jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2005/4/20 2004/08/0109

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 20.04.2005

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

AVG §37;
AVG §45 Abs3;
VwRallg;

Beachte

Besprechung in: DRdA 3/2006, 190-198;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Köller, Dr. Moritz und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der M GmbH & Co KG in W, vertreten durch Korn Frauenberger Rechtsanwälte OEG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20/1/3, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 27. April 2004, Zl. 121.008/5-3/03, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. G in W, vertreten durch Dr. Georg Grießer, Dr. Roland Gerlach und Dr. Sieglinde Gahleitner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Köllnerhofgasse 6/2; 2. Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1103 Wien;

3. Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1020 Wien; 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien; 5. Arbeitsmarktservice, Landesgeschäftsstelle Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien), zu Recht erkannt:

Spruch

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

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

Begründung

1.1. Zur Vorgeschichte wird auf das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2002, Zl.99/08/0008, verwiesen. Im vorliegenden Fall ist, ebenso wie beim Vorerkenntnis, die Rechtsfrage maßgeblich, ob auf Grund einer tageweisen Beschäftigung der Erstmitbeteiligten in einem Zeitungsexpedit - wenn in dazwischenliegenden Zeiträumen keine Arbeitsleistung erbracht

wird - mehrere, unter Umständen auf einzelne Zeiträume begrenzte, durchlaufende Beschäftigungsverhältnisse oder kurzfristige tageweise Beschäftigungsverhältnisse vorliegen.

1.2. Mit dem Vorerkenntnis vom 17. Dezember 2002 hat der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 18. November 1998 hinsichtlich des Zeitraumes vom 3. Jänner 1989 bis 31. August 1989 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben, weil diesbezüglich über ein Beschäftigungsverhältnis bei einem anderen Dienstgeber abgesprochen worden war als jenem, den die Einspruchsbehörde als Dienstgeber bezeichnet hatte. Im Übrigen erfolgte, ausgehend von der oben genannten Rechtsfrage, eine Aufhebung wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Der Verwaltungsgerichtshof hielt fest, dass der belangten Behörde vor dem Hintergrund seiner Rechtsprechung an sich nicht mit Erfolg entgegengetreten werden könne, wenn sie den von ihr festgestellten Sachverhalt, insbesondere die ständig wiederkehrenden Leistungen der Erstmitbeteiligten über einen langen Zeitraum, als Indiz für eine im vorhinein zumindest schlüssig vereinbarte Leistungspflicht der Erstmitbeteiligten gewertet hat. Allerdings habe das Verfahren auch Beweisergebnisse hervorgebracht, die in eine andere Richtung deuteten.

Die belangte Behörde hätte sich vor allem näher mit dem Vorbringen der Parteien über die Möglichkeit der Erstmitbeteiligten, Arbeiten sanktionslos ablehnen zu können, auseinandersetzen müssen, weil die persönliche Abhängigkeit der Erstmitbeteiligten dann zu verneinen wäre, wenn keine Verpflichtung bestanden hätte, die telefonisch angebotenen Arbeiten tatsächlich anzunehmen. Aus der Tatsache allein, dass die Erstmitbeteiligte in einzelnen Fällen Arbeiten habe ablehnen können und auch abgelehnt habe, lasse sich ein generelles Ablehnungsrecht nicht ableiten.

In diesem Zusammenhang hätte die belangte Behörde auch Feststellungen über die Arbeitsorganisation der Beschwerdeführerin treffen müssen. Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis, Arbeitsleistungen sanktionslos abzulehnen, stünde im Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre. Anders wäre ein Sachverhalt aber z. B. dann zu beurteilen, wenn der Dienstgeber einfache Aushilfsarbeiten derart organisierte, dass für deren Durchführung mehrere abrufbare Arbeitskräfte zur Verfügung stünden ("Arbeitskräftepool") und es ihm gleichgültig wäre, von welcher gleichwertigen Arbeitskraft aus dem zur Verfügung stehenden Kreis er die Arbeiten verrichten lässt. Stünde ihm also die Möglichkeit offen, im Falle einer Absage aus dem "Pool" die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen, und stünden genügend Arbeitskräfte zur Verfügung, dann könnte der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart worden oder dem dies bekannt sei, tatsächlich davon ausgehen, einzelne Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu dürfen.

Die belangte Behörde habe sich auch nicht damit auseinandergesetzt, ob überhaupt eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin bestanden habe, Leistungen bestimmter Personen abzurufen. Schon allein das Fehlen der wechselseitigen Verpflichtungen (Arbeitspflicht bzw. Beschäftigungspflicht) würde die Annahme eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses ausschließen.

Aus der regelmäßigen Tätigkeit der Erstmitbeteiligten hätte die belangte Behörde erst dann auf eine im vorhinein getroffene Vereinbarung einer periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht schließen dürfen, wenn sie keine anderslautende Vereinbarung hätte feststellen können und somit der tatsächliche Ablauf der Beschäftigung zur Beurteilung heranzuziehen gewesen wäre und überdies konkrete Feststellungen zur Beschäftigungsfrequenz diese Folgerung zugelassen hätten.

2.1. Im fortgesetzten Verfahren gab die Erstmitbeteiligte bei einer Einvernahme vor der belangten Behörde am 15. Juli 2003 zu Protokoll, sie habe, als sie die gegenständliche Arbeit (im Jahr 1985) begonnen habe, gleich am Anfang zu ihrem Vorgesetzten K. gesagt, dass sie regelmäßig zum Einsatz kommen wolle. Er habe dazu gesagt, das gehe in Ordnung. Später sei darüber nicht mehr gesprochen worden. Zu ihrer im Akt befindlichen Aussage, sie habe Wert darauf gelegt, problemlos absagen zu können, gab sie zu Protokoll, dies sei wegen ihrer Kinder gewesen. Sie habe bei Erkrankung eines Kindes problemlos zu Hause bleiben wollen. Das habe sie beim Gespräch zu Beginn ihrer Tätigkeit K. auch so gesagt. Wenn sie einen Einsatz abgesagt habe, habe sie den Grund auch genannt. Ob das Nennen des Grundes von der Dienstgeberseite verlangt worden sei, wisse sie nicht. Ferner sei ihr nicht bekannt, ob sie ihre Arbeitsbereitschaft für längere Zeit hätte unterbrechen können. Dies sei nicht vorgekommen. Den Wunsch, Urlaub zu machen, habe sie vorher bekannt geben müssen. Urlaubslisten seien herumgereicht worden, in die man sich habe ca.

zwei Monate im vorhinein eintragen müssen. Für längere Zeit und wiederholt abgesagt habe sie nie. Sie wisse nicht, wie der Vorgesetzte reagiert hätte, wenn sie dauernd abgesagt hätte, auch von Kolleginnen wisse sie dazu nichts. Als sie selber für längere Zeit krank geworden sei und dies gemeldet habe, sei ihr gesagt worden, sie solle sich melden, wenn sie wieder arbeiten könne. Wenn ihr gesagt worden sei, sie solle sich für die nächste Woche nichts vornehmen, da würde sie jeden Tag "drankommen", habe sie nie abgesagt, dies sei sich immer ausgegangen. Wenn eine Kollegin ausgefallen sei, hätten die anderen Kolleginnen entsprechend länger gearbeitet. Zum Einsatz gekommen seien unterschiedlich viele Kolleginnen, manchmal zehn, dann wieder 30 bis 40. Sie sei eher selten telefonisch zur Arbeit gerufen worden. Meist habe sie am Ende eines Arbeitstages erfahren, dass sie am nächsten Tag bzw. wann sie das nächste Mal wieder kommen solle. Es habe auch immer wieder überraschende Arbeitseinsätze gegeben. Dann sei sie angerufen worden bzw. ihre Nachbarin, wenn sie selbst nicht erreichbar gewesen sei, die auch dort gearbeitet habe. Diese habe ihr dann ausgerichtet, dass es einen zusätzlichen Arbeitseinsatz gebe. So habe sie es immer erfahren.

