet. Die festgestellten Beschäftigungsmerkmale ergäben das Gesamtbild einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit. Der schriftliche "freie Dienstvertrag" sei, soweit er mit der tatsächlichen Beschäftigung nicht im Einklang stehe, als Scheinvertrag zu beurteilen.

Wie sich aus den im Akt befindlichen Abrechnungsunterlagen ergebe, habe die Erstmitbeteiligte für die festgestellten Beschäftigungstage ein im monatlichen Durchschnitt über der täglichen Geringfügigkeitsgrenze liegendes Entgelt erhalten. Ihre Beschäftigung sei daher an allen festgestellten Beschäftigungstagen voll versicherungspflichtig gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhalts sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor, nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand, und beantragte, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand. Die Erstmitbeteiligte sowie die mitbeteiligte Pensionsversicherungsanstalt beteiligten sich nicht am verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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

Dienstnehmer im Sinne des ASVG ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, 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.

Gemäß § 4 Abs. 4 Z 1 ASVG stehen den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe.

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. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und

Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

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 (grundsätzlich) 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. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. unter vielen das hg. Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl. 2009/08/0123).

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. zB das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2006, Zl. 2004/08/0101, mwN).

2. Die beschwerdeführende Partei wendet sich im Wesentlichen gegen die Beweiswürdigung der belangten Behörde:

Die Feststellungen zu den verpflichtend einzuhaltenden Arbeitszeiten seien unrichtig, widersprächen dem schlüssigen Gesamtvorbringen der beschwerdeführenden Partei im Verwaltungsverfahren und stützten sich, was den festgestellten "Organisationsaufwand" betreffe, auf reine Mutmaßungen und "Offensichtlichkeiten", die durch keinerlei Vorbringen oder Beweise begründbar seien. So habe die belangte Behörde ihre Feststellung, dass die beschwerdeführende Partei Aufträge von Projekten in einem gewissen Zeitrahmen abwickeln müsse, auf kein Beweisergebnis stützen können. Nach der belangten Behörde sei es "offensichtlich", dass die beschwerdeführende Partei Aufträge von Kunden übernehmen habe müssen, die zur Ausführung von Projekten einen gewissen Zeitrahmen beinhalteten. Die belangte Behörde habe dazu keine Erhebungen getätigt, weder die Zeuginnen befragt, noch der Geschäftsführerin der beschwerdeführenden Partei Gelegenheit einer persönlichen Stellungnahme durch ihre Einvernahme dazu gegeben.

Sämtliche Feststellungen der belangten Behörde zum Thema Organisation des Unternehmens der beschwerdeführenden Partei beruhten auf reinen Annahmen und Mutmaßungen. So würden Formulierungen verwendet, wie "die offensichtlich ihrerseits die Ausführung von Projekten in einem gewissen Zeitrahmen beinhalten", oder "mussten uns einen Rechtsbehelf schaffen" und "es muss daher davon ausgegangen werden...".

All diese Formulierungen würden zeigen, dass die belangte Behörde eine derartige Feststellung einfach treffen "musste", damit sie die freie Arbeitszeiteinteilung der Mitarbeiter der beschwerdeführenden Partei dennoch als persönliche Abhängigkeit interpretieren habe können. Sie habe demnach Feststellungen zur internen Organisation der beschwerdeführenden Partei getroffen, die sie allein aus einem Informationsblatt ableite, das dazu keinerlei Anhaltspunkte gebe. Es sei daraus nicht ableitbar, dass die beschwerdeführende Partei einen Rechtsbehelf schaffen habe müssen, wonach die Arbeitskraft eingefordert werden habe können. Es sei bloß darum gegangen, zu regeln, wie in diesem Fall disponiert werden solle und es sei damit gerade nicht das Recht der beschwerdeführenden Partei verbunden gewesen, die Arbeitskraft ihrer Dienstnehmer einzufordern. Für die Bekanntgabe der Dienstverhinderung hätten keine Gründe angegeben werden müssen, sondern sei dies nur als Information an die beschwerdeführende Partei gedacht gewesen, damit diese dann weiter disponieren habe können.

