

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/7/2 2005/08/0023

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.07.2008

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

AlVG 1977 §1 Abs1 lit a;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §4 Abs4;  
AVG §45 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Moritz, Dr. Lehofer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der P GmbH in Wien, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG in 1014 Wien, Tuchlauben 17, gegen den Bescheid des Bundesministers für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 28. Dezember 2004, Zl. BMSG-228194/0003-II/A/3/2004, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. H in Wien, vertreten durch Freimüller/Noll/Obereder/Pilz & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1080 Wien, Alser Straße 21; 2. Wiener Gebietskrankenkasse, 1103 Wien, Wienerbergstraße 15-19; 3. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1; 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert-Stifterstraße 65-67), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund (Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 und der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Erstmitbeteiligte war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum bei der beschwerdeführenden Partei im "IT Support" tätig und als freier Dienstnehmer zur Sozialversicherung gemeldet.

Mit Bescheid vom 4. Februar 2004 stellte die zweitmitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen für die beschwerdeführende Partei in der Zeit vom 1. Mai bis 31. Dezember 2001 in einem die Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis nach § 4 Abs. 4 ASVG und nicht in einem solchen nach § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG gestanden sei. Der Erstmitbeteiligte habe sich in diesem Zeitraum die Arbeitszeit frei einteilen können, eine Bindung an einen Arbeitsort sei nicht vereinbart gewesen und es habe auch keine Weisungsgebundenheit vorgelegen.

Der Landeshauptmann von Wien gab mit Bescheid vom 27. August 2004 dem Einspruch des Erstmitbeteiligten Folge und stellte in Abänderung des erstinstanzlichen Bescheides fest, dass der Erstmitbeteiligte im genannten Zeitraum der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei. Begründend führte der Landeshauptmann aus, dass im Beschwerdefall die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwogen hätten, da der Erstmitbeteiligte in den Betriebsräumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei und nicht bei sich zu Hause tätig geworden sei und er sich an mit den Kollegen abgesprochene Dienstpläne habe halten müssen. Die Arbeitszeit sei durch die Verwendung einer Stechkarte zu dokumentieren gewesen bzw. hätten Aufzeichnungen über Arbeitsstunden, die außerhalb des Unternehmensgebäudes der beschwerdeführenden Partei erbracht worden seien, von einem Vorgesetzten gegengezeichnet werden müssen. Darüber hinaus habe der Erstmitbeteiligte Anweisungen bezüglich des Arbeitsablaufes erhalten. Er habe weiters auf Verlangen Einblick in den Fortgang der Arbeit zu geben gehabt. Der Erstmitbeteiligte habe mit unternehmenseigener Hard- und Software gearbeitet und dies in den meisten Fällen auf Grund der Datensicherheitsvorschriften, die im Konzern der beschwerdeführenden Partei gelten, auch tun müssen. Es habe