2.2. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 3. September 2003 wurde der Beschwerdeführerin eine Kopie der Niederschrift vom 15. Juli 2003 übermittelt. Weiters wurde der Beschwerdeführerin bekannt gegeben, dass im gegenständlichen Verfahren in die Akten des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien über zwei näher genannte arbeitsgerichtliche Prozesse gegen die Beschwerdeführerin (bzw. deren Rechtsvorgängerinnen) Einsicht genommen worden sei und die niederschriftlichen Aussagen der dort vernommenen Zeugen und Parteien auch im gegenständlichen Verwaltungsverfahren berücksichtigt würden.

2.3. Mit Schreiben vom 23. September 2003 legte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen dar, die Erstmitbeteiligte hätte bei Beginn ihrer Tätigkeit auch bekannt geben können, sie wolle nur zweimal in der Woche oder nur an bestimmten Tagen arbeiten. Solche Wünsche seien regelmäßig berücksichtigt worden. Anhand der einzelnen diesbezüglichen Vorgaben habe der Expeditleiter einmal wöchentlich, meistens am Donnerstag, einen provisorischen Dienstplan mit Arbeitsangeboten erstellt, der im Betrieb ausgehängt worden sei. Er habe der Orientierung gedient und sei noch nicht verbindlich gewesen. Bei der Annahme eines Angebotes sei noch keine persönliche Arbeitspflicht begründet worden. Die Expeditkraft habe sich von einer geeigneten Person vertreten lassen bzw. bei der Expeditleitung einen geeigneten Vertreter nominieren können. In der Praxis sei es daher so gewesen, dass Expeditkräfte regelmäßig andere Expeditkräfte als Vertreter geschickt bzw. mit anderen getauscht hätten. Letzteres sei regelmäßig der Fall gewesen, nachdem der Expeditleiter den provisorischen Dienstplan ausgehängt habe. Wenn eine Expeditkraft das Arbeitsangebot abgelehnt habe, habe es keinerlei Sanktionen gegeben. In diesem Fall sei es Sache des Expeditleiters gewesen, die Stelle im Dienstplan mit einer anderen Expeditkraft aus dem ihm zur Verfügung stehenden Arbeitskräftepool kurzfristig nachzubesetzen. Die Beschwerdeführerin verfüge über einen Arbeitskräftepool, der zwei- bis viermal mehr Arbeitskräfte umfasse als täglich gebraucht würden. Sollte der Pool tatsächlich einmal nicht ausreichen, so wäre das das Risiko der Beschwerdeführerin. Es sei einmal in Graz vorgekommen, dass an einem Tag so viele Expeditkräfte das Arbeitsangebot abgelehnt hätten, dass aus dem "Wiener Pool" Arbeitskräfte mit einem Bus nach Graz geführt worden seien. Da eine Expeditkraft ein Arbeitsangebot nicht habe annehmen müssen, sei es immer wieder zu Engpässen gekommen, sodass die Expeditleiter telefonisch anderen Expeditkräften die Möglichkeit geboten hätten, einzuspringen. Eine Verpflichtung, in diesen Fällen zur Arbeit zu erscheinen, habe es ebenso wenig gegeben wie rufbereit zu sein oder auch nur ein Telefon zu besitzen. Nach diesem System sei es auch nicht notwendig gewesen, eine Urlaubsvereinbarung zu treffen. Die Bekanntgabe eines Urlaubes sei vom jeweiligen Expeditleiter schlicht zur Kenntnis genommen worden, einer Genehmigung habe es nicht bedurft. Auch die Länge des Urlaubes sei kein Thema gewesen. Ebenso habe keine Verpflichtung bestanden, einen Krankenstand bekannt zu geben. In der Praxis sei es üblich gewesen, dass Expeditkräfte den Expeditleiter über ihre Arbeitsunfähigkeit informierten. Sie seien daraufhin so lange nicht mehr eingeteilt worden bzw. hätten keine Arbeitsangebote erhalten, bis sie sich wieder als arbeitsbereit gemeldet hätten. Es sei den Expeditkräften auch freigestanden, die Tätigkeiten nebenbei auszuüben, und auch Vorbehalte dagegen, gleichzeitig für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu werden, hätten nicht bestanden. Die Beschwerdeführerin sei der Ansicht, es habe sich um einen freien Dienstvertrag gehandelt. Zum Beweis für die Richtigkeit ihrer Angaben beantragte die Beschwerdeführerin die Einvernahme von vier näher genannten Zeugen.

3. Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass die Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 3. Jänner 1989 bis zum 12. Jänner 1989, vom 25. Jänner 1989 bis zum 26. Jänner 1989, vom 22. Februar 1989 bis zum 17. Mai 1989, vom 31. Mai 1989 bis zum 2. August 1989 und vom 29. August 1989 bis zum 31. August 1989 auf Grund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber M-Vertriebsgesellschaft mbH & Co KG, vormals D GesmbH & Co KG,

nunmehr Beschwerdeführerin, gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen ist. Ferner wurde festgestellt, dass die Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. September 1989 bis zum 7. Dezember 1989, vom 28. Dezember 1989 bis zum 17. Jänner 1990, vom 30. Jänner 1990 bis zum 9. Februar 1990, vom 20. Februar 1990 bis zum 4. Juli 1990, vom 8. August 1990 bis zum 27. Dezember 1990, vom 8. Jänner 1991 bis zum 31. Jänner 1991, vom 11. Februar 1991 bis zum 28. Juni 1991, vom 17. Juli 1991 bis zum 2. August 1991, vom 26. August 1991 bis zum 24. Juli 1992, vom 21. August 1992 bis zum 2. Februar 1993, vom 16. Februar 1993 bis zum 17. April 1993, vom 26. April 1993 bis zum 8. Juli 1993, vom 23. August 1993 bis zum 3. September 1993, vom 16. September 1993 bis zum 30. September 1993, vom 13. Oktober 1993 bis zum 3. Dezember 1993, vom 22. Jänner 1994 bis zum 10. März 1994, vom 15. März 1994 bis zum 18. März 1994 sowie am 25. Juli 1994, 28. Juli 1994 und 23. August 1994 auf Grund ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen ist.

