

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

22.12.2009

Geschäftszahl

2006/08/0333

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayr, Dr. Moritz, Dr. Lehofer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der M GmbH in Wien, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 31. Oktober 2006, Zl. BMSG-323145/0003- II/A/3/2006, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. K L in G, 2. Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30/3, 3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifter Straße 65-67), zu Recht erkannt:

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

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 und der zweitmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit bei der beschwerdeführenden Partei in der Zeit vom 1. September 1994 bis 31. März 2004 in einem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG bzw. § 1 Abs. 1 lit. a AIVG gestanden sei.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges sowie der anzuwendenden gesetzlichen Grundlagen aus, dass die beschwerdeführende Partei eine Agentur für die Erstellung individueller Pressespiegel für Unternehmen sei. Der Schwerpunkt der Tätigkeit liege in der redaktionellen Kurzfassung kundenrelevanter Inhalte aus Wirtschaftsmedien und der Zusammenfassung dieser Inhalte. Bei der beschwerdeführenden Partei seien durchschnittlich etwa 100 Mitarbeiter in Wien beschäftigt.

Die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten bei der beschwerdeführenden Partei habe am 1. September 1994 begonnen. Zu diesem Zeitpunkt sei der Erstmitbeteiligte hoch verschuldet gewesen und habe deshalb damit rechnen müssen, dass sein allfälliges Entgelt gepfändet würde. Aus diesem Grunde sei mit O H. von der beschwerdeführenden Partei ausgemacht worden, dass die damalige Lebensgefährtin des Erstmitbeteiligten "pro forma als Vertragspartnerin" der beschwerdeführenden Partei aufscheinen solle. Diese habe jedoch nie bei der beschwerdeführenden Partei gearbeitet und es sei auch nicht vereinbart gewesen, dass sie dort arbeite. Vielmehr habe ausschließlich der Erstmitbeteiligte die Arbeitsleistungen erbracht. Auf dem "Werkvertrag" aus dem September 1994 scheine aus den genannten Gründen jedoch die damalige Lebensgefährtin des Erstmitbeteiligten auf. Das per Scheck an sie ausbezahlte Entgelt, welches in der Folge an den Erstmitbeteiligten weitergeleitet worden sei, habe die Entlohnung für dessen Tätigkeit dargestellt.

Nach Besserung der finanziellen Situation des Erstmitbeteiligten sei von der beschwerdeführenden Partei mit ihm am 3. Juli 1995 direkt ein "Werkvertrag" abgeschlossen worden und in weiterer Folge im Jänner 1999 und am 3. April 2003 jeweils ein "freier Dienstvertrag". Die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten bei der beschwerdeführenden Partei habe am 31. März 2004 geendet.

Im Laufe der Beschäftigung sei die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten im Wesentlichen gleich geblieben. Er sei nach Bestehen eines Eignungstests als Redakteur und Lektor eingesetzt worden. Nach einiger Zeit

(Sommer 1998) sei der Erstmitbeteiligte zum leitenden Chefredakteur aufgestiegen. Seine Tätigkeit habe das Auswerten nationaler und internationaler Print- und Onlinemedien, das redaktionelle Kurzfassen kundenrelevanter Inhalte, das computergestützte Erstellen von "onlinefähigen Managementinformationen" sowie das Endlektorat von Kurzmeldungen aus den Bereichen Wirtschaft, Politik und Technik umfasst. Als Chefredakteur sei der Erstmitbeteiligte zusätzlich Ansprechpartner für verschiedene Kundenbelange (Reklamationen, Änderungswünsche oder Modifikationen der Auswertungskriterien) sowie verantwortlich für die interne Organisation und Ablaufkoordination der Teams gewesen. Er habe dabei eine "Scharnierfunktion" zwischen Geschäftsführung und Auswerter- bzw. Scanteams innegehabt. Er sei dafür verantwortlich gewesen, dass Änderungen in Kundenprofilen ihren Niederschlag in der Auswertung gefunden hätten; zugleich sei er für die inhaltliche Qualitätskontrolle der Meldungen zuständig gewesen. Der Erstmitbeteiligte habe vom Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei, Dr. P., Anweisungen bezüglich des Arbeitsablaufs (etwa Anweisungen hinsichtlich der Auswertungskriterien, Änderungswünsche der Kunden, Möglichkeiten zur Arbeitsoptimierung) erhalten. An jedem Tag sei eine Checkliste erstellt worden, auf der festgehalten worden sei, wer, wann, auf welchem Weg, welchen Pressespiegel an den jeweiligen Kunden übermittelt habe. Stichprobenartige Kontrollen der Pressespiegel hinsichtlich qualitativer Mängel seien durch den Geschäftsführer Dr. P. bzw. den Erstmitbeteiligten in seiner Eigenschaft als Chefredakteur erfolgt. Im Wochenrhythmus hätten Treffen im kleinen Kreis (Jour fixe) zwischen Dr. P. und dem Erstmitbeteiligten stattgefunden. Etwa alle vier Wochen hätten größere Redaktionssitzungen unter Einbeziehung der Teammitglieder stattgefunden. Dabei sei über die allgemeine Geschäftssituation und über konkrete Kundenwünsche oder projektierte Änderungen im Arbeitsablauf und der Auswertung informiert worden.

