

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/3/27 89/04/0204

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.03.1990

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §56;

VStG §51 Abs1;

VStG §51 Abs5;

## Betreff

Vorarlberger Gebietskrankenkasse gegen Bundesminister für Arbeit und Soziales vom 2. Juni 1989, Zl. 120.852/2-7/89, betreffend Versicherungspflicht nach ASVG und AVG (mitbeteiligte Partei: Gemeinde A).

## Spruch

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

Der Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen von S 10.110,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Die Gegenschrift der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter und die Gegenschrift der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt werden zurückgewiesen.

## Begründung

1. Hinsichtlich der Vorgeschichte und des auch hier beschwerdegegenständlichen Sachverhaltes verweist der Verwaltungsgerichtshof auf sein Erkenntnis vom 16. Jänner 1990, Zl. 88/08/0260. Danach hat die Beschwerdeführerin mit BESCHEID VOM 9. JUNI 1987 hinsichtlich der in der Anlage zu diesem Bescheid angeführten Dienstnehmer für die dort angeführten, frühestens im Kalenderjahr 1983 liegenden Zeiträume bzw. Tage die Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG festgestellt sowie Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von S 81.829,26 und Verzugszinsen in der Höhe von

S 14.897,97 nachverrechnet.

Dem dagegen erhobenen EINSPRUCH der mitbeteiligten Partei wurde mit BESCHEID DES LANDESHAUPMANNES VON VORARLBERG VOM 22. AUGUST 1988 teilweise Folge gegeben und festgestellt, daß bestimmte, namentlich genannte Dienstnehmer in den angegebenen Zeiträumen der "Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 im Abs. 2 ASVG bzw. der Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung" unterlagen (Punkt I. des Bescheides), sowie daß die mitbeteiligte Partei Sozialversicherungsbeiträge nur in der Höhe von S 1.714,06 (Punkt II. des Bescheides) sowie

Verzugszinsen von S 509,49 (Punkt III. des Bescheides) zu entrichten hätte.

Gegen diesen Bescheid richtete sich hinsichtlich seines Abspruches über die Beitragspflicht die zu hg. Zl. 88/08/0260 protokollierte Beschwerde (der auch hier beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse), welcher mit hg. Erkenntnis vom 16. Jänner 1990 stattgegeben und der genannte Bescheid des Landeshauptmannes in den Punkten II. und III. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben wurde.

Die ferner von der Beschwerdeführerin gegen den Bescheid des Landeshauptmannes erhobene BERUFUNG wurde - soweit sie sich auf den Abspruch über die Beitragspflicht bezog - mit dem angefochtenen Bescheid von der belangten Behörde als unzulässig zurückgewiesen; im übrigen wurde der Berufung keine Folge gegeben.

2. Nach dem Inhalt der vorgelegten Verwaltungsakten und der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstatteten Schriftsätze wird folgender Sachverhalt von den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nicht bestritten: Die mitbeteiligte Partei beschäftigt vor allem bei Aufforstungsarbeiten, Instandhaltung von Berg- und Waldwegen sowie gelegentlichen Aushilfen bei Müll- und Reinigungsarbeiten Aushilfskräfte, wobei die Beschäftigung teils an aufeinanderfolgenden Tagen, die einen geschlossenen Zeitraum ergeben, teils aber auch an einzelnen Tagen erfolgt, wobei zwischen den Beschäftigungszeiträumen jeweils Zeiten der Nichtbeschäftigung in unterschiedlicher, mitunter auch eine Woche übersteigender Dauer liegen.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Bescheid vom 9. Juni 1987 teils durchgehende Beschäftigungsverhältnisse, teils tageweise Beschäftigungsverhältnisse angenommen. Bei letzteren Beschäftigungsverhältnissen hat sie daher bei Prüfung des Vorliegens einer allfälligen Geringfügigkeit der Beschäftigung im Sinne des § 5 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG nicht den MONATLICHEN Arbeitsverdienst der (diesen Arbeitsverdienst übersteigenden) MONATLICHEN Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 lit. b ASVG gegenübergestellt, sondern den TÄGLICHEN Arbeitsverdienst der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 lit. a ASVG, woraus sich bei den vom Einspruchs- und Berufungsverfahren betroffenen Dienstnehmern das Vorliegen einer Vollversicherungspflicht ergeben hat.