In der Bescheidbegründung hielt die belangte Behörde fest, dass die Beschäftigung der Erstmitbeteiligten bei beiden Dienstgeberinnen gleich ausgestaltet gewesen sei. Sodann führte sie im Wesentlichen aus, es seien keine schriftlichen Vereinbarungen vorgelegt worden. Die Beschäftigung habe mit einem Gespräch zwischen der Erstmitbeteiligten und K., ihrem Vorgesetzten, begonnen. Vor dem Landeshauptmann von Wien habe die Beschwerdeführerin ausgesagt, Vereinbarungen, wie oft und wann sie arbeiten solle, seien nicht getroffen worden. Des Weiteren verwies die belangte Behörde auf die Angaben der Erstmitbeteiligten vom 15. Juli 2003 sowie auf Aussagen der Erstmitbeteiligten vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien vom 23. Juli 1997. K. habe vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien am 21. November 1995 ausgesagt, er habe das Aufnahmegespräch mit der Erstmitbeteiligten geführt. Er pflege dabei zu sagen, dass die Beschäftigung aushilfsweise erfolge. Daraus schließe er, dass er dies auch der Erstmitbeteiligten gesagt habe. Wäre sie damit nicht einverstanden gewesen, wäre sie nicht gekommen. Die Leute seien angerufen worden, wenn Arbeit für sie da gewesen sei.

In einem der Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien habe N. (ein anderer Expeditleiter) zur Beschäftigung der M. ausgesagt, dass er beim Einstellungsgespräch die Tätigkeit erkläre und darauf hinweise, dass es sich um eine Aushilfsarbeit handle und nicht fix mit einem Einsatz gerechnet werden könne. Die Arbeitszeit hänge letztlich vom Angebot der Werbebranche ab. Es sei immer besprochen worden, dass die Tätigkeit nur bei Bedarf erfolge. Weder sei ein Hinweis auf ein ungefähres Arbeitszeitausmaß erfolgt noch über Krankheit, Urlaub oder eine Vertretungsmöglichkeit gesprochen worden. M. habe vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien angegeben, sich nicht erinnern zu können, dass N. ihr gesagt habe, dass sie die Möglichkeit habe, einzelne Einteilungen abzulehnen. Sie habe gewusst, wenn sie krank sei, müsse sie dies melden. Zum Urlaub habe ihr N. gesagt, dass dieser rechtzeitig vorher (ca. zwei Wochen) bekannt zu geben sei. Über Vertretung sei definitiv nicht gesprochen worden.

Ausgehend davon stellte die belangte Behörde fest, dass die Erstmitbeteiligte ihre Bereitschaft zum regelmäßigen Arbeiten kundgetan und gleichzeitig angegeben habe, dass sie bei Krankheit ihrer Kinder problemlos zu Hause bleiben möchte. K. habe dies zur Kenntnis genommen und sich vorbehalten, sie anzurufen, wenn er sie brauche. Genauere Details seien nicht besprochen worden. Informationen über die weiteren Elemente der Beschäftigung seien unter den Kolleginnen weitergereicht worden und den Arbeiterinnen auch durch tatsächliche Handlungen des Dienstgebers zugekommen. Die Beschwerdeführerin habe sich so die Möglichkeit vorbehalten, die Arbeit der Expeditarbeiterinnen bei Bedarf abzurufen. Da wesentliche Elemente der Beschäftigung nicht ausdrücklich vereinbart worden seien, sei auf den tatsächlichen Ablauf der Beschäftigung besonderes Gewicht zu legen.

Zur Frage der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit verwies die belangte Behörde zunächst auf die Aussagen der Erstmitbeteiligten vor dem Landeshauptmann von Wien als Einspruchsbehörde und vor der belangten Behörde. Vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien habe die Erstmitbeteiligte ausgesagt, sie sei meist von K. angerufen worden, sie solle am nächsten Tag zur Arbeit kommen. Wenn ein Kind krank gewesen sei, habe sie ohne Probleme telefonisch absagen können. Es sei nie darüber gesprochen worden, wie oft sie sagen könne, keine Zeit zu haben. Sie habe nie mehrmals hintereinander abgesagt. Urlaub habe sie anmelden müssen.

K. habe Urlaubslisten durchgehen lassen. Wenn viel Arbeit gewesen sei, habe man die ganze Woche oder auch zwei Wochen bereit sein müssen. In solchen Fällen habe sie auch dafür gesorgt, dass ein allenfalls krankes Kind von jemand anderem betreut werde. Sie glaube, "es wäre auch gegangen, dass ich etwa nur einen Tag in einem längeren Block zu Hause" hätte bleiben und dann weiter arbeiten können. Sie glaube nicht, dass man ihr dann gesagt hätte, dass sie für die ganze restliche Zeit eines längeren Arbeitsblocks nicht mehr herangezogen werde, wenn sie etwa einen Tag nach

Hause gegangen wäre, um ihre Kinder zu pflegen. Dies sei aber niemals vorgekommen.

K. habe vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien ausgesagt, er rufe die Tagesexpeditarbeiter an, wenn er sie brauche, oder sage ihnen am Tag vorher, dass sie am nächsten Tag wiederkommen sollten. Es sei einerseits darauf geschaut worden, wer schon oft da gewesen sei, und dann jemand anderer genommen worden. Andererseits sei auch darauf geachtet worden, ob jemand viele Fehler mache, woraufhin dieser dann weniger genommen worden sei. Ferner habe man auch darauf Bedacht genommen, wenn jemand weniger Zeit gehabt habe. Es habe also die verschiedensten Gründe dafür gegeben, wie oft jemand eingesetzt worden sei. Bei der Erstmitbeteiligten habe K. keinen Grund dafür gesehen, weshalb sie weniger eingesetzt worden sei. So extrem, dass es etwa eine Liste von Personen gegeben habe, die weniger eingeteilt worden seien, sei es nicht gewesen. K. habe keine Weisungen gehabt, jemanden öfter oder weniger oft einzuteilen. Er glaube auch nicht, dass die Leute darauf einen Anspruch gehabt hätten. S., ehemals Vorarbeiter der Erstmitbeteiligten, habe im selben Verfahren ausgesagt, wenn Arbeit angefallen sei, habe er in Vertretung des K. oder auch K. selbst die Frauen angerufen und gefragt, ob sie Zeit hätten. Hätten sie schon gearbeitet, seien sie gefragt worden, ob sie am nächsten Tag wieder Zeit hätten. Habe eine Frau gesagt, sie habe keine Zeit, so habe er eben eine andere angerufen. Notizen über Absagen habe er keine gemacht. Diese Anrufe seien Tag für Tag durchgeführt worden. Er habe nicht gefragt, ob eine Frau etwa mehrere Tage lang keine Zeit hätte. Er habe sie eben Tag für Tag angerufen oder auch eine andere Frau. Es sei niemals vorgekommen, dass Frauen grundlos mehrmals hintereinander abgesagt hätten, im Allgemeinen seien sie gekommen. Er sei davon ausgegangen, dass eine Frau, die abgesagt habe, dafür auch einen Grund habe. Nach einer alphabetischen Liste habe er die Frauen angerufen. Wenn sich jemand nicht gemeldet oder abgesagt habe, habe dies keine Konsequenzen gehabt. Auf die Frage, ob es Konsequenzen gehabt hätte, wenn sich jemand fünfmal nicht gemeldet hätte, habe S. angegeben, dass dies nie der Fall gewesen sei, dies hätte dann ein Krankenstand oder Urlaub sein müssen.