Die Dienstpläne seien üblicherweise zu Beginn des Monats für jeweils vier Wochen bzw. auch wöchentlich erstellt worden. Es habe dabei keine grundsätzliche Verpflichtung der Mitarbeiter gegeben, sich in den Dienstplan einzutragen bzw. Arbeitsbereitschaft bekannt zu geben. Die Abstimmung des Dienstplans und die Zusammenstellung der Teams sei zwischen den Mitarbeitern und dem Personalverantwortlichen im "kollegialen Miteinander" erfolgt. Es habe aber letztendlich ein Team zu Stande kommen müssen und Mitarbeiter seien teilweise "angefleht" worden, sich einzutragen bzw. sei damit gedroht worden, die Arbeit in die "Tschechoslowakei" zu verlegen. Die Wahl der Schicht sei dem jeweiligen Mitarbeiter überlassen geblieben. Nach Zusammenstellung des Arbeitsteams sei eine Woche in dieser Zusammensetzung gearbeitet und erwartet worden, dass diejenigen Personen, die sich in den Dienstplan eingetragen hatten, tatsächlich erschienen. Es seien jedoch auch innerhalb einer Arbeitswoche Änderungen möglich gewesen (wegen Krankheit, "Verschlafens der eingeteilten Person", Tausch der Schichten); die Verantwortung für den jeweiligen Ersatz habe dann allerdings die Person übernommen, die an dem betreffenden Arbeitstag nicht habe arbeiten können oder wollen. Eine Vertretung sei auf Grund der vertraglich normierten Verschwiegenheitsverpflichtung über alle betrieblichen und geschäftsinternen Belange nur durch betriebsinterne Kollegen möglich gewesen.

Für das Erstellen des Pressespiegels sei das Zusammenwirken mehrerer Arbeitsgruppen erforderlich. Die Arbeitsgruppen würden sich jeweils aus den redaktionellen Mitarbeitern, den Dateneingebnern, dem Lektorat, den Übersetzern und dem Scanteam zusammensetzen. Am Anfang habe es nur ein Morgen- und ein Abendteam gegeben. Später habe es dann auch ein Mittagsteam gegeben. Beim Morgenteam sei der Dienstbeginn etwa um 4 Uhr gewesen, beim Abendteam um etwa 18 Uhr (Erscheinen der Abendausgaben der Tageszeitungen und Wochenmagazine). Mit diesem Zeitpunkt hätten die Mitarbeiter zu arbeiten beginnen können, es habe jedoch keine Verpflichtung bestanden, genau um diese Zeit anzufangen.

Der Erstmitbeteiligte sei normalerweise nur im Morgenteam tätig gewesen, vertretungsweise auch am Abend. Die Arbeitszeit im Morgenteam sei durch das Erscheinen der Morgenzeitungen (ca. 4 Uhr) sowie durch den Abgabetermin des Pressespiegels (etwa 8 bis 9 Uhr) zeitlich eingegrenzt gewesen. Der Erstmitbeteiligte habe unregelmäßig gearbeitet, sein Arbeitsbeginn sei manchmal um

3.30 Uhr gelegen und sein Tätigkeitseinsatz habe manchmal lediglich 1 bis 2 Stunden betragen, an anderen Tagen jedoch bis zu 12 Stunden am Tag. Die Unregelmäßigkeiten hätten sich aus dem Gestaltungsspielraum ergeben, der dem Erstmitbeteiligten als Chefredakteur eingeräumt gewesen sei und aus zusätzlichen organisatorischen und administrativen Aufgaben als Chefredakteur, die außerhalb der Auswertungsarbeitszeit erledigt worden seien. Dementsprechend hätten auch die Wochenarbeitszeiten und das erhaltene Entgelt geschwankt (von etwa EUR 500,-- im Jänner 2001 bis knapp EUR 3.000,-- im November 1999 und Jänner 2000).

