

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.05.2011

Geschäftszahl

2010/08/0026

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer, Dr. Doblinger und MMag. Maislinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde des Vereins "L" in B, vertreten durch Dr. Alice Epler, Rechtsanwältin in 1070 Wien, Neubaugasse 3/10, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 21. Dezember 2009, Zl. BMASK-420103/0002-II/A/3/2009, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. F E in O, 2. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65-67, 4. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse in 4021 Linz, Gruberstraße 77), zu Recht erkannt:

Spruch

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

Der Bund hat dem beschwerdeführenden Verein Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 2. Oktober 2006 stellte die viertmitbeteiligte Gebietskrankenkasse (GKK) fest, dass der Erstmitbeteiligte aufgrund seiner Tätigkeit als (Orchester)Musiker für den beschwerdeführenden Verein in der Zeit vom 1. Juli bis 4. September 1999, vom 1. August bis 3. September 2000, vom 1. Juli 2001 bis 31. Juli 2001 und vom 1. Juli bis 31. August 2002 als Dienstnehmer der Vollversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG, sowie in der Zeit vom 1. August bis 2. September 2001 der Pflichtversicherung in der Teilversicherung (Unfallversicherung) unterlegen sei. Der Erstmitbeteiligte habe sich für bestimmte Zeit verpflichtet, als Musiker für den beschwerdeführenden Verein tätig zu sein; es liege ein Dauerschuldverhältnis vor. Der Erstmitbeteiligte sei an Arbeitsort und Arbeitszeit gebunden. Nach den vertraglichen Bestimmungen habe sich der Erstmitbeteiligte sanktionslos durch geeignete Personen vertreten lassen können. Eine generelle Vertretung sei aufgrund der umfangreichen Proben­tätigkeit mit der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen, es liege daher eine Scheinbestimmung vor. Der Erstmitbeteiligte sei persönlich arbeitspflichtig gewesen. Er sei unter der Leitung des Dirigenten gestanden; er sei somit weisungsgebunden gewesen.

Der beschwerdeführende Verein erhob gegen diesen Bescheid Einspruch. Nach den abgeschlossenen Verträgen lägen keine Dienstverhältnisse vor, da bei den Auftragnehmern ein Unternehmerrisiko und ein uneingeschränktes Vertretungsrecht bestehe. Die vertraglichen Vereinbarungen seien auch tatsächlich gelebt worden; es gebe keine Hinweise darauf, dass es sich um Scheinvereinbarungen handle. Es bestehe auch keine organisatorische Einbindung der Künstler.

Der Landeshauptmann von Oberösterreich gab dem Einspruch mit Bescheid vom 17. Juli 2008 keine Folge. Begründend führte der Landeshauptmann im Wesentlichen aus, der beschwerdeführende Verein beschäftige jedes Jahr in den Sommermonaten für die im Rahmen der Sommerfestspiele in B aufgeführten Operetten bzw. Konzerte unter anderem neben Sängern und Choristen eine Reihe von Musikern. Die Versicherungspflicht dieser Personen sei bereits seit mehreren Jahren strittig. Die Tätigkeit aller Künstler sei inhaltlich jeweils die gleiche gewesen. Es sei daher davon auszugehen, dass die Musiker unabhängig von den Vertragstexten sozialversicherungsrechtlich gleich einzustufen seien. Der Arbeitsort sei vorgegeben gewesen. Sowohl die Solisten als auch die Musiker und Choristen seien sowohl in örtlicher als auch zeitlicher Hinsicht den Weisungen