Die Behauptung, dass die beschwerdeführende Partei die Arbeitskraft der Mitarbeiter einfordern habe können, sei darüber hinaus klar aktenwidrig. In dem zitierten Schreiben vom 13. August 2002 habe die beschwerdeführende Partei nur die organisatorische Vorgangsweise bei Dienstverhinderungen festgehalten und damit gegenüber der Behörde auch dargelegt, dass es im Unternehmen der beschwerdeführenden Partei gang und gäbe gewesen sei, dass Dienstverhinderungen im umfangreichen Maße auf Grund der freien Zeiteinteilung und der nicht bestehenden Bindung an die Arbeitszeit gegeben gewesen seien. Als alleinige Maßnahme hätte die beschwerdeführende Partei den freien Dienstnehmern freigestellt, eine Vertretung für die von ihnen übernommenen Termine namhaft zu machen bzw. der beschwerdeführenden Partei einen Ersatztermin zu nennen. Es sei somit um eine reine Frage der Disponierung im Betrieb der beschwerdeführenden Partei gegangen.

Die belangte Behörde gebe zu dem entscheidungswesentlichen Sachverhaltselement, dass bei der beschwerdeführenden Partei ein betriebliches Erfordernis bestehen würde, die Arbeitskraft der Mitarbeiter einzufordern, bloße Scheinbegründungen an. Im angefochtenen Bescheid heiße es dazu: "Es muss daher davon ausgegangen werden, dass das beliebige Nichteinhalten von bereits eingetragenen Terminen mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der Dienstgeber nicht vereinbar gewesen wäre."

Es bleibe unerfindlich, auf Grund welcher Beweisergebnisse die belangte Behörde hier diese Unternehmensorganisation annehme. Aus dem Rundschreiben vom 13. August 2002 allein auf eine konkrete Unternehmensorganisation der beschwerdeführenden Partei zu schließen, sei unzulässig verkürzend. Die belangte Behörde hätte diesbezüglich zusätzliche Beweise erheben müssen, und insbesondere eine mündliche Einvernahme der Geschäftsführerin der beschwerdeführenden Partei zur Klärung dieser Frage durchführen müssen.

Die Behauptung der belangten Behörde schließlich, dass die beschwerdeführende Partei beweisen hätte müssen, dass sie sich nicht prinzipiell die Möglichkeit von Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung von Arbeitsverpflichtungen vorbehalten hätte, verkehre die verfahrensrechtliche Beweispflicht unzulässiger Weise ins Gegenteil. Es liege nicht an der beschwerdeführenden Partei zu beweisen, dass sie sich derartige Sanktionen nicht vorbehalten hätte, sondern die belangte Behörde habe durch ihre Erhebungen zu beweisen, dass sich die beschwerdeführende Partei solche Sanktionen vorbehalten habe. Dies sei der Behörde nicht gelungen. Es sei aus den Beweisergebnissen abzuleitende ständige Praxis, dass auf Grund der Tatsache, dass es sich um beiderseits gewollte freie Dienstverträge gehandelt habe, eine Sanktion bei der Nichteinhaltung der Dienstverpflichtung arbeitsrechtlich eben nicht möglich gewesen und auch nicht durchgeführt worden sei.

Keine einzige Dienstnehmerin, die befragt worden sei, habe von einer derartigen Sanktion berichtet. Da Dienstverhinderungen jedoch, sowie dies bei dem zitierten Informationsblatt angeführt worden sei, sehr oft vorgekommen seien, hätten die befragten Dienstnehmerinnen diesbezüglich von Sanktionen berichten müssen. Es liege ein Verfahrensmangel vor, da die belangte Behörde die befragten Dienstnehmer zu diesem Thema nicht einvernommen habe.