Auf Grund dieser Aussagen stellte die belangte Behörde fest, dass die einzelnen Expeditarbeiterinnen nach einer Liste immer bei Bedarf angerufen worden seien. Es habe auch stets Bedarf nach (unterschiedlich vielen) Expeditarbeiterinnen bestanden. Die Liste habe ausschließlich solche Arbeiterinnen umfasst, die - abgesehen von Krankheit oder im vorhinein rechtzeitig bekannt gegebenem Urlaub - ständig zur Verfügung gestanden seien. Kurze begründete Ausfälle (z.B. wegen Krankheit oder Krankheit der Kinder) seien akzeptiert und nicht weiter überprüft worden. Die Arbeiterinnen seien regelmäßig beobachtet worden. Wenn ihre Arbeit nicht zufriedenstellend gewesen sei oder sie wenig Zeit gehabt hätten, seien sie selten oder auch gar nicht mehr angerufen worden. Die Arbeit der Erstmitbeteiligten und ihre Verfügbarkeit seien jahrelang zufriedenstellend gewesen. Bis 1994 sei sie regelmäßig zur Arbeit herangezogen worden. Nach ihrem lang andauernden und wiederholten Krankenstand im Jahr 1994 sei sie nur mehr selten und dann nicht mehr zur Arbeit herangezogen worden. Nach ihren Angaben sei dies damit begründet worden, dass sie immer dann arbeiten wolle, wenn wenig Arbeit anfalle, und dass sie zu Hause bleiben wolle, wenn es viel Arbeit gebe. Dies deute darauf hin, dass die Erstmitbeteiligte im Jahr 1994 während einer arbeitsintensiven Phase wegen ihres langen Krankenstandes nicht zur Verfügung gestanden sei und die Beschwerdeführerin daraus Konsequenzen gezogen habe.

Im Zusammenhang mit länger dauernden Ausfällen und Urlauben verwies die belangte Behörde ferner auf Aussagen in dem oben genannten Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien. N. habe dort angegeben, wenn jemand einige Male unentschuldigt nicht gekommen sei und nicht gesagt habe weshalb, habe er ihn aus dem "Pool" herausgenommen. Der Betreffende habe dann kein Angebot mehr bekommen. Natürlich habe die Möglichkeit bestanden, dass jemand gesagt habe, er mache die Arbeit nicht. Begründen habe er das nicht müssen. Ein Expeditaushelfer habe immer ablehnen können. N. habe aber schon Wert darauf gelegt, dass ihm jemand sage, weshalb er nicht komme und wie lange er nicht kommen könne, dies sei ja auch für die Planung erforderlich gewesen. M. habe im selben Verfahren angegeben, außer wegen Krankheit und Urlaubs nie Dienste abgesagt zu haben; es habe auch Zeiten gegeben, wie Weihnachten, zu denen den Expeditarbeitern gesagt worden sei, dass Urlaube nicht möglich seien und die Leute benötigt würden; habe sie dennoch auf Urlaub gehen wollen, so sei sie auf Urlaub gegangen. Viele hätten sich aber nicht getraut und ihren Urlaub verschoben, weil man von anderen Mitarbeitern gehört habe, dass dann oft für eine Woche keine Einteilung mehr erfolgt sei. S., Expeditarbeiterin bis 1997, habe als Zeugin angegeben, etwa einen Monat vor einem gewünschten Urlaubsantritt einen Zettel mit dem Zeitraum abgegeben zu haben. Wenn besonders viel Arbeit gewesen sei, habe N. gesagt, dass sie den Urlaub verschieben sollten. Sie könne nicht sagen, ob man dann den Urlaub habe tatsächlich verschieben müssen. Es sei nie zu einer solchen Situation gekommen. Sie wisse

nicht, was passiert wäre, wenn sie den Dienst längere Zeit hindurch abgelehnt hätte. Dies habe eigentlich nie jemand gemacht. Jeder sei im Prinzip froh gewesen, eingeteilt zu werden. H., Expeditaushelferin von 1974 bis 1999, habe angegeben, ihr sei nie mitgeteilt worden, dass sie einen rechtzeitig bekannt gegebenen Urlaub nicht antreten könne. Zu Hause geblieben sei sie im Krankheitsfall. Dann habe sie angerufen und dies mitgeteilt. Sie wisse nicht, ob sie sich hätte vertreten lassen können, sie habe es nie probiert. Sie glaube aber eher nicht, denn sie hätten doch im Akkord gearbeitet, da hätte jemand anderer die Leistung nicht erbringen können. Sie denke schon, dass es funktioniert hätte, wenn sie einfach gesagt hätte, zwei Tage nicht kommen zu können. Dann wäre sie nicht eingeteilt worden. R., Expeditarbeiterin bis 1997, habe angegeben, niemand habe ihr gesagt, ob eine Vertretung möglich sei.

Ausgehend von diesen Aussagen stellte die belangte Behörde fest, im Fall von kurzen und seltenen begründeten Ausfällen seien keinerlei Sanktionen verhängt, sondern diese toleriert worden. Bei längeren und häufigeren Ausfällen habe die Beschwerdeführerin, insbesondere, wenn diese in arbeitsreiche Phasen gefallen seien, sehr wohl zu Sanktionen gegriffen. Mitarbeiterinnen, mit deren Bereitschaft und deren Leistung die Beschwerdeführerin nicht habe laufend rechnen können, ob verschuldet oder unverschuldet, seien von der Liste - aus dem "Pool" - genommen worden. Die Erstmitbeteiligte habe sich länger dauernde und häufige Abwesenheiten (abgesehen von vorangekündigten Urlauben) weder herausgenommen noch sei sie bis 1994 mit längeren (wiederholten) Krankenständen oder Pflegebedarf konfrontiert gewesen. Sie habe auch keine Gespräche mit ihrem Vorgesetzten darüber geführt, was bei einem längeren Ausfall wäre. Sie habe daher den Eindruck gewinnen können, jederzeit problemlos daheim bleiben zu können, wenn sie es gebraucht hätte. Der Urlaub sei ohne Weiteres bewilligt worden, wenn er nicht in arbeitsreiche Phasen gefallen sei. Die Erstmitbeteiligte, die "unterm Jahr kaum Urlaub nahm", habe ebenso wie manche ihrer Kolleginnen den Eindruck gewinnen können, dass Urlaub bei rechtzeitiger Bekanntgabe immer bewilligt werde. Gesprochen sei darüber nicht worden. Anders sei es M. und S. ergangen, die offenbar während einer arbeitsintensiven Phase hätten Urlaub machen wollen.