von Dirigenten und Regisseur unterlegen. Weisungen hätten auch das arbeitsbezogene Verhalten selbst betroffen und eine Bindung der Beschäftigten in persönlicher Hinsicht bewirkt. Als spielzeitverpflichtete Künstler seien die Musiker auch organisatorisch in den Betrieb eingebunden gewesen. Die Vereinbarung mit den Künstlern sei grundsätzlich auf eine persönliche Leistungserbringung ausgerichtet. Die erfolgreiche Aufführung der jeweiligen Operette erfordere zweifellos das Zusammenwirken aller Beteiligten und sei das Ergebnis einer umfangreichen Vorbereitung, bei der eine große Zahl an Personen perfekt aufeinander abgestimmt werden müsse. Die Künstler arbeiteten gemeinsam an der Einstudierung der Stücke, dazu seien umfangreiche Proben erforderlich, bei denen jede einzelne Szene einstudiert und eingeübt werde. Eine jederzeit unbeschränkte Vertretung durch Außenstehende, die an den gemeinsamen Proben nicht teilgenommen hätten, sei völlig unrealistisch; Vertretungen könnten nur eine Ausnahme sein. Die überwiegende Mehrheit der Befragten habe sich auch tatsächlich noch nie vertreten lassen. Im Nachverrechnungszeitraum (1999 bis 2002) sei eine generelle Vertretungsbefugnis noch gar kein Thema gewesen. Es habe im gesamten Zeitraum keine Zweitbesetzungen gegeben. Ausfälle habe es nur ausnahmsweise und nur aus wichtigen Gründen gegeben; in diesen Fällen seien häufig Kollegen "eingesprungen". Zu Vertretungen durch außenstehende Dritte sei es nur in Einzelfällen und nur aus besonderen Gründen, wie Krankheit, Unfälle, persönliche Anlässe oder andere Engagements gekommen, wobei diese anderen Engagements meist bei Vertragsabschluss bereits bekannt gegeben worden seien. Eine jederzeitige Vertretungsbefugnis sei aber mit einem geregelten Theaterbetrieb unvereinbar. Die Künstler seien auch im Einzelnen vom beschwerdeführenden Verein ausgewählt worden (schriftliche Bewerbungen, persönlichen Vorsingen oder Vorspielen). Auf ein Unternehmerrisiko käme es hier nicht an, es liege aber auch kein Unternehmerrisiko vor.

Der beschwerdeführende Verein erhob gegen diesen Bescheid Berufung. Insbesondere bestritt er darin die Ausführungen des Landeshauptmannes zur Frage der Vertretungsberechtigung, verwies hiezu ausführlich auf die Niederschriften über die Vernehmung der Künstler und beantragte die "Einvernahme von zumindest weiteren 20 beim Berufungswerber im Prüfungszeitraum beschäftigten Orchestermusikern" (die Namen der Künstler wurden in einer Beilage angeführt; es wurde angeboten, die Anschriften auf Anfrage bekannt zu geben). Es entspreche der Theater- und Operettenrealität, dass es dem Operettenpublikum nicht um den einzelnen Orchestermusiker gehe, sondern um die Gesamtstärke des Klangkörpers. Berufsmusiker - wie sie vom beschwerdeführenden Verein engagiert würden - seien regelmäßig in der Lage, vom Blatt zu spielen und auf ihren Notenblättern die vom Dirigenten erteilten Weisungen betreffend Dynamik, Artikulation und Agogik schriftlich anzumerken; diese Anmerkungen könnten von jedem professionellen Musiker genauso vom Blatt gespielt werden wie die Noten selbst. Bei den vom beschwerdeführenden Verein aufgeführten Operettenstücken handle es sich regelmäßig um derart gängige Stücke, dass es eine Vielzahl von professionellen Musikern gebe, die geeignete Vertretungen für die vom beschwerdeführenden Verein engagierten Orchestermusiker seien. Es entspreche den Erfahrungswerten, dass die Musiker bei hochkarätigen Aufführungen auch bei Bestehen eines generellen Vertretungsrechtes von diesem umfänglich nicht derart regelmäßig Gebrauch machen, dass der beschwerdeführende Verein realistisch damit rechnen müsse, dass sich ein Großteil des Orchesters vertreten lasse. Es würde aus wirtschaftlicher Sicht für einen Künstler auch keinen Sinn machen, ein Engagement anzunehmen und sich dann ständig ohne Grund vertreten zu lassen, sodass letztlich das Honorar an die jeweiligen Vertretungen abgetreten werden müsse. Mit Künstlern, die eine tragende Rolle gespielt hätten und deren Teilnahme bei den Proben und Aufführungen daher unverzichtbar gewesen sei, seien hingegen Dienstverträge (ohne Vertretungsrecht) abgeschlossen worden. Zum Beweis dieses Vorbringens beantragte der beschwerdeführende Verein die Vernehmung von (sachverständigen) Zeugen sowie die Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen aus dem Theaterfach.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung ab.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, laut dem schriftlichen Vertrag sei folgende Tätigkeit vereinbart worden: Musiker im Rahmen der Kurkonzerte (bzw. Operettenvorstellungen), Proben laut Probenplan, der Auftragnehmer habe "studiert" zum ersten Probentermin zu erscheinen, Aufführungstermine laut Spielplan, Anwesenheit im Orchester:

10 Minuten vor Spielbeginn. Der Erstmitbeteiligte sei weiters zur Vorbereitung und Mitwirkung an allfälligen Fernseh-, Hörfunk- oder Videoaufzeichnungen verpflichtet gewesen. Der Erstmitbeteiligte habe sich damit zu gattungsmäßig umschriebenen Leistungen im Rahmen eines als Spielsaison abgesteckten Zeitraumes verpflichtet. Er habe nicht die Darbietung eines von ihm zusammengestellten und gestalteten Programms vereinbart, sondern die Mitwirkung an den von den Operettenfestspielen B für die Spielsaison geplanten Aktivitäten. Es sei aus dem Vertrag nicht ersichtlich, worin das vom Erstmitbeteiligten zu erbringende "Werk" bzw. der erfolgreiche Abschluss seiner Leistung bestehen solle. Es liege ein befristetes Dauerschuldverhältnis, kein Zielschuldverhältnis vor.

Hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort setze der Künstlervertrag einen Probenbeginn fest und bezeichne den Probenplan als integrierenden Bestandteil des Vertrages; hinsichtlich der Aufführungstermine verweise der Vertrag auf den Spielplan. Darüber hinaus normiere der Vertrag eine Verpflichtung des Erstmitbeteiligten zur Vorbereitung und Mitwirkung an allfälligen Fernseh-, Hörfunk- oder Videoaufzeichnungen. Die Vertragsbestimmungen zeigten, dass der Erstmitbeteiligte seine Arbeitszeit nach den einseitig vom beschwerdeführenden Verein festgesetzten Zeitplänen zur Verfügung zu stellen gehabt habe. Der Erstmitbeteiligte habe sich darüber hinaus an Vorgaben über kurzfristige Terminverschiebungen und an Vorgaben des Dirigenten über die Pausenregelung zu halten gehabt. Auch die im Vertrag normierte

Verpflichtung zur Mitwirkung an Werbeaktivitäten des beschwerdeführenden Vereins zeige, dass der Erstmitbeteiligte seine Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen der Operettenfestspiele zur Verfügung zu stellen gehabt habe. Es hätten nicht laufend sachlich notwendige Absprachen über Proben- und Aufnahmetermine stattgefunden; vielmehr sei der Erstmitbeteiligte ab Unterzeichnung des Vertrages verpflichtet gewesen, sich an die vom beschwerdeführenden Verein einseitig festgesetzten Probenpläne oder Probentermine zu halten. Der Erstmitbeteiligte sei damit in den Betrieb des Veranstalters zeitlich und örtlich eingebunden gewesen. Der Erstmitbeteiligte sei auch an eine weitgehende Anwesenheitsverpflichtung gebunden gewesen.