kein generelles Vertretungsrecht bestanden, da sich der Erstmitbeteiligte nicht nach Belieben bei seiner Tätigkeit habe vertreten lassen können. Die Vertretungsmöglichkeit habe lediglich durch jene Personen bestanden, die auch in den Dienstplänen aufgeschienen seien. Dieses Vertretungsrecht unter Kollegen im Falle von Urlaub oder Krankheit sei jedoch kein generelles Vertretungsrecht. Darüber hinaus habe die beschwerdeführende Partei strikte Maßnahmen getroffen, um zu verhindern, dass unbefugte Personen die Firmenräumlichkeiten betreten könnten, was auch ein beliebiges Vertretungsrecht nicht annehmen lasse. Dass die Vereinbarung betreffend die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten als Werkvertrag bezeichnet worden sei, sei für die Beurteilung der Versicherungspflicht nach dem ASVG nicht maßgeblich. Da bei der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwogen hätten, habe ein die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis bejaht werden müssen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der von der beschwerdeführenden Partei erhobenen Berufung keine Folge. Nach Darlegung des Verfahrensganges und der für den Beschwerdefall maßgebenden Rechtsvorschriften führte die belangte Behörde aus, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund eines befristeten Vertrages vom 1. Mai bis zum 30. Juni 2001 für die beschwerdeführende Partei tätig gewesen sei. Dieser Vertrag sei am 29. Juni 2001 für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2001 verlängert worden. Als Stundensatz seien S 180,- ("exklusive Mehrwertsteuer") vereinbart gewesen. Als Inhalt und Zweck der Tätigkeit sei "IT Support Hardware und Software" für die Mitarbeiter der beschwerdeführenden Partei vereinbart worden. Der Erstmitbeteiligte sei dabei im "IT Support Center Bereich für Installation, Wartung und EDV-Betreuung" zuständig gewesen. Die Tätigkeit habe sich so dargestellt, dass Beschäftigte der beschwerdeführenden Partei Anfragen bezüglich Computerproblemen im Wege von E-Mails an eine zentrale Mailbox gesendet hätten. Es seien dann von den jeweiligen EDV-Betreuern in der Mailbox gesammelte Probleme ausgewählt (aufgeteilt), bearbeitet und die Lösung dem anfragenden Mitarbeiter übermittelt worden. Zusätzlich habe der Erstmitbeteiligte gelegentlich auch PCs und Monitore übernommen und Standardprogramme für die User installiert. Der Erstmitbeteiligte sei grundsätzlich für die Mitarbeiter einer näher genannten Tochtergesellschaft der beschwerdeführenden Partei zuständig gewesen. Davon abweichend habe der Erstmitbeteiligte drei Wochen als Vertretung in einer anderen Organisationseinheit der beschwerdeführenden Partei in der G-Gasse gearbeitet. Der Erstmitbeteiligte sei hauptsächlich in der C-Straße 6 tätig gewesen, wo er an einem Computer, der im Eigentum der beschwerdeführenden Partei gestanden sei, gearbeitet habe. Er habe grundsätzlich mit Software der beschwerdeführenden Partei gearbeitet, Teile der Software seien aber vom Erstmitbeteiligten bereitgestellt worden. Die sonstigen Betriebsmittel wie Disketten, Telefon, Fax, Kopierer seien ebenfalls von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden. Die EDV-Betreuung sei durch drei Personen (inklusive des Erstmitbeteiligten) erfolgt, die sich hinsichtlich der Anwesenheitszeit abgesprochen und den Dienstplan erstellt hätten,