2.1. In der Begründung ihres Bescheides vom 9. Juni 1987 führte die Beschwerdeführerin aus, daß eine tageweise Beschäftigung immer dann anzunehmen sei, wenn mit den betreffenden Dienstnehmern eine Vereinbarung getroffen werde, die eine Arbeitsübernahme fallweise für Einzeltage vorsehe, diese sich am Bedarf orientiere und die Abrechnung des Entgeltes jeweils für Einzeltage (zumindest aber für eine kürzere Zeit als eine Woche) erfolge. Das gleiche gelte auch, wenn die Abrechnung des Entgeltes zwar monatlich erfolge, aber nicht mindestens wöchentlich eine Beschäftigung vorliege bzw. nicht genügend Beschäftigungstage für eine durchgehende Versicherungspflicht von mindestens vierzehn Tagen vorlägen.

2.2. Der Landeshauptmann hielt dem in der Begründung des Einspruchsbescheides vom 22. August 1988 folgendes entgegen: Es sei unbestritten, daß den in Rede stehenden Arbeitsverhältnissen eine stillschweigend oder ausdrücklich auf die fortgesetzte Wiederholung der Dienstleistungen gerichtete Willensübereinstimmung der Vertragsparteien zugrunde liege. Strittig sei lediglich, ob die bestehenden Beschäftigungsverhältnisse unterbrochen würden, wenn in einem längeren Zeitraum als sieben Tage keine Arbeitsleistung erbracht werde und deshalb die Beschäftigung nicht als geringfügig angesehen werden könne. Nach einer Wiedergabe des wesentlichen Inhaltes der Bestimmung des § 5 Abs. 2 ASVG vertrat die Einspruchsbehörde den Standpunkt, daß es bei Beurteilung der Geringfügigkeit darauf ankomme, ob das Beschäftigungsverhältnis für mindestens eine Woche oder auf Dauer vereinbart worden sei; diesfalls sei ohne Rücksicht auf die Zahl der Arbeitstage die Geringfügigkeitsgrenze für das monatliche Entgelt anzusetzen. Unter dem Begriff "Woche" sei ein zusammenhängender Zeitraum von sieben Tagen zu verstehen und nicht etwa (bloß) eine Kalenderwoche oder eine Arbeits- (5-Tage)woche. Ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis im Sinne des ASVG könne trotz Arbeitsleistung lediglich an einzelnen Tagen dann angenommen werden, wenn eine IM VORAUS BESTIMMTE, PERIODISCH WIEDERKEHRENDE LEISTUNGSPFLICHT bestehe. Wenn Aushilfen (wie nach dem von der Einspruchsbehörde angenommenen Sachverhalt) verpflichtet seien, JEDERZEIT AUF ABRUF ZU ARBEITEN, so bestehe eine durchlaufende Versicherungspflicht. Diese Vereinbarung, sowie die monatliche Abrechnung und die Auszahlung einer Jahresremuneration würden für ein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis sprechen, wobei die monatlichen Entgeltgrenzen im Sinne des § 5 Abs. 2 lit. b ASVG nicht überschritten worden seien. Auch für eine von den Vertragsparteien gewollte Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 5 Abs. 2 zweitletzter Satz ASVG würden keine Anhaltspunkte vorliegen.

2.3. Die belangte Behörde teilt nach der Begründung des angefochtenen Bescheides im wesentlichen die Auffassung

der Einspruchsbehörde, jedoch mit der Präzisierung, daß ihrer (der Berufungsbehörde) Auffassung zufolge ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne nur dann angenommen werden könne, wenn eine im VORAUS

#### BESTIMMTE ODER TATSÄCHLICH FESTSTELLBARE PERIODISCH

WIDERKEHRENDE LEISTUNGSPFLICHT (täglich, wöchentlich, monatlich) bestehe. Ferner müsse ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des ASVG mit einer tatsächlichen Beschäftigung zusammenfallen. Der im Einspruchsbescheid enthaltene Rechtssatz, schon die Verpflichtung zur jederzeitigen Arbeit auf Abruf begründe ein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis, findet sich im angefochtenen Bescheid hingegen nicht.

3. Gegen diesen, über die Versicherungspflicht absprechenden Teil des angefochtenen Bescheides richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde, in der die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt wird.