Der schriftliche Vertrag sehe ein Vertretungsrecht vor, wonach der Auftragnehmer berechtigt sei, sich in der Durchführung des Werkes durch geeignete Personen sanktionslos vertreten zu lassen. Auch enthalte der Vertrag die Bestimmung, der Auftragnehmer sei bei Verhinderung durch Krankheit verpflichtet, den Auftraggeber bis spätestens 18 Uhr am Tag vor der Probe oder dem Konzert zu verständigen und ein Ersatzmitglied zu entsenden. Bei Verletzung dieser Meldepflicht habe der Auftragnehmer dem Auftraggeber Schadenersatz in Höhe des vereinbarten Honorars zu leisten. Zum Honorar sei vereinbart, dass der Entgeltanspruch nur bei tatsächlicher persönlicher Mitwirkung oder Mitwirkung eines Vertreters bestehe. Wirke der Auftragnehmer aus welchen Gründen auch immer (z.B. Krankheit), die nicht im Bereich des Auftraggebers lägen, nicht an einer Probe oder einer Vorstellung mit und stelle er auch keinen Vertreter, stehe insoweit kein Honorar zu.

Der Erstmitbeteiligte habe angegeben, er habe sich bisher nie vertreten lassen; lediglich im Jahr 2006 habe er an zwei Proben wegen einer Terminkollision nicht teilnehmen können und habe die Verhinderung zwei bis drei Wochen vorher dem Orchestersprecher bekannt gegeben. Es seien auch weitere Choristen und Orchestermusiker vernommen worden. Die Aussagen der vernommenen Künstler würden zeigen, dass es abgesehen von Krankheit und Unfällen tatsächlich nur in Einzelfällen - vor allem bei Überschneidungen mit anderen wichtigen beruflichen Terminen - zur Vertretung durch außenstehende Personen gekommen sei, wobei solche Vertretungen stets im Vorhinein mit dem Orchestersprecher abgesprochen worden seien, der über die Qualifikation der Vertretung entschieden habe. Ein Orchestermusiker habe auch angegeben, er habe sich vier Wochen lang wegen Urlaubs vertreten lassen und habe den Namen seiner Vertretung dem beschwerdeführenden Verein lediglich bekannt gegeben; dieser habe darauf vertraut, dass der Vertreter entsprechend qualifiziert sei. Diese Aussagen würden dafür sprechen, dass sich der überwiegende Teil der Musiker nur ausnahmsweise in Einzelfällen habe vertreten lassen.

Es seien auch die objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation zu berücksichtigen. Der beschwerdeführende Verein bringe selbst vor, er habe trotz vereinbartem Vertretungsrecht nicht damit rechnen müssen, dass sich laufend die Mehrheit des Orchesters vertreten lasse, da nach den Erfahrungswerten vom generellen Vertretungsrecht nicht häufig Gebrauch gemacht werde. Damit zeige der beschwerdeführende Verein auf, dass seine Unternehmensorganisation nur ein auf den Ausnahmefall bezogenes Vertretungsrecht erlaube. Der Fall, dass sich tatsächlich die Mehrheit des Orchesters beliebig oft durch außenstehende Personen vertreten lassen würde, wäre mit einer erfolgreichen Unternehmensführung nicht vereinbar. Auch der Umstand, dass unbestritten für jede Operettenproduktion mehrere Tage und täglich mehrere Stunden geprobt worden sei, zeige, dass es die betrieblichen Anforderungen der Festspiele notwendig machten, dass zumindest der überwiegende Teil des Orchesters durch die unmittelbar vorangegangenen Proben auf die konkrete Vorstellung vorbereitet gewesen sei und allenfalls einzelne außenstehende Vertreter "vom Blatt" mitspielen würden. Es sei daraus insgesamt zu schließen, dass jene Personen, die im Orchester eine leitende Funktion inne gehabt hätten (Orchestersprecher und Dirigent) gegenüber dem beschwerdeführenden Verein für die Funktionsfähigkeit des Orchesters zu sorgen gehabt hätten und so gegenüber den Musikern als verlängerter Arm gedient hätten. Es sei davon auszugehen, dass Vertretungen nur solange toleriert worden wären, als genügend unvertretene Orchesterteilnehmer persönlich anwesend gewesen seien.