welcher der beschwerdeführenden Partei zur Kenntnis gebracht worden sei. Die Zeiterfassung sei mittels Stechkarte, in welcher die Anwesenheitszeiten dokumentiert worden seien, erfolgt. Der Erstmitbeteiligte sei im Rahmen einer Gleitzeitregelung an die Dienstzeiten der Beschwerdeführerin (normalerweise zwischen 8.00 und 18.00 Uhr) gebunden gewesen. Er sei berechtigt gewesen, sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit von seinen Kollegen in der EDV-Betreuung vertreten zu lassen. Er habe jedoch nie eine Vertretung in Anspruch genommen. Der Zutritt zum Unternehmen sei nur mittels einer Magnetkarte möglich gewesen, es habe aber für Besucher beim Portier Besucherkarten gegeben.

Angesichts widersprüchlicher Aussagen des Erstmitbeteiligten bzw. von Dipl.-Ing. F und H (Vertreter der beschwerdeführenden Partei) stellte die belangte Behörde fest, dass der Erstmitbeteiligte einen Teil seiner Arbeiten zu Hause hätte erledigen können, dass aber auf Grund der Art der Arbeiten und der Angaben des Dipl.-Ing. F davon auszugehen sei, dass die Arbeiten überwiegend bei der Beschwerdeführerin zu verrichten gewesen seien. Aus dem Vertrag ergebe sich, dass sich der Erstmitbeteiligte bei seinen Tätigkeiten habe vertreten lassen können, wovon er unstrittigerweise jedoch nie Gebrauch gemacht habe. Er selbst habe angegeben, dass er sich nicht von beliebigen Personen seiner Wahl hätte vertreten lassen dürfen. Die belangte Behörde schenke diesen Ausführungen Glauben, da eine Vertretung durch betriebsfremde Personen dem Organisationskonzept der beschwerdeführenden Partei widerspräche. Es gebe im Unternehmen nach eigenen Angaben strenge Datensicherheitsvorschriften, was zur Folge habe, dass es nicht glaubwürdig sei, dass betriebsfremden Personen Zugriff auf interne Daten der beschwerdeführenden Partei gewährt würde. Für die Aussage des Erstmitbeteiligten spreche auch, dass der Zutritt zu den Betriebsräumlichkeiten nur mittels Magnetkarte möglich gewesen sei und Besucher nach vorheriger Anmeldung Besucherkarten hätten lösen müssen. Der Erstmitbeteiligte habe sich nicht durch beliebige Personen, sondern allenfalls durch seine Kollegen in der EDV-Betreuung vertreten lassen können. Der Zweck von Stechkarten möge es zwar sein, Stunden für das auszubezahlende Honorar zu ermitteln, in erster Linie sei es jedoch Aufgabe solcher Zeiterfassungssysteme, die Dienstzeiten der Mitarbeiter zu kontrollieren. Für das Vorliegen einer Kontrollbefugnis der beschwerdeführenden Partei spreche auch die Angabe von Dipl.-Ing. F, dass Aufzeichnungen über erbrachte Stunden außerhalb des Gebäudes der beschwerdeführenden Partei von einem Vorgesetzten hätten abgezeichnet werden müssen. Für das Vorliegen einer Kontrollbefugnis spreche auch, dass der Erstmitbeteiligte laut Vertrag auf Verlangen Einblick in den Fortgang der Arbeit zu geben gehabt habe. Gegen eine freie Zeiteinteilung spreche, dass eine grundsätzliche Anwesenheitspflicht während der Betriebszeiten innerhalb des bei der beschwerdeführenden Partei geltenden Gleitzeitrahmens bestanden habe. Zwar habe der Dienstplan mit den andern EDV-Betreuern erarbeitet werden können, die festgelegten Zeiten hätten danach aber eingehalten werden müssen. Die Überwachung der Dienstpläne sei durch deren Übermittlung an die beschwerdeführende Partei und durch die Zeiterfassung gewährleistet gewesen. Das alles ergebe sich aus den lebensnahen und nachvollziehbaren Angaben des Erstmitbeteiligten. Die Betriebsmittel seien unzweifelhaft von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden, das Mitbringen der eigenen Software sei auch vom Erstmitbeteiligten bestätigt worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der Erstmitbeteiligte einschlägig qualifiziert gewesen sei, sodass sich eine Weisungserteilung und Kontrolle im engeren Sinn erübrigt hätten. Es habe jedoch eine Verpflichtung bestanden, auf Verlangen Einblick in den Fortgang der Arbeit zu geben. Daraus ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt habe, bei Bedarf in den Arbeitsablauf steuernd einzugreifen. Auch die Möglichkeit einer Kontrolle des Arbeitsablaufes sei der beschwerdeführenden Partei dadurch gesichert gewesen. Daher seien eine Weisungs- und Kontrollunterworfenheit im Sinne einer stillen Autorität der beschwerdeführenden Partei als Dienstgeberin vorgelegen.

Der Erstmitbeteiligte hätte die Möglichkeit gehabt, teilweise von zu Hause tätig zu werden, der Schwerpunkt seiner Arbeit sei aber notwendigerweise in den Räumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei gelegen, sodass eine grundsätzliche Bindung an den Arbeitsort bestanden habe. Da sich die Arbeitszeit des Erstmitbeteiligten an der Geschäftszeit der beschwerdeführenden Partei orientiert habe, sei von einer arbeitszeitlichen Gebundenheit im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auszugehen. Die teilweise Abwesenheit des Erstmitbeteiligten während der Kernzeit stelle die Ausnahme, die Anwesenheit während der Kernzeit hingegen die Regel dar. Der Erstmitbeteiligte habe sich darüber hinaus an die mit seinen Kollegen abgesprochenen Dienstpläne halten und auch die Einhaltung der Arbeitszeit durch die Verwendung einer Stechkarte dokumentieren müssen bzw. hätten

Aufzeichnungen über Arbeitsstunden, die außerhalb des Betriebsgebäudes der beschwerdeführenden Partei erbracht worden seien, von einem Vorgesetzten gegengezeichnet werden müssen. Dies habe zur Folge, dass auch von einer Bindung an Arbeitszeit und eine diesbezügliche Kontrolle auszugehen sei.