Richtigerweise wäre festzustellen gewesen, dass die Erstmitbeteiligte nicht an die im Wochendienst festgesetzten Arbeitszeiten gebunden gewesen sei. Die gegenteilige Feststellung begründe einen weiteren Verfahrensmangel, weil die belangte Behörde auf Basis der gebotenen Feststellung zu einem anderen, nämlich verfahrenseinstellenden Erkenntnis gelangt wäre.

Hinsichtlich der persönlichen Abhängigkeit zitiere die belangte Behörde das Rundschreiben der beschwerdeführenden Partei vom 13. August 2002 im Wortlaut, lege es aber in rechtlicher Hinsicht unrichtig aus bzw. erachte es auf Grund unrichtiger Rechtsansicht als Begründung für eine die Vollversicherungspflicht begründende persönliche Abhängigkeit. Die belangte Behörde schließe daraus fälschlich, dass die Dienstnehmer, hier insbesondere die Erstmitbeteiligte, an die einmal festgesetzten Arbeitszeiten gebunden seien und diese einzuhalten hätten. Dies sei aus den Beweisergebnissen, insbesondere aus dem zitierten Rundschreiben, nicht ableitbar.

Vielmehr lasse sich daraus ableiten, dass Dienstverhinderungen auch nach Eintragung der Arbeitszeitwünsche und bei freier Gestaltung der Dienstzeiten durch die Dienstnehmer häufig vorgekommen seien und die beschwerdeführende Partei als Dienstgeberin "diesbezüglich bloß über eine organisatorische Handhabung dieser Thematik verfügt" habe. Grundsätzlich sei auch bei einem freien Dienstvertrag die Verpflichtung zu einer Dienstleistung nicht notwendig mit der Verneinung der persönlichen Abhängigkeit verbunden. Vielmehr seien Verträge ohne Leistungspflicht kaum denkbar, insbesondere führe aber die Leistungspflicht nicht notwendig zu einem Arbeitsvertrag.

Weiters hätte die belangte Behörde aus diesem Schreiben bei richtiger rechtlicher Beurteilung auf Grund der Tatsache, dass in diesem Schreiben keinerlei Hinweis auf eine Sanktion bei Dienstverhinderung und auch kein Hinweis auf die Verpflichtung, wichtige Gründe anzugeben, enthalten sei, schließen müssen, dass es sich nicht um eine persönliche Abhängigkeit der Dienstnehmerin mit einer festen persönlichen Bindung handle, sondern ein loses Kommen und Gehen geherrscht habe und die beschwerdeführende Partei "bloße organisatorische Hilfsmaßnahmen für die gelebte Flexibilität der Arbeitszeit" in ihrem Unternehmen versucht habe.

3. Mit diesem Vorbringen wendet sich die beschwerdeführende Partei gegen die Feststellung der belangten Behörde, wonach die Erstmitbeteiligte an eine einmal im Wochendienstplan festgesetzte Arbeitszeit auch gebunden gewesen sei. Die belangte Behörde stützte diese Feststellung im Wesentlichen auf die Angaben der Erstmitbeteiligten im Verwaltungsverfahren, sowie auf jene Liste, auf der die Erstmitbeteiligte ihre Wunscharbeitszeit vermerken konnte, weiters auf die (im angefochtenen Bescheid zitierte) schriftliche Mitteilung der beschwerdeführenden Partei vom 13. August 2002.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs. 2 AVG) bedeutet nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht, dass der in der Begründung des Bescheids niederzulegende Denkvorgang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegt. Die Bestimmung des § 45 Abs. 2 AVG hat nur zur Folge, dass die Würdigung der Beweise keinen gesetzlichen Regeln unterworfen ist. Dies schließt aber eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der Richtung nicht aus, ob der Sachverhalt genügend erhoben ist und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig sind, also nicht den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut widersprechen. Unter Beachtung dieser Grundsätze hat der Verwaltungsgerichtshof auch zu prüfen, ob die Behörde im Rahmen ihrer Beweiswürdigung alle in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt hat. Hingegen ist der Verwaltungsgerichtshof nicht berechtigt, eine Beweiswürdigung der belangten Behörde, die einer Überprüfung unter den genannten Gesichtspunkten standhält, auf ihre Richtigkeit hin zu beurteilen, d.h. sie mit der Begründung zu verwerfen, dass auch ein anderer