Wenn der beschwerdeführende Verein einwende, es hätten auch betriebsfremde Personen ohne Zustimmung des Veranstalters tätig werden können, seien dem die Aussagen der vernommenen Personen entgegen zu halten, wonach Vertretungen grundsätzlich im Vorhinein mit dem Orchestersprecher abzusprechen gewesen seien. Die im Künstlervertrag festgehaltene Schadenersatzregelung enthalte nur Bestimmungen für den Fall der Erkrankung; andere Fälle einer beabsichtigten Vertretung seien darin nicht eigens geregelt.

Es sei davon auszugehen, dass der beschwerdeführende Verein bei Vertragsschluss damit gerechnet habe, dass die Orchestermusiker nur ausnahmsweise von ihrem Recht, einen geeigneten Vertreter ihrer Wahl zu senden, Gebrauch machen würden. Es sei weiters davon auszugehen, dass der beschwerdeführende Verein ab dem Moment, in dem zu viele Orchestermmitglieder von dem ihnen vertraglich eingeräumten Recht zur Stelligmachung eines Vertreters Gebrauch gemacht hätten, einen "Vertretungs-Stopp" angeordnet hätte, um die erfolgreiche Betriebsführung sicherzustellen. Diese Organisationsstruktur entspreche nicht einer generellen Vertretungsbefugnis. Diese Beurteilung werde auch durch das Vorbringen des beschwerdeführenden Vereins unterstrichen, es würde aus wirtschaftlicher Sicht wenig Sinn machen, ein Engagement zu übernehmen und sich dann ständig ohne Grund vertreten zu lassen. Die Musiker hätten demnach praktisch keine unternehmerischen Dispositionsbefugnisse inne gehabt, was ein beliebiges Vertretungsrecht für sie unattraktiv und für die Beschäftigung bedeutungslos machen würde. Der Erstmitbeteiligte sei demnach zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet; die schriftliche Vereinbarung eines beliebigen Vertretungsrechtes sei unbeachtlich.

Der Erstmitbeteiligte habe für die Tätigkeit laut Künstlervertrag für die gesamte Tätigkeit ein Pauschalhonorar erhalten. Der Vertrag sehe weiters vor, dass der Entgeltanspruch nur bei tatsächlicher Mitwirkung gebühre. Wirke der Auftragnehmer krankheitsbedingt oder aus sonstigen Gründen, die nicht im Bereich des Auftraggebers liegen, nicht an einer Probe oder einem Konzert mit, stehe insoweit kein Honorar zu. Daraus sei abzuleiten, dass der Erstmitbeteiligte zwar ein Unternehmerwagnis zu tragen gehabt habe, entsprechende unternehmerische Dispositionsmöglichkeiten könnten aus dem Vertrag aber nicht abgeleitet werden.

Der Erstmitbeteiligte habe sich mit seinem Arbeitsverhalten den betrieblichen Anforderungen der Operettenfestspiele unterzuordnen gehabt; er habe den einseitig vom beschwerdeführenden Verein festgelegten Proben- und Spielplan ebenso wie die einseitig vom Dirigenten festgelegten Pausenregelungen und die vom beschwerdeführenden Verein festgelegten Bekleidungs Vorschriften einzuhalten gehabt. Der Erstmitbeteiligte sei somit weisungsgebunden gewesen. Der Erstmitbeteiligte sei auch stets unter Anwesenheit eines Dirigenten, also eines Mitarbeiters des beschwerdeführenden Vereins mit Leitungsfunktion tätig gewesen; damit habe dieser auch jederzeit die Möglichkeit gehabt, den Erstmitbeteiligten zu kontrollieren und im Falle eines nicht entsprechenden Arbeitsverhaltens zurechtzuweisen oder Sanktionen zu verhängen. Dem Erstmitbeteiligten sei kein Raum für eine eigenmächtige Gestaltung seines Arbeitsverhaltens und des Arbeitsablaufes geblieben. Der Erstmitbeteiligte sei demnach im Rahmen seiner Beschäftigung weisungsgebunden und kontrollunterworfen gewesen.

Es würden demnach die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen.