Die Befugnis, sich (nur) im Falle einer Verhinderung vertreten zu lassen, wie z.B. bei Krankheit oder Urlaub, schließe für sich allein genommen die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 ASVG nicht aus, wobei es insbesondere bedeutsam sei, ob die Arbeitskraft nur bei kurzfristiger Verhinderung die Möglichkeit habe, eine Ersatzkraft zu stellen. Wechselseitige Vertretung zweier im gleichen Betrieb beschäftigter Personen spreche nicht gegen die Annahme persönlicher Arbeitspflicht. Obgleich dem Erstmitbeteiligten laut Vertrag die Möglichkeit eingeräumt worden sei, sich bei der Erbringung seiner Tätigkeit vertreten zu lassen, könne von einem beliebigen Vertretungsrecht im Hinblick auf die wahren Verhältnisse der Leistungserbringung nicht ausgegangen werden. Der Erstmitbeteiligte hätte sich bei Bedarf offenbar lediglich durch seine im selben Bereich tätigen Kollegen vertreten lassen können, wobei ein tatsächlicher Vertretungsfall nie stattgefunden habe. Der Zutritt zu den Betriebsräumlichkeiten sei obendrein nur mittels persönlicher Magnetkarte gestattet gewesen, weshalb betriebsfremden Personen der Zutritt nur unter erschwerten Bedingungen möglich gewesen sei. In Bezug auf die Betriebsmittel stellte die belangte Behörde fest, dass der Erstmitbeteiligte seine Tätigkeit bei der beschwerdeführenden Partei und nicht zu Hause ausgeübt habe und ihm die Betriebsmittel (Büro, Schreibtisch, PC, Kopierer, Telefon, Telefax) zu einem bei weitem überwiegenden Teil von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden seien.

Beim persönlich abhängigen Dienstnehmer nach § 4 Abs. 2 ASVG gehe es letztlich auch um einen Typusbegriff, der sich nicht mit einfachen Begriffsdefinitionen bestimmen lasse, sondern eine abwägende Gesamtbeurteilung erfordere, was bedeute, dass letztlich zwar alle typischen Merkmale im jeweils konkreten Fall zu prüfen und zu sichten seien, aber im Ergebnis das Gesamtbild entscheide. Entscheidend für die Beurteilung sei das Überwiegen der wesentlichen Merkmale unter Berücksichtigung der konkreten intensitätsmäßigen Ausgestaltung. Beim Erstmitbeteiligten würden die Merkmale des Tätigwerdens in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen, sodass das zugrunde liegende Vertragsverhältnis als Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu qualifizieren sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erklärte, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand zu nehmen. Der Erstmitbeteiligte erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die viertmitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt erklärte ausdrücklich, auf die Erstattung einer Gegenschrift zu verzichten. Die weiteren mitbeteiligten Parteien haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

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.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird - hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

§ 4 Abs. 4 ASVG in der in einem Teil des verfahrensgegenständlichen Zeitraums (vom 1. Mai bis zum 31. Juli 2001) maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 138/1998 lautet:

"Den Dienstnehmern stehen 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

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,
2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen

verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, sofern sie auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 bzw. § 3 Abs. 3 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes oder gemäß § 2 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Sozialversicherung freiberuflich selbständig Erwerbstätiger versichert sind oder sofern es sich nicht um eine (Neben)Tätigkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f des Beamten- Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes handelt oder sofern diese Personen nicht eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausüben."