Ablauf der Ereignisse bzw. ein anderer Sachverhalt schlüssig begründbar wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2005, Zl. 2003/08/0233, mwN).

Angesichts dieses Prüfungsmaßstabs begegnet die Beweiswürdigung der belangten Behörde hinsichtlich der Verpflichtung der Erstmitbeteiligten, eine einmal festgesetzte Arbeitszeit auch einzuhalten, keinen Bedenken. Die belangte Behörde hat in ihre Erwägungen einbezogen, dass bereits auf dem von der beschwerdeführenden Partei ausgegebenen Formular, in das die Wunscharbeitszeiten eingetragen wurden, angegeben war, dass eingetragene Termine und Zeiten einzuhalten sind. Die belangte Behörde hat auch berücksichtigt, dass nach einer schriftlichen Mitteilung der beschwerdeführenden Partei vom 13. August 2002 im Falle einer Dienstverhinderung eine "sofortige Information des Dienstgebers" verlangt wurde. Vor diesem Hintergrund erscheint es weder unschlüssig noch den Denkgesetzen widersprechend, der Darstellung der beschwerdeführenden Partei, wonach vereinbarte Dienstzeiten ohne Einschränkung und ohne jede Begründung nicht wahrgenommen werden mussten, keinen Glauben zu schenken.

Aus diesen Beweismitteln und aus dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei selbst, wonach durch das Rundschreiben vom 13. August 2002 untragbare Organisationsprobleme (in der Beschwerde ist von einem "lose(n) Kommen und Gehen" die Rede) gelöst werden sollten, hat die belangte Behörde "objektive Anforderungen der Unternehmensorganisation" abgeleitet. Für eine solche Schlussfolgerung waren die vorliegenden Beweismittel auch ausreichend. Schon das eigene Vorbringen der beschwerdeführenden Partei im Verwaltungsverfahren lässt den Schluss zu, dass eine völlige Missachtung vereinbarter Dienstzeiten von der beschwerdeführenden Partei nicht (mehr) toleriert wurde. Im Übrigen widerspräche es auch jeder Lebenserfahrung, dass in einem Call Center, in dem eine begrenzte Anzahl von Arbeitsplätzen zur Verfügung steht, Dienstpläne erstellt würden, denen keinerlei Verbindlichkeit zukäme.

Da sich schon aus dieser Beweislage die Verbindlichkeit der vereinbarten Arbeitszeiten begründen lässt, ist nicht weiter relevant, welche Art von Aufträgen die beschwerdeführende Partei von ihren Kunden angenommen hat und inwiefern die Unternehmensorganisation nach diesen Aufträgen ausgerichtet war. Weitere diesbezügliche Ermittlungen - wie die Einvernahme der Geschäftsführerin der beschwerdeführenden Partei zu diesem Thema - konnten daher unterbleiben. Im Übrigen wurde die Geschäftsführerin der beschwerdeführenden Partei - Mag. P. - im Verwaltungsverfahren vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse niederschriftlich einvernommen (eine diesbezügliche Niederschrift vom 16. Juli 2004 findet sich im Verwaltungsakt) und dort zur Arbeitszeitenregelung befragt. Die neuerliche Einvernahme wäre nur zu neuem, für die Entscheidung wesentlichem Vorbringen der Parteien geboten gewesen. Auch das Auftreten von Ungereimtheiten oder gar Widersprüchen mit anderen zwischenzeitig vorliegenden Beweisergebnissen verpflichtet die Behörde nicht zur neuerlichen Einvernahme. Es ist vielmehr Aufgabe der Behörde, sich im Rahmen der Beweiswürdigung mit solchen Beweisergebnissen auseinander zu setzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2004/08/0110).