Die vernommenen Personen hätten auch auf Zeiträume Bezug genommen, für die ein Vertretungsrecht vereinbart gewesen sei. Die wesentlichen Beschäftigungsmerkmale hätten sich einerseits aus dem vorgelegten Vertrag und andererseits aus den klar hervorgekommenen objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation des beschwerdeführenden Vereins ergeben. Es habe daher keine Notwendigkeit für weitere Einvernahmen bestanden; auch die Aufnahme eines Sachverständigengutachtens habe sich demnach erübrigt.

Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet und beantragt, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Die viertmitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet und beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Die drittmittelbeteiligte Versicherungsanstalt hat mitgeteilt, auf die Erstattung einer Gegenschrift zu verzichten. Die übrigen mitbeteiligten Parteien haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der beschwerdeführende Verein wendet ein, es habe ein generelles Vertretungsrecht bestanden, es mangle daher an der persönlichen Arbeitspflicht. Die Ansicht der belangten Behörde, es sei mit den Anforderungen an ein generelles Vertretungsrecht unvereinbar, wenn dieses nicht eine ständige Vertretung aller (oder zumindest einer Mehrheit der) beim Beschwerdeführer beschäftigten Künstler ermögliche, würde die Anforderungen an ein generelles Vertretungsrecht weit überspannen. In diesem Zusammenhang rügt der beschwerdeführende Verein auch Feststellungsmängel. Als Verfahrensmangel macht die Beschwerde geltend, die belangte Behörde sei den Anträgen in der Berufung, zum Beweis des umfassenden Vertretungsrechts zumindest 20 weitere beim beschwerdeführenden Verein im Prüfungszeitraum beschäftigte Orchestermusiker einzuvernehmen sowie zur Vereinbarkeit eines umfassenden Vertretungsrechts mit einem geregelten Operettenbetrieb sachkundige Zeugen zu vernehmen und ein Gutachten eines Sachverständigen aus dem Theaterfach einzuholen, nicht nachgekommen. Hiezu wird auch kritisiert, Feststellungen zum Vertretungsrecht (und zu den Gründen für eine Vertretung) seien aktenwidrig und wiesen Begründungsmängel auf. Schließlich wird auch das Unterlassen einer Berufungsverhandlung gerügt.

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. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist.

Ob bei einer 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 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 (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12.325/A).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der zitierten Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind 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. 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. 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 maßgebender Bedeutung sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 2010, Zl. 2007/08/0145).

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. Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. April 1991, Zl. 90/08/0117; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0200).

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 (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0134). Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder einesurlaubes, 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. Jänner 1994, Zl. 92/08/0226, VwSlg. 13.987/A).

Im hier zu beurteilenden "Künstlervertrag" ist ein generelles (nach dem Wortlaut nicht auf bestimmte Gründe oder bestimmte Tätigkeiten eingeschränktes) Vertretungsrecht vorgesehen. Anders als in dem mit hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, Zl. 92/08/0226, entschiedenen Fall wurde hier eine Vertretungsbefugnis nicht nur betreffend die Aufführungen, sondern umfassend (also auch hinsichtlich der Proben) vereinbart; anders als in jenem Fall bestanden auch keine Zweitbesetzungen, welche - als wechselseitige Vertretung - keine generelle Vertretungsbefugnis begründen würden.

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 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).

Ein Widerspruch (des Vertretungsrechts) zu anderen vertraglichen Vereinbarungen wurde von der belangten Behörde nicht angenommen, wenn auch nicht recht verständlich ist, warum zwar nach Punkt 4.1 der Künstlerverträge ein (generelles) Vertretungsrecht vereinbart ist, gemäß Punkt 6 (Schadenersatz) der Auftragnehmer aber lediglich im Fall der Krankheit, nicht aber in anderen Vertretungsfällen dazu verpflichtet ist, den Auftraggeber bis spätestens 18 Uhr am Tag vor der Probe oder der Vorstellung zu verständigen.