Mit der - diesbezüglich mit 1. August 2001 in Kraft getretenen - 58. ASVG-Novelle, BGBl I Nr. 99/2001, wurden die im letzten Halbsatz des § 4 Abs. 4 ASVG enthaltenen Ausnahmen von der Versicherungspflicht neu formuliert, ohne dass sich dadurch für die hier verfahrensgegenständlichen Fragen eine Veränderung ergeben hätte.

2. Die Kriterien, die für die Annahme (überwiegender) persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im einzelnen beachtlich sind, hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung ausführlich dargelegt. Die persönliche Abhängigkeit charakterisierte der Gerichtshof dabei als weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten, die sich insbesondere in seiner Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, seiner Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen des Dienstgebers, der Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber und der disziplinären Verantwortlichkeit des Dienstnehmers äußere. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Gesamtbildes seiner Beschäftigung für die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten vom Dienstgeber - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - allerdings nur die 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 rechtlicher Gestaltung der Beschäftigung. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmales persönlicher Abhängigkeit lässt im Hinblick darauf, dass schon das Überwiegen genügt, keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass die zu beurteilende Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht unterliegt; es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall gegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist (vgl. zuletzt etwa das hg. Erkenntnis vom 7. Mai 2008, Zl. 2005/08/0142).

3. Die beschwerdeführende Partei macht zunächst geltend, das Ermittlungsverfahren der belangten Behörde sei mangelhaft gewesen. Die belangte Behörde habe festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden gewesen sei, weil die teilweise Abwesenheit des Erstmitbeteiligten während der Kernzeit der Dienstnehmer der Beschwerdeführerin die Ausnahme gewesen sei, seine Anwesenheit während der Kernzeit aber den Regelfall dargestellt habe. Dies sei durch das Beweisverfahren nicht gedeckt. Der Erstmitbeteiligte sei nicht an eine Arbeitszeit und auch nicht an eine Kernzeit gebunden gewesen. Er habe öfters auch erst zwischen 9.00 Uhr und 10.00 Uhr, somit bereits innerhalb der Kernzeit der Dienstnehmer der beschwerdeführenden Partei, seine Tätigkeit begonnen. Die im Verfahren vorgelegten Zeitaufzeichnungen des Erstmitbeteiligten würden zudem die Monate Februar und März 2002 betreffen und nicht aus dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 1. Mai 2001 bis 31. Dezember 2001 stammen.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass die belangte Behörde die Feststellung der grundsätzlichen Anwesenheitspflicht des Erstmitbeteiligten innerhalb des Gleitzeitrahmens nicht auf die Zeitaufzeichnungen gestützt hat, sondern auf die Aussagen des Erstmitbeteiligten und auf die Notwendigkeit, seine Arbeiten während der Betriebszeiten zu verrichten. Die belangte Behörde hat in ihrer Beweiswürdigung auch berücksichtigt, dass mit den anderen EDV-Betreuern Dienstpläne erarbeitet wurden und die darin festgelegten Zeiten auch eingehalten werden mussten, was nach Übermittlung der Dienstpläne an die beschwerdeführende Partei durch diese mittels Zeiterfassung überwacht worden sei.

Soweit das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei als Rüge der Beweiswürdigung zu verstehen ist, ist darauf zu verweisen, dass die behördliche Beweiswürdigung der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof nur dahin unterworfen ist, ob der maßgebende Sachverhalt ausreichend ermittelt wurde und ob die hiebei angestellten Erwägungen schlüssig sind, was dann der Fall ist, wenn sie den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen

Erfahrungsgut nicht widersprechen, ohne dass es dem Gerichtshof zukäme, die vorgenommene Beweiswürdigung der belangten Behörde darüber hinaus auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen. Der Verwaltungsgerichtshof ist zur Rechtskontrolle berufen und keine Tatsacheninstanz (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 11. Juli 1996, ZI. 96/07/0120). Dass die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung betreffend die grundsätzliche Anwesenheitspflicht des Erstmitbeteiligten - entsprechend dem festgelegten Dienstplan - unschlüssig wäre, vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen.