4. Die beschwerdeführende Partei führt weiter aus, die belangte Behörde irre in der Annahme, dass der vorliegende Gesprächsleitfaden zu einer Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit der Dienstnehmer geführt hätte. Dazu sei festzuhalten, dass das echte Dienstverhältnis mit persönlicher Abhängigkeit ein unvollständiger Vertrag sei, der auf spätere Konkretisierung angewiesen sei. Eine solche sei im gegebenen Fall nicht festgestellt. Vielmehr sei der Gesprächsleitfaden bloß als Hilfestellung für die Dienstnehmer gedacht, mit dem der Aufbau des Gesprächs skizziert werde. Damit könnten die Dienstnehmer ohne weitere Anweisungen ihre Dienste völlig frei ausüben. Es sei sachlich notwendig, da die Mitarbeiter überhaupt wissen müssten, was sie zu einem bestimmten Projekt sagen sollten. Die Mitarbeiter seien keinesfalls verpflichtet, sich an diesen Gesprächsleitfaden zu halten. Sie könnten "sich selbst nach eigener Kommunikationsfähigkeit und Erfahrung variieren". Aus dem Gesprächsleitfaden die Rechtsmeinung abzuleiten, dass die Dienstnehmer keinen Spielraum hinsichtlich der Gestaltung ihres Arbeitsverhältnisses hätten, sei geradezu denkmöglich. Es widerspräche den Denkgesetzen und jeglicher Lebenserfahrung, dass Telefonisten bei Telefonkontakten ein vorgegebenes Telefonat herunterlesen könnten. Mehr als Eingangsfloskeln oder Abschlussfloskeln seien absolut nicht möglich, weil man ja, um erfolgreich zu sein, auf den Gesprächspartner eingehen und ein individuelles Gespräch führen müsse. Da dieses immer von den Reaktionen der Gegenseite abhängig sei, könnten auch im Gesprächsleitfaden der beschwerdeführenden Partei nie alle Varianten erfasst werden. Es werde kein Telefonat geben, das dem anderen gleiche. Dieser Leitfaden sei natürlich nur als Hilfestellung gedacht. Das zeige auch die nur kurze Einschulungszeit. Es sei daher nicht auf die Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit zu schließen.

5. Der beschwerdeführenden Partei ist zwar beizupflichten, dass der genaue Gesprächsverlauf eines Telefonats niemals im Vorhinein determinierbar ist. Bei der Beurteilung der Weisungsgebundenheit kommt es jedoch in erster Linie nicht auf fachliche Weisungen, sondern auf die Gebundenheit in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten an. Dies deshalb, weil Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden können, da sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser eigener fachlicher Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation entsprechend erweitert (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. März 2011, Zl. 2008/08/0153).

Nach den - insofern unbestrittenen - Feststellungen der belangten Behörde wurde von der beschwerdeführenden Partei die jeweilige Abfolge der Telefonate vorgegeben und es war dabei eine Eingabemaske am Computer zu verwenden, die anhand der auszufüllenden Schritte eine Grundstruktur des

Gesprächs vorgab. Angesichts dessen und angesichts des fixen Arbeitsorts wie auch der einzuhaltenden Arbeitszeit (siehe Pkt. 3.) ist daher von einer - aus dieser Bindung an von der beschwerdeführenden Partei vorgegebene Ordnungsvorschriften resultierenden - weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit der Erstmitbeteiligten durch ihre Beschäftigung auszugehen, ohne dass es dabei weiter darauf ankäme, in welcher Detailtreue die Erstmitbeteiligte beim Ablauf der Telefonate an Gesprächsleitfäden gebunden war.