3.1. Wie schon in ihrer Berufung rügt die Beschwerdeführerin auch in ihrer Beschwerde, daß die Einspruchsbehörde von sich aus weitere Feststellungen sowohl darüber hätte treffen müssen, ob tatsächlich mit allen Dienstnehmern Verträge mit dem im Einspruch der mitbeteiligten Partei behaupteten Inhalt abgeschlossen und unter welchen Bedingungen die jeweiligen Dienstleistungen tatsächlich erbracht worden seien. Im Spruch des Bescheides der Einspruchsbehörde sei ferner nicht ersichtlich, ob bzw. in welchen Zeiträumen die darin genannten Dienstnehmer der Vollversicherungspflicht oder nur der Teilversicherungspflicht unterlegen seien. Die Beschwerdeführerin lastet der belangten Behörde an, diesen in ihrer Berufung erhobenen Rügen nicht Rechnung getragen zu haben.

3.2. In ihrer Rechtsrüge weist die Beschwerdeführerin darauf hin, daß die streitgegenständlichen Dienstleistungen zwar meist über einen längeren Zeitraum, nicht aber im voraus bestimmt bzw. periodisch wiederkehrend erbracht worden seien. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Leistungen jeweils an BESTIMMTEN TAGEN einer Woche bzw. eines Monates erbracht worden wären, wie dies bei fixen Aushilfen der Fall sei. Die mitbeteiligte Partei habe immer die Möglichkeit gehabt, durch die Bestimmung der jeweiligen Arbeitstage, an denen die Dienstnehmer abberufen worden seien, den Umfang der Dienstleistungen nach ihrem konkreten Bedarf zu gestalten; sie wäre jedenfalls NICHT VERPFLICHTET gewesen, DIE DIENSTNEHMER an bestimmten Tagen bzw. in einem bestimmten Ausmaß ZU BESCHÄFTIGEN. Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits festgestellt, daß eine Verpflichtung dann nur an den Tagen der effektiv zustande gekommenen Beschäftigung gegeben sei, wenn vereinbart worden sei, sich zur Dienstleistung an bestimmten Tagen bereit zu halten, aber die Frage offen bleibe, ob davon auch Gebrauch gemacht werde (Option). Habe hingegen ein Dienstnehmer die Verpflichtung zur regelmäßigen Arbeitsleistung an BESTIMMTEN Wochentagen übernommen, ohne daß das Zustandekommen dieser Arbeitsleistung erst von einer vorherigen Aufforderung des Dienstgebers abhängig sei, so liege ein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis vor und die Frage der Geringfügigkeit des Entgeltes sei nach § 5 Abs. 2 lit. b ASVG zu beurteilen. Für eine durchlaufende Beschäftigung hätte somit eine Verpflichtung der mitbeteiligten Partei bestehen müssen, regelmäßig (im voraus bestimmte oder tatsächlich feststellbar periodisch wiederkehrende) Leistungen gegen Gewährung eines entsprechenden Entgeltes entgegennehmen zu müssen.

3.3. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und erklärt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand zu nehmen.

Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Die zunächst als mitbeteiligte Parteien dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren beigezogenen Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter und die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt schlossen sich in ihren Gegenschriften der Rechtsauffassung und den Anträgen der Beschwerdeführerin an.

4. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

4.1. Gemäß § 5 Abs. 1 Z. 2 ASVG (diese und alle weiteren Zitierungen idF der 32. Novelle zum ASVG,BGBI. 704/1976) sind Dienstnehmer hinsichtlich einer Beschäftigung, die nach Abs. 2 als geringfügig anzusehen ist, von der Vollversicherung ausgenommen. Gemäß § 5 Abs. 2 ASVG gilt eine Beschäftigung als geringfügig im Sinne des Abs. 1 Z. 2 a) wenn sie für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist und dem Dienstnehmer für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt gebührt, welches die tägliche Geringfügigkeitsgrenze nicht übersteigt, oder b) wenn sie

mindestens für eine Woche oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und dem Dienstnehmer ohne Rücksicht auf die Zahl der Arbeitstage ein wöchentliches oder monatliches Entgelt gebührt, welches die wöchentliche oder monatliche Geringfügigkeitsgrenze nicht übersteigt; die Bestimmung des § 5 Abs. 2 lit. c ASVG, welche die Geringfügigkeit von Entgelten regelt, die auf Leistungslohnvereinbarungen beruhen, ist im Beschwerdefall nicht einschlägig.