Die Entlohnung sei auf Stundenbasis nach der jeweils gültigen Honorarliste erfolgt. Die Tätigkeit als Chefredakteur sei mit einem höheren Stundenlohn abgegolten worden. Für die Abrechnung seien Zeitaufzeichnungen zu führen und diese per Monatsende abzugeben gewesen. Mit der Verlegung des Betriebssitzes in die Reichsratsstraße hätten die Mitarbeiter eine Magnetkarte erhalten, die als Zutrittskontrolle und teilweise der Zeiterfassung gedient habe. Ein Anspruch auf Freizeitausgleich, Überstundenbezahlung, Fortzahlung bei Erkrankung oder Urlaub bzw. Sonderzahlungen seien nicht vereinbart gewesen.

Als Arbeitsort habe dem Erstmitbeteiligten hauptsächlich der Betriebsort der beschwerdeführenden Partei gedient. Teilweise habe der Erstmitbeteiligte auch von zu Hause aus gearbeitet (Übermittlung von Informationen per E-Mail an die Mitarbeiter). Am Betriebssitz der beschwerdeführenden Partei seien ihm die Arbeitsmittel (Zeitungen, Schreibkräfte für Diktate, ein Arbeitsplatz mit PC, Scanner, Laserprinter, Faxgeräte und sonstiger

Bürobedarf) unentgeltlich zur Verfügung gestanden. Des Weiteren habe der Erstmitbeteiligte über ein Firmenhandy verfügt. Auf Grund der Arbeit in Teams und seiner (späteren) Tätigkeit als Chefredakteur sei dem Erstmitbeteiligten eine gänzliche Verlegung der Tätigkeit an seinen Wohnort nicht möglich gewesen.

Im Rahmen der Beweiswürdigung führte die belangte Behörde aus, dass die Feststellungen zum Beginn der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten bzw. dem "pro forma-Abschluss" des Werkvertrags zwischen der beschwerdeführenden Partei und der damaligen Lebensgefährtin des Erstmitbeteiligten auf den Angaben von Dr. P. in der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2006 beruhten. Die Arbeitsaufgaben des Erstmitbeteiligten als Redakteur bzw. Chefredakteur hätten sich an Hand der Leistungsbeurteilung anlässlich des Ausscheidens aus dem Unternehmen, der Angaben von Dr. P. und den eigenen Angaben des Erstmitbeteiligten schlüssig feststellen lassen. Aus der Leistungsbeurteilung ergebe sich insbesondere, dass der Erstmitbeteiligte Ansprechpartner für verschiedene Kundenbelange sowie verantwortlich für die interne Organisation und Ablaufkoordination der Teams gewesen sei. Der Erstmitbeteiligte habe dies sehr anschaulich mit den Worten beschrieben, dass er eine "Scharnierfunktion" zwischen Geschäftsführung und den Teams innegehabt habe. In dieser Funktion sei er für den Großteil der Kunden der beschwerdeführenden Partei die unmittelbare Ansprechperson für Reklamationen, Änderungswünsche oder Modifikationen der Auswertungskriterien gewesen. Es sei daher der beschwerdeführenden Partei nicht zuzustimmen, dass die Bezeichnung "Chefredakteur" ein bloßer Ehrentitel ohne zusätzliche Aufgaben gewesen sei.

Die Feststellungen zu den erhaltenen Anweisungen bezüglich Auswertungskriterien, Änderungswünschen, Möglichkeiten zur Arbeitsoptimierung, beruhten auf den unbedenklichen Angaben des Erstmitbeteiligten. Seitens des Geschäftsführers Dr. P. seien diese Anweisungen als "Wünsche zur Optimierung der Arbeitsabläufe" benannt worden, die Ausführungen seien dem Inhalt nach jedoch nicht bestritten worden. Des Weiteren beruhten die Feststellungen zur Checkliste auf den Angaben des Erstmitbeteiligten am 24. Mai 2006, die in der Berufung nicht in Frage gestellt worden seien. Ebenso seien die wöchentlichen Redaktionssitzungen sowie stichprobenartige Kontrollen durch Dr. P. bzw. den Erstmitbeteiligten glaubhaft bestätigt worden.