Die belangte Behörde geht aber davon aus, dass sich der überwiegende Teil der Musiker nur ausnahmsweise in Einzelfällen habe vertreten lassen. Es seien auch die objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation zu berücksichtigen. Der beschwerdeführende Verein habe bei Vertragsschluss damit gerechnet, dass die Orchestermusiker nur ausnahmsweise von ihrem Recht, einen geeigneten Vertreter ihrer Wahl zu senden, Gebrauch machen würden. Es sei auch davon auszugehen, dass der beschwerdeführende Verein ab dem Moment, in dem zu viele Orchestermitglieder von dem ihnen vertraglich eingeräumten Recht zur Stelligmachung eines Vertreters Gebrauch gemacht hätten, einen "Vertretungs-Stopp" angeordnet hätte, um die erfolgreiche Betriebsführung sicherzustellen; diese Organisationsstruktur entspreche nicht einer generellen Vertretungsbefugnis. Der beschwerdeführende Verein habe selbst vorgebracht, er habe trotz vereinbartem Vertretungsrecht nicht damit rechnen müssen, dass sich laufend die Mehrheit des Orchesters vertreten lasse, da nach den Erfahrungswerten vom generellen Vertretungsrecht nicht häufig Gebrauch gemacht werde. Auch der Umstand, dass für jede Operettenproduktion mehrere Tage und täglich mehrere Stunden geprobt worden sei, zeige, dass es die betrieblichen Anforderungen der Festspiele notwendig machten, dass zumindest der überwiegende Teil des Orchesters durch die unmittelbar vorangegangenen Proben auf die konkrete Vorstellung vorbereitet gewesen sei.

Die Feststellungen der belangten Behörde reichen aber für eine abschließende rechtliche Beurteilung nicht aus:

Den - in den Verwaltungsakten befindlichen und inhaltlich nicht bestrittenen - Niederschriften der Orchestermusiker (E, F, I, K, Z, R, B, S) ist zur tatsächlichen Ausübung des Vertretungsrechtes folgendes zu entnehmen:

E (der Erstmitbeteiligte) gab an, er habe noch nie eine Probe oder Aufführung versäumt. Heuer (2006) sei aber der Probenbeginn mit einer Musikschulveranstaltung zusammengefallen, weshalb er an zwei Proben nicht teilnehmen habe können; er habe diese Verhinderung dem Orchestersprecher bekannt gegeben. F gab an, sie habe sich drei- oder viermal vertreten lassen, sie habe dem Dirigenten den Namen des Vertreters bekannt gegeben. Der praktische Ablauf habe sich im Jahr 1999 gegenüber 1998 dadurch geändert, dass sie künstlerisch mehr Freiheiten habe; wenn beispielsweise die Salzburger Festspiele anriefen, könne sie sich aussuchen, entweder in Salzburg oder in B zu spielen; sie frage dann eine gleichwertige Vertretungsperson, ob diese ihren Posten übernehmen könne; in der Folge verständige sie den Orchestersprecher. I gab an, er habe sich voriges Jahr (1999) für ca. vier Wochen aus "privaten Gründen" vertreten lassen; weiters habe er sich tageweise wegen Urlaubs vertreten lassen. K gab an, sie sei einmal wegen einer Hochzeit im Verwandtenkreis ausgefallen; sie habe eine Vertreterin geschickt, die in den Jahren zuvor bereits gespielt habe. Dies sei auch mit dem Orchestersprecher und dem Intendanten abgesprochen gewesen. Vertretungen durch außenstehende Dritte seien die absolute Ausnahme gewesen. Z gab an, ihr sei seit 2004 eine Substitutenregelung eingeräumt worden, welche sie heuer (2006) zum ersten Mal genutzt habe, sie habe wegen eines Familienfestes bzw. eines anderen Engagements eine Vertreterin geschickt. Die Frage, ob jemand für eine Vertretung gleich qualifiziert sei, habe der Orchestermanager entschieden. R gab an, wenn er erkrankte, müsse er für eine Vertretung sorgen. Heuer (2006) habe er sich zwölf Tage lang vertreten lassen, weil er bei den Salzburger Festspielen gespielt habe, was er schon vor Abschluss des diesjährigen Engagements mit dem Orchestermanager vereinbart habe; die Vertretungskraft habe von ihm bezahlt werden müssen. B gab an, er habe sich noch nie vertreten lassen. Warum jetzt eine Vertretungsberechtigung im Vertrag stehe, könne er nicht angeben; er gehe aber davon aus, dass es für die Musiker eine Verbesserung sei, weil sie die Möglichkeit hätten, sich vertreten zu lassen. Etwa im Jahr 1999 habe er ein paar Tage früher abreisen müssen, weil er ein Arrangement in Spanien gehabt habe; das Entgelt für diese Tage sei abgezogen worden. S gab an, ab dem Jahr 2004 (in den Jahren 2000 bis 2003 habe er nicht gespielt) sei aus dem Vertrag ersichtlich gewesen, unter welchen Voraussetzungen eine Vertretung möglich sei; er sei auf die Vertragsänderung hingewiesen worden. Er habe am 20. August 2004 einen Unfall erlitten; seine Musikkollegen hätten sich um einen gleichwertigen Ersatz gekümmert; er habe die Ersatzperson bezahlt. In der Spielsaison 2006 habe er sich im Juli bei den Proben vertreten lassen; auch lasse er sich am letzten Vorstellungstag vertreten, da er für diesen Tag ein anderes Engagement angenommen habe; er teile hierfür mit dem Vertreter das Entgelt.