Gemäß § 5 Abs. 2 vorletzter Satz ASVG gilt eine auf unbestimmte Zeit vereinbarte Beschäftigung dann nicht als geringfügig, wenn das daraus gebührende Entgelt die monatliche oder wöchentliche Geringfügigkeitsgrenze nur deshalb nicht übersteigt, weil die Beschäftigung im Laufe des betreffenden Monates oder der betreffenden Woche begonnen hat, geendet hat, oder unterbrochen wurde.

4.2. Zu der hier maßgebenden Rechtsfrage, ob ein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis oder (unter Umständen mehrere) kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse anzunehmen sind, wenn in einem längeren Zeitraum keine Arbeitsleistung erbracht wird, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 23. September 1970, Slg. N.F. 7859/A, Stellung genommen. Nach dem damals vom Verwaltungsgerichtshof zu beurteilenden Sachverhalt waren die Dienstnehmer nicht verpflichtet gewesen, bei Abruf zu arbeiten, sondern es wäre ihnen freigestanden, die jeweils telefonisch angebotene Arbeit anzunehmen oder abzulehnen; sie sind für die erbrachten Arbeitsleistungen nach einem festen Stundensatz entlohnt worden. Am Ende des ersten Arbeitstages war ihnen jeweils bekanntgegeben worden, ob sie auch am nächsten Tag im zugeteilten Unternehmen arbeiten sollten. Der Verwaltungsgerichtshof hat diesen Sachverhalt dahin beurteilt, daß es sich jeweils um kurzfristige (und nicht um durchgehende) Beschäftigungsverhältnisse gehandelt hat und dazu die Rechtsauffassung vertreten, ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis könne nur dann angenommen werden, wenn eine im voraus bestimmte - oder tatsächlich feststellbare - periodisch wiederkehrende Leistungspflicht (täglich, wöchentlich, monatlich) bestehe. Ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechtes müsse mit einer tatsächlichen Beschäftigung zusammenfallen.

In seinem bereits erwähnten, die (aus dem auch hier strittigen Sachverhalt resultierende) Beitragspflicht betreffenden Erkenntnis vom 16. Jänner 1990, Zl. 88/08/0260, hat der Verwaltungsgerichtshof die im zuvor genannten Erkenntnis ausgesprochene Rechtsauffassung aufrechterhalten und präzisierend dahin weiterentwickelt, daß bei Beschäftigungsverhältnissen auf Abruf zu prüfen sei, ob die Arbeitsleistung im Sinne einer periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht aufgrund einer ausdrücklichen oder doch schlüssigen Vereinbarung im voraus bestimmt sei. Bei Fehlen einer AUSDRÜCKLICHEN Vereinbarung sei die im nachhinein tatsächlich feststellbare, periodisch wiederkehrende Leistung ein INDIZ für eine im vorhinein zumindest SCHLÜSSIG getroffene Vereinbarung.

4.3. Wenn also eine in diesem Sinne im voraus bestimmte Arbeitsleistung nicht vorliegt, so sind (nur) die reinen Beschäftigungszeiten als versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse anzusehen und die Frage der Geringfügigkeit des Entgeltes nach § 5 Abs. 2 lit. a oder b, erster Fall ASVG zu beurteilen. Es spricht aber - entgegen der von der Beschwerdeführerin in ihrem Bescheid vertretenen Auffassung - nicht gegen die Annahme eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses, wenn die zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer getroffene Vereinbarung eine "Arbeitsübernahme fallweise für Einzeltage" vorsieht, wenn für mindestens eine Woche oder für unbestimmte Zeit an bestimmten (oder doch bestimmbaren) Tagen eine Leistungspflicht des Dienstnehmers und eine Pflicht des Dienstgebers, dessen Leistung entgegenzunehmen entweder ausdrücklich oder schlüssig vereinbart ist.