Entscheidend ist nämlich nicht, ob der vorgegebene Text des Gesprächsleitfadens wörtlich zu sprechen war; diese Unterlage musste von den Beschäftigten aber zumindest als generelle Anweisung dahin verstanden werden, mit welchem Argument das Gespräch einzuleiten und wie es - je nach Reaktion der angerufenen Person - thematisch fortzusetzen war. Darin liegt aber - unabhängig davon, wie strikt die Bindung an den Text verstanden werden musste oder konnte - eine Anweisung, wie die Arbeit jeweils zu verrichten war.

6. Zur disziplinarischen Verantwortung führt die beschwerdeführende Partei aus, die belangte Behörde leite aus der schriftlichen Vereinbarung ab, dass eine vorzeitige Vertragsauflösung aus wichtigem Grund jederzeit möglich sei. Diese Rechtsansicht sei unzulässig und unrichtig. Vielmehr sei es das charakteristische Element jedes Dauerschuldverhältnisses, dass es aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist jederzeit gelöst werden könne. Ein wichtiger Grund liege immer dann vor, wenn die Aufrechterhaltung den Vertragsparteien nicht weiter zugemutet werden könne.

Es sei unzulässig, dass die belangte Behörde aus der demonstrativen Aufzählung, wann ein wichtiger Grund für eine Auflösung vorliege (nämlich unter anderem, wenn der Dienstnehmer unfähig werde, seine Tätigkeit auszuüben), eine jederzeitige arbeitsrechtliche Sanktionsmöglichkeit für Dienstverhinderungen ableite. Der Auflösungsgrund der Dienstunfähigkeit sei ein immanentes Tatbestandsmerkmal, das jedem Dienstvertrag, jedem freien Dienstverhältnis und sonstigem Dauerschuldverhältnis entspreche. Es sei zum Beispiel auch im Handelsvertretergesetz ausdrücklich normiert, dass die Auflösung des Handelsvertreterverhältnisses möglich sei, wenn der Handelsvertreter unfähig werde, seine Tätigkeit auszuüben. Wenn man daraus allein schon eine arbeitsrechtliche Sanktionsmöglichkeit ableiten würde, müssten auch sämtliche Handelsvertreterverhältnisse als sozialversicherungspflichtige, persönlich abhängige Dienstverhältnisse qualifiziert werden.

7. Die belangte Behörde ging davon aus, dass die Erstmitbeteiligte an die Einhaltung ihrer im Wochendienstplan eingetragenen Arbeitszeiten gebunden war, ferner, dass sie pro Stunde fünf Interessenten gewinnen habe müssen, widrigenfalls sie von Mag. P. darauf hingewiesen worden sei. Die verpflichtende Erreichung einer Mindestzahl an Interessenten wird von der beschwerdeführenden Partei in der Beschwerde auch nicht bestritten.

Angesichts dieser Vorgaben ist der belangten Behörde nicht entgegenzutreten, wenn sie zum Ergebnis kam, dass die Erstmitbeteiligte bei Nichterfüllung der Vorgaben mit Sanktionen hätte rechnen müssen. Anders als die beschwerdeführende Partei meint, hat die belangte Behörde damit die Sanktionierung nicht allein deshalb als gegeben angesehen, weil der Vertrag die Möglichkeit der Auflösung aus wichtigem Grund vorsah.