In Bezug auf die objektiven Unternehmensanforderungen der Beschwerdeführerin habe K. vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien am 21. November 1995 als Zeuge angegeben, die Tätigkeit der Arbeiter am Laufband hätte darin bestanden, die auf dem Tisch liegenden Beilagen zu nehmen und in die Zeitungen einzulegen. Zusätzlich habe es Klebearbeiten gegeben. In den Sommermonaten habe es nur wenige Beilagen gegeben, in der Vorweihnachtszeit mehr. Die Tage, an denen Beilagen einzulegen gewesen seien, "seien unregelmäßig gewesen". Die Schicht für den Tagdienst habe etwa zwischen 7.30 und 8.30 Uhr begonnen und je nach Arbeitsmenge bis 12.00 oder auch bis 15.00 Uhr gedauert. Die Arbeiten des Tagdienstes seien Vorarbeiten für die Arbeiten am Abend gewesen. Im Jahr 1994 seien 27 oder 28 Arbeiter für den Tag- und Abenddienst - meist für den Tagdienst - beschäftigt worden. An schwachen Tagen seien aus dieser Zahl nur etwa fünf Beschäftigte herangezogen worden, an starken Tagen auch die volle Zahl. Vor 1990 habe es einen höheren Stand an Aushilfskräften gegeben, wegen der Anschaffung einer Einlegemaschine habe es dann aber weniger Arbeitsanfall gegeben. K. habe oft bis zu 25 Telefonate am Tag durchführen müssen, um die Leute für den nächsten Tag zur Arbeit zu bekommen. Es sei vorgekommen, dass manche gesagt hätten, sie könnten am nächsten Tag nicht. Er habe dann nicht nach den Gründen gefragt, sondern andere angerufen. Es sei auch vorgekommen, dass es dann zu wenig Leute für das Tagesexpedit gegeben habe. Dies habe er dem Nachtexpeditor gesagt, damit die fehlenden Arbeiten am Abend nachgeholt würden. Wenn das nicht möglich gewesen sei, sei die Beilage abgesagt worden. K. habe Leute des Tagesexpedits auch für das Nachtexpedit angerufen und umgekehrt. V., Expeditarbeiterin von 1969 bis 1995, habe vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien angegeben, bei Tag seien 25 bis 30 Leute mit den Einlegearbeiten beschäftigt worden. Je nach Arbeitsanfall sei manchmal nur eine Arbeitskraft notwendig gewesen, dann fünf oder sechs, manchmal sei es sich mit den Leuten nicht ausgegangen, sodass auch Leute von der Nachtschicht für die Arbeiten am Tag hätten herangezogen werden müssen. Demgegenüber habe N. angegeben, es sei nie vorgekommen, dass Urlaub verweigert worden sei. Der Personalstand sei so hoch gewesen, dass immer genug Personal vorhanden gewesen sei.

Aus diesen Aussagen leitete die belangte Behörde ab, dass die Zahl der verfügbaren Expeditarbeiterinnen während der Phasen eines hohen Arbeitsaufwandes voll ausgeschöpft worden sei und zeitweise nicht ausgereicht habe. Die gegenteilige Aussage des N. sei im gegenständlichen Gesamtzusammenhang als Schutzbehauptung zu beurteilen. Ein schnelles und zugleich sorgfältiges Arbeiten und eine gewisse Routine seien erforderlich gewesen. Eingearbeitete Akkordarbeiterinnen seien somit nicht ohne Weiteres ersetzbar gewesen. Auch dies spreche dafür, dass die Beschwerdeführerin ein betriebswirtschaftliches Interesse daran gehabt habe, immer wieder dieselben bewährten

und zuverlässig verfügbaren Expeditarbeiterinnen einzusetzen, was sie auch tatsächlich getan habe. Die Beschwerdeführerin hätte bei längeren Ausfällen ihrer Mitarbeiterinnen, wenn diese in eine arbeitsreiche Zeit gefallen wären, betriebswirtschaftliche Nachteile zu verkraften gehabt. Der "Pool" an verfügbaren Arbeitskräften sei also nicht so beschaffen gewesen, dass beliebig viele Arbeiterinnen hätten herangezogen werden können. Dies spreche dafür, dass die Beschwerdeführerin von Anfang an beabsichtigt habe, ihre Expeditarbeiterinnen regelmäßig zu beschäftigten. Auch erkläre dies, dass die Beschwerdeführerin zwar kurzfristige Ausfälle hingenommen habe - diese zu überprüfen hätte vermutlich mehr betriebswirtschaftlichen Aufwand als Nutzen bedeutet -, dass sie jedoch während arbeitsreicher Zeiten Urlaube verweigert und bei nicht genehmigten Abwesenheiten ebenso wie bei längeren Krankenständen zu Sanktionen gegriffen habe. Die Aussagen der M. und S., wonach Urlaube während arbeitsreicher Zeiten hätten verschoben werden sollen bzw. eine "selten ausgesprochene Gewissheit" im Raum gestanden sei, dass man die Arbeit verlieren könne, wenn man sich während einer ungünstigen Zeit dennoch Urlaub nehme, untermauerten diese Feststellungen. Die Aussage des N., dass jemand, der längere Zeit unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen sei, aus dem "Pool" gestrichen worden sei, belege, dass sich der Expeditleiter Sanktionen vorbehalten habe, wenn er mit der Arbeitsleistung oder Verfügbarkeit der Mitarbeiterinnen nicht zufrieden gewesen sei.