Zu den Feststellungen hinsichtlich der Vertretungsbefugnis sei anzumerken, dass der Erstmitbeteiligte laut "Werkvertrag" bzw. "freiem Dienstvertrag" berechtigt gewesen sei, die Leistung teilweise oder zur Gänze durch von ihm herangezogene dritte Personen zu erbringen. Der Erstmitbeteiligte habe dazu angegeben, dass er nicht glaube, dass er sich nach Belieben hätte vertreten lassen dürfen. Die beschwerdeführende Partei habe im "Werkvertrag" die Klausel hinsichtlich der Befugnis, sich vertreten zu lassen, gewählt, um rechtlich abgesichert zu sein. Es sei jedoch klar gewesen, dass dies nie so hätte gelebt werden können. Dr. P. habe dazu am 20. Juni 2006 angegeben, dass ihm die Qualität der Tätigkeit wichtig und es ihm daher angenehm gewesen sei, dass sich die Mitarbeiter von gleichermaßen ausgebildeten Kollegen hätten vertreten lassen. Er habe erwartet, dass diejenigen Personen, die sich in den Dienstplan eingetragen haben, auch tatsächlich erscheinen würden. Wenn jemand nicht habe kommen können, habe dieser schauen müssen, dass jemand anderer an seiner Stelle gekommen sei und zwar "vernünftigerweise, jedoch nicht ausschließlich" eine Person, die ebenfalls bei der beschwerdeführenden Partei beschäftigt gewesen sei. Wenn der Erstmitbeteiligte einen beliebigen Vertreter an seiner Stelle geschickt hätte, hätte er darauf vertraut, dass dieser entsprechend qualifiziert sei. Die belangte Behörde sei zur Schlussfolgerung gelangt, dass eine Vertretung durch externe Personen nicht möglich gewesen sei. Zunächst sei auszuführen, dass die vertraglich normierte Verschwiegenheitsverpflichtung über alle betrieblichen und geschäftsinernen Belange für eine Vertretung nur durch betriebsinterne Personen spreche. Des Weiteren stelle das auf Grund der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten als Chefredakteur bestehende besondere Vertrauensverhältnis zum Unternehmen ein Indiz gegen eine externe Vertretungsmöglichkeit dar. Dem Erstmitbeteiligten seien bestimmte Aufgaben hinsichtlich Kundenbelange bzw. Terminkoordination übertragen gewesen, eine externe Person wäre mit den Betriebsbesonderheiten und Arbeitsabläufen nicht vertraut gewesen. Die Tätigkeit hätte eine Einschulungsphase erfordert, eine gleiche (formale) fachliche Qualifikation hätte daher alleine für eine Vertretung des Erstmitbeteiligten nicht ausgereicht. Auch die Verwendung von Magnetkarten spreche dafür, dass es dem Unternehmen wichtig gewesen sei, zu kontrollieren, wer die Geschäftsräumlichkeiten betreue, und dass externe Personen daher grundsätzlich nicht erwünscht gewesen seien. Schließlich habe auch Dr. P. einer Vertretung durch Kollegen eindeutig den Vorzug gegeben und der Erstmitbeteiligte habe sich ausschließlich durch solche vertreten lassen.

Die Feststellungen hinsichtlich der Arbeitszeit und der Dienstplaneinteilung beruhten auf folgenden Erwägungen:

Es habe Dienstpläne gegeben, die wöchentlich neu erstellt worden seien und aus denen sich die Dienstplanteilung ergeben habe. Einvernehmlich sei festgehalten worden, dass die einzelnen Redakteure nicht verpflichtet gewesen seien, sich in die jeweiligen Teampläne einzutragen. Bei der Zusammensetzung der Teams sei zwar auf die Bedürfnisse der möglichen Teammitglieder Rücksicht genommen worden, letztlich habe aber ein Team zu Stande kommen müssen. Der Erstmitbeteiligte habe diesbezüglich angegeben, dass für den Fall, dass es schwierig geworden wäre, ein Team zusammenzustellen, einerseits der Mitarbeiter "angefleht" worden sei, zu kommen, bzw. es sei in Aussicht gestellt worden, dass die Arbeit allenfalls in die "Tschechoslowakei" verlagert werden würde. Natürlich hätte er Nein sagen können, jedoch wäre irgendwann einmal der Zeitpunkt gekommen, wo man auf seine Mitarbeit verzichtet hätte. Es sei vorgekommen, dass er, obwohl er zugesagt habe, zum vereinbarten Termin nicht zur Verfügung gestanden sei. Dies habe zur Folge gehabt, dass er sich bei Dr. P. habe verantworten müssen. Die belangte Behörde komme daher zum Ergebnis, dass Druck auf die Redakteure

(und somit auch auf den Erstmitbeteiligten) ausgeübt worden sei, um diese zur Übernahme einer entsprechenden Anzahl von "Schichten" zu bewegen. Auch aus der Stellung des Erstmitbeteiligten als Chefredakteur und den damit verbundenen Aufgaben ergebe sich, dass dieser nicht hätte arbeiten können, an welchen Tagen er gerade gewollt habe. Tatsächlich würden sich in seinen Honoraraufzeichnungen nur relativ wenige Arbeitslücken finden, und die belangte Behörde gehe somit davon aus, dass eine Eintragung in die Dienstpläne grundsätzlich erwartet worden sei und die Eintragung nur in Ausnahmefällen nicht erfolgt sei. Mit Übernahme des Dienstes sei der Dienstplan jedenfalls verbindlich gewesen, und es sei erwartet worden, dass diese Person auch erscheine.

Die Feststellungen zur Arbeitszeit beruhten auf den Angaben von Dr. P. und dem Erstmitbeteiligten, wonach die Arbeitszeit etwa des Morgenteams durch das Erscheinen der Morgenzeitungen sowie durch den Abgabetermin eingegrenzt gewesen sei. Eine fixe Beginnzeit sei daraus nicht abzuleiten, dem Erstmitbeteiligten seien gewisse Freiheiten auf Grund seiner Stellung als Chefredakteur (teilweise späterer Beginn) eingeräumt gewesen. Die schwankenden Arbeitszeiten des Erstmitbeteiligten würden sich aus den im Akt aufliegenden Honorarlisten nachvollziehen lassen und beruhten nach den schlüssigen Angaben des Erstmitbeteiligten auf seiner Tätigkeit als Chefredakteur, wonach gewisse Aufgaben unregelmäßig angefallen seien und sich dadurch schwankende Arbeitszeiten ergeben hätten.

Die Entlohnungsart und Entlohnungsweise lasse sich aus den Honorarlisten bzw. den Aufstellungen des Erstmitbeteiligten nachvollziehen. Die Feststellungen zum Arbeitsort beruhten auf den glaubwürdigen und schlüssigen Angaben des Erstmitbeteiligten. Auf Grund der Notwendigkeit der Arbeit in Teams und seiner Stellung als Chefredakteur (Koordinierung) sei ein gänztliches Tätigwerden von zu Hause aus nicht möglich gewesen. Dem widerspreche auch nicht, dass der Erstmitbeteiligte teilweise von zu Hause aus mittels E-Mail gearbeitet habe. Der Bestimmung im "Werkvertrag" bzw. "freien Dienstvertrag", wonach der Redakteur "frei vom Arbeitsort" sei, könne somit nicht gefolgt werden. Hinsichtlich der zur Verfügung gestellten Betriebsmittel hätten die Feststellungen ebenfalls aus den Angaben des Erstmitbeteiligten getroffen werden können und diese seien seitens der beschwerdeführenden Partei nicht bestritten worden.