4. Als weiteren Verfahrensmangel macht die beschwerdeführende Partei geltend, dass die belangte Behörde den Sachverhalt in Bezug auf die Arbeitspflicht des Erstmitbeteiligten nicht ausreichend erhoben habe, soweit nicht die Feststellung, dass der Erstmitbeteiligte Problembeschreibungen aus der Mailbox ausgewählt hat, bereits zum Ausdruck bringen sollte, dass er in der Auswahl seiner Tätigkeit völlig frei gewesen sei und daher auch Aufträge ablehnen können. Auch in den Beschwerdeausführungen zur behaupteten inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides wird aus der Art der Betreuung der Mailbox abgeleitet, dass der Erstmitbeteiligte sanktionslos Aufträge bzw. Aufgaben ablehnen können.

Dazu genügt der Hinweis, dass die genannten organisatorischen Einrichtungen, aus denen der Erstmitbeteiligte die von ihm übernommenen Arbeiten auswählen konnte, nicht gleichbedeutend sind mit der Befugnis, Aufträge (schlechthin) sanktionslos ablehnen zu können. Dies ergibt sich schon aus der Überlegung, dass die sanktionslose Ablehnung von Aufträgen Ausdruck dessen wäre, dass der Auftragnehmer ungeachtet der bestehenden Vertragsbeziehung über seine Arbeitskraft frei disponieren könnte, seine Bestimmungsfreiheit über diese also nicht ausgeschaltet wäre. Die hier eingeräumte Möglichkeit, aus einem Arbeitsprogramm bei vorgegebener Anwesenheitspflicht einzelne Teiltätigkeiten auswählen zu können, ändert nichts daran, dass der Dienstgeber und nicht der Dienstnehmer über die Arbeitskraft disponiert.

Die belangte Behörde ist auch in vom Verwaltungsgerichtshof nicht zu beanstandender Beweiswürdigung zum Ergebnis gekommen, dass der Erstmitbeteiligte berechtigt war, sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit von seinen Kollegen in der EDV-Betreuung - und nur von diesen - vertreten zu lassen (auch wenn er nie eine Vertretung in Anspruch genommen hat), im Übrigen aber an Dienstpläne gebunden war, die mit den anderen EDV-Betreuern abgesprochen waren.

Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie davon ausgegangen ist, dass der Erstmitbeteiligte einer persönlichen Arbeitspflicht unterlag, der er sich auch nicht sanktionslos durch Ablehnung einzelner "Aufträge" entziehen konnte. Auch die von der beschwerdeführenden Partei in diesem Zusammenhang angesprochene Art der Aufgabenverteilung unter den EDV-Betreuern, die jeweils Probleme aus der Mailbox zur weiteren Bearbeitung ausgewählt haben, zeigt entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei nicht, dass den Erstmitbeteiligten keine Arbeitspflicht getroffen hat, sondern lediglich, dass die Verteilung der Aufgaben auf die einzelnen EDV-Betreuer von diesen selbst gesteuert werden konnte. Geht man aber, wie dies die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid festhält, davon aus, dass jedenfalls eine Verpflichtung bestanden hat, Probleme aus der Mailbox zu bearbeiten, dann ändert auch die Möglichkeit, die den eigenen Fähigkeiten am besten entsprechenden Fragestellungen auszuwählen, nichts an der Verpflichtung zum Tätigwerden. Im Übrigen war nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid die Betreuung der Mailbox nicht die einzige Aufgabe des Erstmitbeteiligten, sondern dieser hatte unter anderem auch PCs und Monitore zu übernehmen und Standardprogramme zu installieren.