Daraus kann entgegen der Beurteilung der belangten Behörde nicht abgeleitet werden, dass Orchestermusiker sich nur wegen Krankheit und Unfällen vertreten haben lassen.

Eine Vertretung wegen anderweitiger Engagements ist als Vertretung "aus Gutdünken" zu beurteilen: Der Künstler wird - worauf der beschwerdeführende Verein zutreffend verweist - ein wirtschaftliches Interesse daran haben, für die von ihm zugesagte Tätigkeit beim beschwerdeführenden Verein einen Vertreter zu suchen, wenn er zu diesem Termin lukrativere (oder prestigeträchtigere) Auftritte absolvieren kann. Zum Teil wurden von den Künstlern überhaupt keine Gründe (etwa Musiker S betreffend Proben) oder lediglich "private Gründe" (Musiker I) für den Vertretungsfall genannt. Insoweit handelt es sich ebenfalls um eine Vertretung "aus Gutdünken"; der Künstlervertrag schränkte das Vertretungsrecht nicht auf das Vorliegen bestimmter Gründe ein.

Wenn das generelle Vertretungsrecht demnach von einzelnen Orchestermusikern tatsächlich ausgeübt wurde, ergibt sich daraus, dass insoweit die Betriebsorganisation des Operettenfestivals einem derartigen Vertretungsrecht nicht entgegenstand.

Wenn Vertretungen allenfalls im Vorhinein abzusprechen gewesen wären, so stünde dies aber der Annahme eines generellen Vertretungsrechts nur dann entgegen, wenn erst durch diese Absprache eine Dispens von der persönlichen Arbeitspflicht im Einzelnen erteilt worden wäre. Anders wäre es hingegen, wenn die Absprache bloß administrativen Zwecken diene. Ob das eine oder das andere der Fall ist, hat die belangte Behörde aber nicht festgestellt.

Dass der beschwerdeführende Verein ab dem Moment, in dem zu viele Orchestermitglieder von dem ihnen vertraglich eingeräumten Recht zur Stelligmachung eines Vertreters Gebrauch gemacht hätten, einen "Vertretungs-Stopp" angeordnet hätte, ist - worauf die Beschwerde zutreffend verweist - eine durch keine Beweisergebnisse im Verfahren gedeckte bloße Vermutung der belangten Behörde, wobei auch nicht ersichtlich ist, auf welcher Rechtsgrundlage ein derartiger "Vertretungs-Stopp" angeordnet hätte werden können. Dass der beschwerdeführende Verein die Vertretung durch einen geeigneten Vertreter hätte ablehnen können, ergibt sich auch aus den Sachverhaltsannahmen der belangten Behörde nicht.

Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Von der vom beschwerdeführenden Verein beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG abgesehen werden.

Wien, am 25. Mai 2011