Zusammenfassend sei daher festzustellen, dass sich die Erstmitbeteiligte bei Beginn ihrer Tätigkeit zum regelmäßigen Arbeiten bereit erklärt und gleichzeitig angegeben habe, dass sie bei Krankheit der Kinder problemlos zu Hause bleiben wolle. Ihr Vorgesetzter K. habe dies zur Kenntnis genommen und sich vorbehalten, sie anzurufen, wenn er sie brauche. Weitere Details der Beschäftigung seien nicht besprochen worden. Die Erstmitbeteiligte habe sich in der Folge jahrelang immer zur Verfügung gehalten und, abgesehen von kurzfristigen Krankenständen bzw. Pflegeaufgaben, tatsächlich regelmäßig gearbeitet. Sie habe ihren Urlaub überwiegend in den Sommermonaten, also in einer Zeit mit geringem Arbeitsaufkommen, genommen und, wie von ihrem Vorgesetzten verlangt, durch Eintragung in eine Liste im vorhinein bekannt gegeben und bewilligt erhalten. Dies habe den objektiven Unternehmensanforderungen entsprochen. Sie sei Teil eines "Pools" an Arbeitskräften gewesen, der sich in einer Größenordnung bewegt habe, die dazu geführt habe, dass immer wieder dieselben Personen gemeinsam zum Einsatz gekommen seien. Die Beschwerdeführerin habe darüber hinaus ein betriebswirtschaftliches Interesse daran gehabt, die Erstmitbeteiligte als bewährte Arbeitskraft regelmäßig zu beschäftigen. Tatsächlich sei die Erstmitbeteiligte im Jahr 1989 118 Tage, 1990 175 Tage, 1991 154 Tage, 1992 161 Tage und 1993 116 Tage tätig gewesen. Ein allfälliges Recht, die Arbeitseinsätze längere Zeit zu unterbrechen, habe die Beschwerdeführerin nicht erörtert. Die Erstmitbeteiligte habe ein solches Recht auch tatsächlich nicht in Anspruch genommen. Im Jahr 1994 habe die Erstmitbeteiligte länger dauernde und wiederholte Krankenstände (vom 10. Februar bis zum 13. März und vom 19. März bis zum 27. Juli) gehabt. In der Folge sei sie von ihrem Vorgesetzten nicht mehr angerufen und mit dem Vorwurf konfrontiert worden, während arbeitsreicher Zeiten nicht zur Verfügung gestanden zu sein. Dann sei sie nur mehr selten und schließlich gar nicht mehr zum Einsatz gekommen. Im Jahr 1994 habe sie sieben Tage im Jänner, sechs Tage im Februar, vier Tage im März, zwei Tage im Juli und einen Tag im August gearbeitet.

Die Aussagen der Erstmitbeteiligten erschienen völlig unbedenklich und im Wesentlichen widerspruchsfrei, sie deckten sich auch in allen wesentlichen Punkten mit den weiteren genannten Aussagen der Parteien und Zeugen in den erwähnten Gerichtsverfahren. Demgegenüber beschränkten sich die schriftlichen Ausführungen der Beschwerdeführerin im Wesentlichen darauf, die festgestellten Elemente der Beschäftigung als ein nicht auf einer Verpflichtung beruhendes Verhalten darzustellen. Diesen Darlegungen sei nicht zu glauben.

Im gegenständlichen Fall sei die schlüssige Vereinbarung einer wiederkehrenden Leistungspflicht anzunehmen. Die Beschwerdeführerin habe sowohl auf Grund der zu Beginn von der Erstmitbeteiligten ausdrücklich ausgesprochenen Bereitschaft, regelmäßig zu arbeiten (mit der einzigen Einschränkung, bei Krankheit eines Kindes daheim zu bleiben), als auch auf Grund des regelmäßig von der Erstmitbeteiligten geübten Verhaltens laufend über deren Arbeitskraft verfügen können. Sie habe dies unter Beachtung der objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation auch getan und, als dies infolge der festgestellten Krankenstände während längerer Zeit nicht möglich gewesen sei, über die Erstmitbeteiligte Sanktionen verhängt. Daran vermöge es nichts zu ändern, dass sich die Beschwerdeführerin mit verbindlichen Zusagen an die Erstmitbeteiligte stets zurückgehalten habe. Mangels Vorliegens einer anders lautenden ausdrücklichen Vereinbarung sei daraus zu schließen, dass eine konkludente Übereinkunft bestanden habe, dass die Tätigkeit ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis begründe. Der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Erstmitbeteiligte habe Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen können, sei angesichts der obigen Feststellungen nicht

beizupflichten. Die festgestellte Möglichkeit, aus Krankheit bzw. wichtigen Gründen kurzfristig von der Arbeit fern zu bleiben, spreche in keiner Weise gegen das Vorliegen einer grundsätzlichen durchgehenden Arbeitsverpflichtung. Das Arbeits- und Sozialgericht Wien habe mit Zwischenurteil vom 21. Jänner 1998 festgestellt, dass die Erstmitbeteiligte " (arbeitsrechtlich) in einem durchgehenden (weil unzulässige Kettendienstverträge darstellenden) Dienstverhältnis gestanden sei". Auch dieses Urteil habe in die gegenständliche Beurteilung einzufließen.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und nahm, ebenso wie die viertmitbeteiligte Partei, ausdrücklich von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Die erstmitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Die zweit-, dritt- und fünftmitbeteiligte Partei haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

5.1. Die Beschwerdeführerin vertritt zunächst die bereits in ihrer Stellungnahme vom 23. September 2003 vorgebrachte Auffassung, dass ein freies Dienstverhältnis und damit vor Einführung des § 4 Abs. 4 ASVG (mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201) überhaupt kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen sei. Dazu ist an dieser Stelle bloß vorweg festzuhalten, dass mit dem angefochtenen Bescheid festgestellt worden ist, dass die Erstmitbeteiligte der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterlegen ist. Lediglich die Rechtmäßigkeit dieses Ausspruches ist Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Es kommt nicht darauf an, ob gegebenenfalls Versicherungspflicht nach einer anderen Bestimmung vorgelegen ist bzw. das Beschäftigungsverhältnis den Tatbestand einer anderen gesetzlichen Bestimmung erfüllt.

5.2. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei gemäß § 68 ASVG Verjährung eingetreten, ist entgegenzuhalten, dass, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits im hg. Vorerkenntnis vom 17. Dezember 2002 ausgeführt hat, für die Feststellung der Versicherungspflicht keine Verjährung im Gesetz vorgesehen ist.

5.3. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend bemerkt, besteht im Verwaltungsverfahren das Gebot der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahmen grundsätzlich nicht. Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass ihr die belangte Behörde nicht bekannt gegeben habe, welche bestimmten Ergebnisse der vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien durchgeführten Beweisverfahren sie heranziehen werde. Die Beschwerdeführerin zeigt auch auf, dass Unterschiede zwischen der Tätigkeit der Erstmitbeteiligten und jener der M. (die im Übrigen erst zu arbeiten begonnen habe, als die Erstmitbeteiligte damit schon aufgehört gehabt habe) bestanden hätten. So sei die Erstmitbeteiligte am Tag, M. vorwiegend in der Nacht eingesetzt worden, sodass es für M., anders als für die Erstmitbeteiligte, im vorhinein provisorische Dienstpläne gegeben habe. Auch seien verschiedene Expeditleiter (K. für die Erstmitbeteiligte, N. für M.) zuständig gewesen, was eine unterschiedliche praktische Handhabung bewirkt habe. M. habe ein neu eingerichtetes Telefonsystem (zur Annahme der einzelnen Arbeitseinteilungen) zu bedienen gehabt, das es zur Zeit der Tätigkeit der Erstmitbeteiligten noch nicht gegeben habe. Ferner sei die Erstmitbeteiligte als Aushelferin mit sehr einfachen, von jedermann nach kürzester Einschulung verrichtbaren Arbeiten betraut - und damit leicht ersetzbar - gewesen, während M. als Einlegerin eine wesentlich längere Einschulungszeit und anschließende Übungszeit benötigt habe.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die belangte Behörde der Beschwerdeführerin unbestritten mitgeteilt hat, sie werde die Beweisergebnisse aus den gegenständlichen Gerichtsakten verwerten. Die Beschwerdeführerin hat nicht vorgebracht, dass ihr diese unbekannt gewesen wären. Die belangte Behörde hat daher nicht gegen das im Zusammenhang mit dem Recht auf Parteiengehör bestehende "Überraschungsverbot" (siehe dazu die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren I, 2. Auflage, S. 697 f unter E 344 zitierte hg. Judikatur) verstoßen. Ein Vorhalt, welche Teile die belangte Behörde tatsächlich bei ihrer Bescheidbegründung heranziehen wird, und so zu erkennen zu geben, wie sie den Bescheid zu begründen gedenkt, war nicht notwendig (vgl. die bei Walter/Thienel, a.a.O., S. 707 unter E 411 wiedergegebene hg. Rechtsprechung).