5. Auch soweit die beschwerdeführende Partei die inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides behauptet, wendet sie sich ganz überwiegend gegen die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen bzw. geht sie nicht vom festgestellten Sachverhalt aus.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid nachvollziehbar dargelegt, auf Grund welcher Beweisergebnisse sie zur Überzeugung gelangt ist, dass eine grundsätzliche Bindung des Erstmitbeteiligten an den Arbeitsort bestand, dass er einer Bindung im Hinblick auf die einzuhaltende Arbeitszeit unterlag und dass kein generelles Vertretungsrecht bestand. Das Beschwerdevorbringen vermag nicht aufzuzeigen, dass diese Beweiswürdigung unschlüssig wäre. Dass sich der Inhalt einzelner Beweismittel, wie etwa der Aussagen von Vertretern der beschwerdeführenden Partei, nicht zur Gänze mit den von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen deckt, ist bei Vorliegen widersprüchlicher Beweisergebnisse zwangsläufig der Fall und macht die vorgenommene Beweiswürdigung damit nicht unschlüssig.

6. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass ihr gegenüber dem Erstmitbeteiligten keine Weisungs- und Kontrollbefugnis zugekommen sei. Der Erstmitbeteiligte sei keinen Weisungen unterlegen und habe sich den Arbeitsablauf frei einteilen können. Die Verpflichtung, auf Verlangen Einblick in den Fortgang der Arbeit zu geben, stelle kein Kriterium für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit dar, weil es sich dabei lediglich um eine allfällige zwischenzeitliche Überprüfung des Arbeitserfolges handle, die nicht der Kontrolle des arbeitsbezogenen Verhaltens diene. Die belangte Behörde habe richtig festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte einschlägig qualifiziert gewesen sei und sich eine Weisungserteilung und Kontrolle im engeren Sinne daher erübrigt habe. Dem Erstmitbeteiligten seien auch tatsächlich keine Weisungen erteilt worden und es sei sein arbeitsbezogenes Verhalten nicht kontrolliert worden. Gerade die Möglichkeit, den Arbeitsablauf selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheide aber den freien Dienstvertrag vom Dienstvertrag im Sinne des § 4 Abs.2 ASVG.

Entgegen den Ausführungen der beschwerdeführenden Partei hat die belangte Behörde allerdings nicht festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte keinen Weisungen unterlegen wäre und den Arbeitsablauf habe jederzeit ändern können. Vielmehr hat die belangte Behörde dargelegt, dass der Beschwerdeführer der stillen Autorität der beschwerdeführenden Partei unterlegen ist. Die beschwerdeführende Partei hatte demnach aufgrund der vertraglichen Verpflichtung des Erstmitbeteiligten, Einblick in den Fortgang der Arbeit zu geben, sowie aufgrund der Kontrolle der Dienstpläne die Möglichkeit, bei Bedarf steuernd in den Arbeitsablauf einzugreifen. Der belangten Behörde kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie im Hinblick auf die Qualifikation des Erstmitbeteiligten und die Art der Tätigkeit im Bereich des "IT-Supports" diese Umstände als ausreichende Anhaltspunkte für Kontrollrechte der beschwerdeführenden Partei beurteilt hat, sodass vom Vorliegen stiller Autorität im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auszugehen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. November 2007, Zl. 2005/08/0051 mwN).

7. Die beschwerdeführende Partei rügt schließlich, die belangte Behörde habe bei ihrer inhaltlichen Beurteilung außer Acht gelassen, dass der Erstmitbeteiligte auch eigene Betriebsmittel verwendet habe. Nach seiner eigenen Aussage im Verwaltungsverfahren habe der Erstmitbeteiligte der beschwerdeführenden Partei Software Verfügung gestellt. Bei der Tätigkeit im "IT-Support" sei die Software aber ein wesentliches Betriebsmittel.

Auch dieses Vorbringen verhilft der Beschwerde nicht zum Erfolg. Die belangte Behörde hat festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte an einem im Eigentum der beschwerdeführenden Partei stehenden Computer grundsätzlich mit Software der beschwerdeführenden Partei gearbeitet hat, dass aber Teile der Software von ihm selbst bereitgestellt wurden. Dies vermag aber angesichts der sonstigen Umstände des Beschäftigungsverhältnisses am Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nichts zu ändern.

8. Da die belangte Behörde somit zutreffend von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten ausgegangen ist, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich im Rahmen des gestellten Begehrens auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 2. Juli 2008

#### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2005080023.X00

#### **Im RIS seit**

06.08.2008

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.01.2009

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)