Andererseits besteht ein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis - entgegen der Rechtsauffassung der Einspruchsbehörde - nicht schon dann, wenn der Dienstnehmer zwar grundsätzlich verpflichtet ist, bei Abruf Arbeiten zu verrichten, es aber im Belieben des Dienstgebers steht, ob überhaupt und wann er die Leistung abruft; aus dem Blickwinkel des vorliegenden Beschwerdefalles kann dabei die Frage auf sich beruhen, ob eine Vereinbarung, die den Dienstnehmer gegen jederzeitigen Abruf zur Dienstleistung verpflichtet, es aber in das freie Ermessen des Dienstgebers stellt, ob und wann er von dieser Verpflichtung Gebrauch machen will, überhaupt arbeitsvertragsrechtlich wirksam geschlossen werden könnte (vgl. dazu etwa REBHAHN, in FS Schnorr, S. 225 ff).

4.4. Die belangte Behörde stimmt zwar in der Begründung des angefochtenen Bescheides mit der oben dargelegten Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofes überein, hat jedoch nicht erkannt, daß der von der Einspruchsbehörde festgestellte Sachverhalt im Lichte dieser Rechtsauffassung ergänzungsbedürftig ist. Insbesondere hatte die Einspruchsbehörde kein Ermittlungsverfahren hinsichtlich der tatsächlich getroffenen Vereinbarungen durchgeführt, wobei die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, daß die belangte Behörde die Feststellungen der

Einspruchsbehörde übernommen hat, obwohl diese einerseits unzureichend sind und andererseits nicht auf einem tatsächlichen, aus den Akten entnehmbaren Sachverhaltsubstrat beruhen, sondern lediglich auf dem Einspruchsvorbringen der mitbeteiligten Partei.

Der Beschwerdeführerin ist ferner darin Recht zu geben, daß die belangte Behörde den mangelhaften Spruch des Bescheides der Einspruchsbehörde in der Weise hätte korrigieren müssen, daß aus dem Bescheid erkennbar wird, für welchen Dienstnehmer und für welche Zeiträume die Behörde jeweils Vollversicherungspflicht einerseits und Teilversicherungspflicht andererseits festgestellt hat. In der vorliegenden Fassung läßt dieser Spruch entgegen § 59 Abs. 1 AVG 1950 nicht erkennen, auf welche Weise die Behörde die gegenständliche Verwaltungssache in Ansehung der einzelnen Dienstnehmer tatsächlich erledigt hat.

Da die belangte Behörde bei Unterbleiben der aufgezeigten Verfahrensmängel zu einem im Ergebnis des Spruchs anderslautenden Bescheid hätte kommen können, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

5. Gemäß § 21 VwGG sind Parteien im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof der Beschwerdeführer, die belangte Behörde und jene Personen, die durch den Erfolg der Anfechtung des Verwaltungsaktes in ihren rechtlichen Interessen berührt werden (Mitbeteiligte). Personen, deren rechtliche Interessen im Hinblick auf den angefochtenen Bescheid gleichgelagert mit denen des Beschwerdeführers sind, können nicht als Mitbeteiligte dem Verfahren beigezogen werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 1981, ZI. 81/08/0023, mit weiteren Judikaturhinweisen). Im Hinblick auf die in den Gegenschriften der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter und der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt zum Ausdruck gebrachte Interessenslage waren diese Schriftsätze somit zurückzuweisen.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundesministers für Gesundheit und öffentlicher Dienst vom 17. April 1989, BGBl. Nr. 206. Gemäß Art. I lit. A Z. 1 dieser Verordnung beträgt der Ersatz des Aufwandes, der für die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei mit der Einbringung der Beschwerde verbunden war (Schriftsaufwand) S 10.110,--. Neben diesem Pauschbetrag können weitere Nebenkosten, wie insbesondere der Einheitssatz oder die Umsatzsteuer nicht zugesprochen werden (vgl. die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit3, S. 697, 3. Absatz zitierten Entscheidungen). Das in der Beschwerde gestellte Begehren auf Zuspruch des Einheitssatzes und der Umsatzsteuer mußte daher, soweit der oben genannte Pauschbetrag überschritten wurde, abgewiesen werden.

7. Soweit Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zitiert wurden, die in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Gerichtshofes nicht veröffentlicht sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen.

## **Schlagworte**

Zeitpunkt der Bescheiderlassung Eintritt der Rechtswirkungen

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

ECLI:AT:VWGH:1990:1989040204.X00

## **Im RIS seit**

27.03.1990

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