Zur beantragten nochmaligen Einvernahme des Geschäftsführers der beschwerdeführenden Partei sei anzumerken, dass dieser bereits am 5. Dezember 2002 im Zuge einer nicht mit dem gegenständlichen Verfahren in Zusammenhang stehenden Beitragsprüfung durch die zweitmitbeteiligte Partei zur Arbeitssituation der Redakteure einvernommen worden sei. Weiters sei er am 20. Juni 2006 im Rahmen einer mündlichen Verhandlung durch die Einspruchsbehörde umfangreich einvernommen worden. Es habe somit kein Anlass für eine neuerliche Befragung vorgelegen, zumal kein neues Beweisthema vorgebracht worden sei.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass im Beschwerdefall die Frage strittig sei, ob die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG ausgeübt worden sei. Es sei unzweifelhaft, dass "das Tätigwerden" ein Dauerschuldverhältnis darstelle. Der Erstmitbeteiligte habe sich zur Erbringung von generell umschriebenen Dienstleistungen auf unbestimmte Zeit verpflichtet. Die Entlohnung sei stundenweise vereinbart worden. Der Betroffene habe damit nicht einen bestimmten Erfolg und auch nicht die Herstellung eines Werks geschuldet, sondern habe die bloße Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen gehabt, d.h. ein entsprechendes Bemühen, Tätigwerden oder Wirken übernommen, sodass kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag zu Stande gekommen sei.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei für die Frage des Vorliegens eines Verhältnisses persönlicher Abhängigkeit die fehlende Möglichkeit, über die Arbeitszeit auf längere Sicht frei zu verfügen, die persönliche Arbeitspflicht, die Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, die Verpflichtung, Weisungen zu befolgen, die Überwachung der Arbeit und die disziplinarische Verantwortlichkeit als charakteristisch anzusehen.

Der Erstmitbeteiligte sei bei der Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei zum überwiegenden Teil am Betriebssitz des Unternehmens und zu einem geringen Teil von zu Hause aus tätig geworden. Es habe daher eine Bindung an den Arbeitsort bestanden. Daraus alleine könne aber keine persönliche Abhängigkeit abgeleitet werden, wenn eine Person an den Arbeitsort bereits durch die Art der übernommenen Tätigkeit und bestimmte Sachzwänge gebunden gewesen sei.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen wiederholt dargelegt habe, komme dem isolierten Moment der Einflussnahme des Beschäftigten auf seine Arbeitszeit keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung könne unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vielmehr auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte auf Grund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung zum Teil Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen könne. Ob dem Beschäftigten eine solche Berechtigung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die allein in seiner Sphäre liegen, eingeräumt werde, sei hierbei irrelevant.

Könne ein Beschäftigter im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen ablehnen und sei er dadurch in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei, und könne der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren, so liege kein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vor.

Der Erstmitbeteiligte habe seine Arbeitszeit relativ flexibel einteilen können, es habe für ihn keine fixen Arbeitszeiten gegeben, diese seien jedoch durch den Zeitpunkt des Erscheinens der Morgenzeitungen und den Abgabetermin eingegrenzt gewesen. Die Arbeitszeit habe sich damit jedoch letztendlich nach den Bedürfnissen der beschwerdeführenden Partei gerichtet und ergebe sich auf Grund der Tätigkeit in einer Redaktion mit Abgabefristen schon aus der Natur der Sache. Durch Vereinbarungen mit den anderen Mitarbeitern habe es die Möglichkeit gegeben, eine gewisse Freiheit in der Dienstenteilung zu erzielen, und dem Erstmitbeteiligten sei auch nicht die Erbringung einer bestimmten Anzahl von Dienstleistungen vorgeschrieben worden. Es habe aber der Druck bestanden, eine entsprechende Anzahl von Schichten zu übernehmen, weil ansonsten der redaktionelle Betrieb nicht hätte aufrecht erhalten werden können und damit gedroht worden sei, den Betriebsort zu verlegen. Im gegenständlichen Fall sei es so gewesen, dass die beschwerdeführende Partei dem Erstmitbeteiligten zwar vereinbarungsgemäß nicht die Anwesenheit zu bestimmten, von ihr einseitig festgelegten Tagen bzw. Zeiten habe vorschreiben können, jedoch habe sie gemäß den jeweils erstellten Dienstplänen mit den für die Folgewochen festgelegten Arbeitstagen bzw. Arbeitszeiten des Erstmitbeteiligten rechnen können. Auch der Erstmitbeteiligte habe damit rechnen können, dass er an den von ihm angegebenen Tagen zu arbeiten habe. Der Erstmitbeteiligte habe dementsprechend zum überwiegenden Teil seine Leistungen an sämtlichen Redaktionstagen der Woche erbracht. Hinsichtlich seiner Stellung als Chefredakteur und den damit verbundenen zusätzlichen organisatorischen Aufgaben sei anzumerken, dass ihm wohl (zeitliche) Freiheiten bei der Erbringung dieser Leistungen eingeräumt worden seien und diese nach Bedarf bzw. Anfall verrichtet worden seien, was auch die schwankenden Arbeitszeiten erkläre. Letztlich seien diese Tätigkeiten dennoch im Auftrag der beschwerdeführenden Partei durchzuführen gewesen.