8. Hinsichtlich der Vertretungsbefugnis der Erstmitbeteiligten meint die beschwerdeführende Partei, die belangte Behörde ziehe fälschlich die Geheimhaltungsvereinbarung, die sich auf Grund des Vertrags im Punkt 3. ausdrücklich nicht auf den Fall der Substitution und der Vertretung beziehe, als Begründung dafür heran, dass kein generelles Vertretungsrecht bejaht werden könne. Die belangte Behörde ziehe diesen Schluss in Zusammenschau mit einer separaten Geheimhaltungsvereinbarung, die eine Vertragsstrafe vorsehe. Tatsächlich sei jedoch aus dieser separaten Vereinbarung nicht abzuleiten, dass damit die ausdrücklich vorgesehene Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht im Falle der Vertretung nicht gelten solle. Die Vereinbarung im Dienstvertrag sei die allgemeine Vereinbarung und die Sondervereinbarung betreffe nur den Zusatz, der eine Vertragsstrafe enthalte. Die Sondervereinbarung sehe keine Einschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis des Dienstvertrags und der dort enthaltenen Verschwiegenheitspflicht vor, die für den Fall der Vertretung eben nicht gelte. Warum dies auf Grund der Sondervereinbarung (betreffend die Vertragsstrafe) ableitbar sein solle, habe die belangte Behörde nicht nachvollziehbar begründet.

Dazu komme, dass aufgrund der kurzen Einschulungszeit, die alle Zeugen bestätigt hätten, auch theoretisch eine Vertretung von dritten Personen sehr gut durchführbar sei. Auf Grund der relativen Einfachheit der durchzuführenden Arbeiten (Fähigkeit Deutsch zu sprechen, Kommunikationsfähigkeit, Fähigkeit mit Computern umzugehen), sei eine Vertretung gerade auch durch betriebsfremde Personen leicht möglich. Warum dies nur durch betriebsangehörige Personen möglich sein solle, sei ebenfalls nicht ableitbar und eine falsche Rechtsansicht.

Schließlich sei zu der von der belangten Behörde ins Treffen geführten Aussage von A., dass ihrer Ansicht nach nicht mit einem außenstehenden Dritten als Vertreter ein neues Dienstverhältnis begonnen würde, festzuhalten, dass auch diese Aussage nicht gegen eine generelle Vertretungsbefugnis spreche. Die generelle Vertretungsbefugnis bedeute nur, dass man eben die persönliche Leistungspflicht durch einen Dritten ausführen lassen könne und dass der Dienstgeber dies annehmen müsse. Wie sich diese Vertretungsbeziehung dann rechtlich ausgestalte, sei nicht vorrangig relevant. Insbesondere habe A. als nicht juristisch gebildete Dienstnehmerin hier keine Differenzierung vornehmen können, aus der rechtlich relevante Aussagen ableitbar wären.

Vielmehr sei gerade aus der im zitierten Rundschreiben vom 13. August 2002 enthaltenen Möglichkeit, sich seiner persönlichen Leistungspflicht dadurch zu entbinden, dass man einen Vertreter schicke, die generelle Vertretungsbefugnis dokumentiert und zeige die Bereitschaft der beschwerdeführenden Partei, Vertretungen anzunehmen. Dass diese aus dem Pool von geeigneten Personen aus Sicht der beschwerdeführenden Partei vorrangig Kollegen sein sollten, schade nicht für die Annahme einer generellen Vertretungsbefugnis.

9. Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs, oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen. Hingegen ist es für die Annahme einer generellen Vertretungsbefugnis unmaßgeblich, dass der Beschäftigte nur geeignete Dritte als Vertreter stellig machen darf, weil es bei der Vertretungsberechtigung immer um eine solche in Bezug auf eine übernommene Arbeitspflicht und daher durch eine Person geht, die in der Lage ist, diese Arbeitspflicht gegenüber dem Empfänger der Arbeitsleistung zu erfüllen. Demgemäß muss selbst die (über eine bloße Rücksprache hinausgehende) Zustimmungsbefähigung der jeweiligen Entsendung eines Vertreters seitens des Empfängers der Arbeitsleistung nicht in jedem Fall ein zwingendes Indiz für die persönliche Arbeitspflicht des Beschäftigten sein. Umso weniger schadet es, wenn der Beschäftigte verpflichtet ist, den Vertreter rechtzeitig bekanntzugeben. Ohne Bedeutung ist ferner, ob der Vertreter durch den Beschäftigten selbst oder den Empfänger der Arbeitsleistungen entlohnt wird, weil dies nichts an der Vertretungsbefugnis selbst ändert (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2011, Zl. 2010/08/0025).