Im Übrigen hat die belangte Behörde die für die Entscheidung wesentlichen Feststellungen zur Beschäftigung der Erstmitbeteiligten nicht auf Beweisergebnisse zu Beschäftigungen anderer Arbeiterinnen gestützt, sondern die

letzteren nur zur Bestärkung herangezogen. Dass insofern den von der Beschwerdeführerin aufgezeigten Unterschieden Relevanz zukäme, wird in der Beschwerde nicht dargelegt. Dass aber die Tätigkeiten der einzelnen Expeditarbeiterinnen überhaupt wesentlich unterschiedlich gewesen seien, stellt auf Grund des im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden Neuerungsverbotes ein unzuverlässiges Vorbringen dar.

5.4. Die belangte Behörde hat zwar festgestellt, dass wesentliche Elemente der Beschäftigung nicht ausdrücklich vereinbart worden seien und daher auf den tatsächlichen Ablauf der Beschäftigung besonderes Gewicht gelegt werden müsse. Sie hat aber auch festgehalten, dass sich die Beschwerdeführerin (und ihre Rechtsvorgängerin) die Möglichkeit vorbehalten hat, die Arbeit der Expeditarbeiterinnen bei Bedarf abzurufen (Seite 10 des angefochtenen Bescheides). Beim Beginn ihrer Tätigkeit habe die Erstmitbeteiligte ihre Bereitschaft zum regelmäßigen Arbeiten kundgetan und gleichzeitig angegeben, bei Krankheit ihrer Kinder problemlos zu Hause bleiben zu wollen. Ihr Vorgesetzter, K., habe dies zur Kenntnis genommen und sich vorbehalten, sie anzurufen, wenn er sie brauche (Seite 17 des angefochtenen Bescheides).

Daraus, dass sich die Beschwerdeführerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) die Möglichkeit vorbehalten habe, die Arbeit "bei Bedarf" abzurufen, wenn diese gebraucht werde, folgt aber, dass dann, wenn nicht feststeht, dass im Bedarfsfall nach einer bestimmten Reihenfolge vorgegangen wurde, keine Beschäftigungspflicht gegeben war. Daran vermag es auch nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin in der Folge immer wieder zu Arbeiten herangezogen worden ist. Denn angesichts des ausdrücklichen Bedarfsvorbehaltes wäre eine durchgehende Beschäftigungspflicht nur dann zu bejahen gewesen, wenn sich eine periodisch wiederkehrende (etwa nach der Anzahl der Stunden regelmäßige wöchentliche, vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. April 1991, Zl. 90/08/0134) Beschäftigung ergeben hätte. Für die Feststellung eines durchgehenden (und eben nicht eines bloß tageweisen) Beschäftigungsverhältnisses wäre im Sinne des Vorerkenntnisses vom 17. Dezember 2002 eine Verpflichtung, die Leistung der Erstmitbeteiligten in den Bedarfsfällen solchermaßen regelmäßig abzurufen, Voraussetzung gewesen.

Wenn bindende Vereinbarungen über den Arbeitseinsatz im Vorhinein nicht getroffen wurden, ändert es auch nichts an der rechtlichen Beurteilung, dass die Arbeiter nach einer Liste angerufen wurden. In diesem Zusammenhang ist etwa auf die - im Akt befindliche - Zeugenaussage des S. vom 21. Jänner 1998 in einem der arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren hinzuweisen, wonach diese Liste alphabetisch geordnet gewesen sei und er immer bei "A" zu telefonieren begonnen habe. Die Zeugin S. hat im anderen arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren am 8. August 2003 zu Protokoll gegeben, dass die Häufigkeit ihrer Einteilung vom Arbeitsanfall abhängig gewesen sei. N. habe aber, so glaube sie, eine Stammgruppe gehabt, die er bei weniger Arbeit bevorzugt herangezogen habe. Wenn viel Arbeit gewesen sei, habe er wahrscheinlich auch noch andere hinzugezogen.

Auf Grund des ausdrücklichen Bedarfsvorbehaltes ist es also mangels Feststellungen, nach welchen Kriterien die Arbeitsleistung der Erstmitbeteiligten tatsächlich abgerufen wurde, insgesamt nicht nachvollziehbar, weshalb die belangte Behörde bei ihrer Entscheidung offenbar davon ausgegangen ist, dass eine solche Beschäftigungspflicht im Sinne des Vorerkenntnisses seitens der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin vorgelegen ist, die für das Vorliegen eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses während der im angefochtenen Bescheid genannten Perioden notwendig wäre.

5.5. Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Erstmitbeteiligte im Falle des Abrufes der Arbeitsleistung diese ablehnen konnte, hat die belangte Behörde einerseits festgestellt, dass kurze begründete Ausfälle (z.B. wegen Krankheit oder Krankheit der Kinder) akzeptiert und nicht weiter überprüft worden seien (Seite 13 des angefochtenen Bescheides). Im Fall von kurzen und seltenen begründeten Ausfällen seien keinerlei Sanktionen verhängt, sondern die Ausfälle toleriert worden. Bei längeren bzw. häufigeren Ausfällen habe es jedoch, insbesondere, wenn diese in arbeitsreiche Phasen gefallen seien, Sanktionen gegeben. Die Erstmitbeteiligte habe keine Gespräche mit ihrem Vorgesetzten darüber geführt, was bei einem längeren Ausfall sein würde. Sie habe daher den Eindruck gewinnen können, dass sie jederzeit problemlos daheim bleiben könne, wenn sie es brauche. Sie habe auch den Eindruck gewinnen können, dass Urlaub bei rechtzeitiger Bekanntgabe immer bewilligt werde (Seite 15 des angefochtenen Bescheides).

Die belangte Behörde gelangte zu dem Ergebnis, dass (daher) eine schlüssige Vereinbarung einer wiederkehrenden Leistungspflicht und eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses vorliege. Der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Erstmitbeteiligte hätte Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen können, sei angesichts der

getroffenen Feststellungen nicht beizupflichten. Die festgestellte Möglichkeit, aus Krankheit und wichtigen Gründen kurzfristig von der Arbeit fernzubleiben, spreche in keiner Weise gegen das Vorliegen einer grundsätzlich durchgehenden Arbeitsverpflichtung (Seite 20 des angefochtenen Bescheides).

Wenn ein Beschäftigter ungeachtet einer getroffenen Rahmenvereinbarung über die Erbringung von Arbeitsleistungen in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des konkret Betroffenen rechnen oder entsprechend disponieren kann, ist für den Zeitraum dieser Vereinbarung keine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger gegeben (vgl. dazu das hg. Vorerkenntnis vom 17. Dezember 2002 mwN und z.B. die hg. Erkenntnisse vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0097, vom 25. September 1990, Zl. 89/08/0119, und vom 16. November 1993, Zl. 92/08/0223). Die persönliche Abhängigkeit ist aber nur dann ausgeschlossen, wenn eine generelle, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten oder Ereignisse, wie Krankheit oder Urlaub, beschränkte Ablehnungsbefugnis vorliegt (vgl. auch dazu das hg. Vorerkenntnis vom 17. Dezember 2002 mwN).

Die Feststellung der belangten Behörde, im gegenständlichen Fall sei die schlüssige Vereinbarung einer wiederkehrenden Leistungspflicht anzunehmen (Seite 20 des angefochtenen Bescheides), spricht weder für noch gegen ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis, da auch eine Rahmenvereinbarung vorliegen kann, die mangels periodisch wiederkehrender oder im Vorhinein vereinbarter Zeiträume der Arbeitsleistung nur zu tageweisen versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen führt (vgl. auch dazu die Ausführungen im hg. Vorerkenntnis vom 17. Dezember 2002).

Die Beschwerdeführerin hat nach den Feststellungen der belangten Behörde sowohl auf Grund der zu Beginn von der Erstmitbeteiligten ausdrücklich ausgesprochenen Bereitschaft, regelmäßig (mit der einzigen Einschränkung, bei Krankheit eines Kindes daheim bleiben zu wollen) arbeiten zu wollen, als auch auf Grund des von der Erstmitbeteiligten regelmäßig geübten Verhaltens ständig über deren Arbeitskraft verfügen können. Sie habe ihrerseits die Erstmitbeteiligte unter Beachtung der objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation immer wieder beschäftigt und, als dies infolge der festgestellten Krankenstände der Erstmitbeteiligten während längerer Zeit nicht möglich gewesen sei, Sanktionen verhängt. Die belangte Behörde leitet daraus mangels Vorliegens einer anders lautenden ausdrücklichen Vereinbarung ab, dass eine konkludente Übereinkunft über ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vorgelegen ist. Den Behauptungen der Beschwerdeführerin, die Erstmitbeteiligte hätte Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen können, sei angesichts der obigen Feststellungen nicht beizupflichten (Seite 20 des angefochtenen Bescheides).

Das so von der belangten Behörde erzielte Ergebnis ist allerdings insofern nicht nachvollziehbar, als sie selbst festgestellt hat, dass die Erstmitbeteiligte den Eindruck habe gewinnen können, jederzeit problemlos daheim bleiben zu können, wenn sie es brauche (Seite 15 des angefochtenen Bescheides). Diese Feststellung ist auch durch die Aussage der Erstmitbeteiligten vor der belangten Behörde vom 15. Juli 2003 gedeckt: Sie hat dort angegeben, dass sie immer den Grund genannt habe, wenn sie einen Einsatz abgesagt habe. Sie wisse aber nicht, ob das Nennen des Grundes von der Dienstgeberseite verlangt worden sei.

Konnte aber die diesbezügliche rechtsgeschäftliche Erklärung der Beschwerdeführerin von der Erstmitbeteiligten so verstanden werden, wie sie die Beschwerdeführerin nach ihren Behauptungen auch gemeint hat, dann besteht kein Anlass, an der insoweit gültigen Abrede zu zweifeln; dies jedenfalls dann und in jenem Umfang, in dem der Wirksamkeit dieser Vereinbarung nicht § 539a ASVG entgegensteht, wofür sich im Beschwerdefall aber derzeit kein Anhaltspunkt bietet.

5.6. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Vorerkenntnis vom 17. Dezember 2002 ausgeführt, dass dann, wenn der Beschwerdeführerin die Möglichkeit offen stand, im Fall der Absage der von ihr in Aussicht genommenen Personen aus dem "Pool" die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen, und dadurch auch genügend Arbeitskräfte zur Verfügung waren, der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart wurde oder dem dies bekannt ist, tatsächlich hätte davon ausgehen können, einzelne Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu dürfen.

Die belangte Behörde hat nicht festgestellt, wie viele Expeditarbeiter konkret im "Pool" insgesamt zur Verfügung gestanden sind. Sie hat nur festgestellt (Seite 17 des angefochtenen Bescheides), dass die Zahl der verfügbaren Expeditarbeiterinnen während der Phasen eines hohen Arbeitsaufwandes voll ausgeschöpft worden sei und zeitweise nicht ausgereicht habe. Der "Pool" an verfügbaren Arbeitskräften sei also nicht so beschaffen gewesen, dass beliebig

viele Arbeiterinnen hätten herangezogen werden können. Die Aussage des N., der Personalstand sei so hoch gewesen, dass immer genug Personal vorhanden gewesen sei, sei im gegenständlichen Gesamtzusammenhang als Schutzbehauptung zu beurteilen.

Die belangte Behörde hat es, obwohl die einzelnen Zahlenangaben zur Größe des "Pools" nicht unbeträchtlich divergierten, unterlassen, nähere Ermittlungen und Feststellungen zur Frage der genauen Zahl des jeweiligen Personalstandes und des zum Einsatz gelangenden Personals vorzunehmen bzw. zu treffen. Der in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin gerügte Verfahrensmangel ist auch von Relevanz, da die belangte Behörde, hätte sie die entsprechenden Ermittlungen durchgeführt, zu einem anderen Bescheid hätte gelangen können. Durch die Darlegung der belangten Behörde, der "Pool" habe sich in einer Größenordnung bewegt, die dazu geführt habe, dass immer wieder dieselben Personen zum Einsatz gekommen seien (Seite 18 des angefochtenen Bescheides), können konkrete Feststellungen über die Zahl der verfügbaren Personen nicht ersetzt werden. Zwar kommt es nicht darauf an, dass tatsächlich immer genug Personal vorhanden gewesen ist. Ohne Feststellungen, wie viele Personen im "Pool" zusammengefasst waren, kann aber nicht nachvollziehbar begründet werden, ob dieser ausreichend groß war, sodass der Erstmitbeteiligten bekannt war oder sein musste, dass sie bei Entfall ihrer Arbeitskraft grundsätzlich ohne Weiteres durch eine andere Arbeiterin ersetzt werden konnte.

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

7. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. April 2005

Schlagworte

Parteiengehör Rechtliche Beurteilung Parteiengehör Verletzung des Parteiengehörs Verfahrensmangel Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG Allgemein VwRallg10/1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2005:2004080109.X00

Im RIS seit

17.06.2005

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at