Im Beschwerdefall war der Erstmitbeteiligte ein Vertretungsrecht durch "geeignete Vertreter" vertraglich eingeräumt (Punkt 2.3 des im angefochtenen Bescheid zitierten schriftlichen Vertrags).

Ein (ausdrücklich) vereinbartes (generelles) Vertretungsrecht schließt die persönliche Abhängigkeit aber nur dann aus, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalls zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch steht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 2010, Zl. 2007/08/0145, mwN). Ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht steht nämlich im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (§§ 539 und 539a ASVG; vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. April 2004, Zl. 2000/08/0113). Eine Verpflichtung zur Geheimhaltung firmeninterner Informationen und Unterlagen schließt ein generelles Vertretungsrecht aus (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Juni 2008, Zl. 2007/08/0184, mwN).

Die belangte Behörde hat festgestellt, dass die Erstmitbeteiligte einer Geheimhaltungspflicht über firmeninterne Daten unterlegen sei. Diese sollte zwar für den Fall, dass sie sich vertreten ließe, laut dem "freien Dienstvertrag" nicht gelten. Gemäß einer Zusatzvereinbarung sei sie jedoch einer umfassenden und uneingeschränkten Geheimhaltungspflicht unterlegen, die gleichzeitig Sanktionen vorgesehen habe. Daraus sei zu schließen, dass die Erstmitbeteiligte einer umfassenden Geheimhaltungspflicht unterlegen sei. Die Erstmitbeteiligte sei auch davon ausgegangen, dass sie sich zwar durch Kolleginnen, nicht aber durch betriebsfremde Personen, vertreten lassen könne. Diese Beurteilung werde noch durch die Aussage der Zeugin A. unterstrichen, wonach diese dann, wenn sie krankheitsbedingt länger ausgefallen wäre, bei Mag. P. eine Vertretung namhaft machen hätte können, Mag. P. aber dann entschieden hätte, ob diese Vertretung aufgenommen werde oder nicht. Auch diese Aussage belege, dass die beschwerdeführende Partei ihren Telefonistinnen kein Recht, sich beliebig vertreten zu lassen, eingeräumt habe.

Ungeachtet der Frage, in welchem Verhältnis die zwischen der Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei geschlossene Geheimhaltungsvereinbarung zum schriftlichen Vertrag stand, kann schon aufgrund der weiteren von der belangten Behörde herangezogenen Beweismittel nach dem vom Verwaltungsgerichtshof heranzuziehenden Prüfungsmaßstab als schlüssig und nicht den Denkgesetzen widersprechend nachvollzogen werden, dass bei der von der Erstmitbeteiligten ausgeübten Tätigkeit eine betriebsfremde Person als Vertretung von der beschwerdeführenden Partei nicht ohne weiteres - nämlich insbesondere nicht ohne eine Entscheidung einer Personalverantwortlichen der beschwerdeführenden Partei (Mag. P.) - akzeptiert worden wäre. Die Feststellung, dass der Erstmitbeteiligten - entgegen der Regelung im schriftlichen Vertrag - faktisch kein beliebiges Vertretungsrecht zukam, ist daher nicht zu beanstanden.

10. Aus den festgestellten Beschäftigungsmerkmalen, wie der verpflichtenden Einhaltung der vereinbarten Arbeitszeit, dem Fehlen einer generellen Vertretungsbefugnis und der Bindung an Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten, ergibt sich somit insgesamt das Bild einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wurde von der beschwerdeführenden Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht bestritten. Der belangten Behörde ist daher nicht entgegenzutreten, wenn sie für die im Spruch genannten Zeiträume - deren Umfang ebenfalls nicht bestritten wurde - die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG festgestellt hat.

11. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 12. September 2012