Im modernen Arbeitsleben sei eine flexible Arbeitszeit im Sinne von Gleitzeitregelungen, Kernarbeitszeit und weitgehenden Freiheiten für Dienstnehmer nicht mehr als außergewöhnlich zu betrachten. Die im vorliegenden Fall festgestellte Form der Arbeitszeit sei daher nach Ansicht der belangten Behörde nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten auszuschließen. Sie sei lediglich als ein Merkmal der Beschäftigung in die Gesamtabwägung einzubeziehen und gegen die weiteren festgestellten Merkmale der Beschäftigung abzuwägen.

Im arbeitsbezogenen Verhalten sei eine mit den festgestellten Arbeiten, großteils in Abwesenheit des Empfängers der Arbeitsleistung, beschäftigte Person nicht schon dadurch persönlich unabhängig, dass sich auf Grund ihrer Erfahrungen oder der Natur der zu verrichtenden Arbeiten Weisungen über die Reihenfolge und den näheren Inhalt dieser Arbeiten erübrigten, der Beschäftigte somit den Arbeitsablauf selbst bestimme, sofern er nur der stillen Autorität des Empfängers der Arbeitsleistung, d.h. seinem Weisungs- und Kontrollrecht unterliege. Unter diesen Umständen könne ein Beschäftigungsverhältnis auch vorliegen, wenn der Dienstgeber praktisch überhaupt nicht in den Arbeitsablauf eingreife.

Der Erstmitbeteiligte habe laufend Anweisungen bezüglich der "Optimierung der Geschäftsabläufe" erhalten und es habe wöchentlich Redaktionssitzungen des Erstmitbeteiligten mit dem Geschäftsführer gegeben, in der über anstehende Probleme und Fragenstellungen konferiert worden sei. Darüber hinaus sei jeden Tag eine Checkliste erstellt worden, auf der festgehalten worden sei, wer, wann, auf welchem Weg, welchen Pressespiegel an den Kunden übermittelt habe. Die Eingliederung des Erstmitbeteiligten in die Betriebsorganisation des Unternehmens ergebe sich auch aus seiner Eigenschaft als Chefredakteur, in der er eine "Scharnierfunktion" zwischen Redaktionsteam und Geschäftsleitung als Ansprechpartner für verschiedenste Kundenbelange und Verantwortung für die interne Organisation und Ablaufkoordination der einzelnen Teams innegehabt habe. Im Übrigen sei der Erstmitbeteiligte fachlich einschlägig qualifiziert gewesen und habe auf Grund seiner Leistungen die Funktion eines Chefredakteurs ausgeübt. Eine Weisungserteilung im täglichen Betrieb habe sich daher erübrigt bzw. sei erwartet worden, dass er selbst Anweisungen an seine Teammitglieder weitergebe. Kontrollen seien ebenso durch die Arbeitszeiterfassung sowie wöchentlich abgehaltene Besprechungen mit Dr. P. möglich gewesen. Die Weisungs- und Kontrollunterworfenheit des Erstmitbeteiligten sei somit gegeben gewesen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließe nur eine generelle Vertretungsbefugnis für sich allein genommen die Versicherungspflicht aus. Im Beschwerdefall könne lediglich von einer eingeschränkten Vertretungsbefugnis ausgegangen werden. Eine Vertretung sei lediglich durch die anderen Mitarbeiter der Redaktion möglich gewesen, eine Vertretung durch hausfremde Personen sei hingegen nicht erlaubt gewesen. Eine kurzfristige Vertretung sei nur insofern möglich gewesen, als der Erstmitbeteiligte sich mit den anderen Mitarbeitern dahingehend absprechen habe müssen und dies deshalb sehr eingeschränkt möglich gewesen sei.

Die belangte Behörde komme in Abwägung aller Elemente zu dem Ergebnis, dass die Merkmale persönliche Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung bei der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten trotz bestandener Gestaltungsmöglichkeiten bei der Übernahme von Diensten in Summe klar überwogen hätten.

Im Hinblick auf die wirtschaftliche Abhängigkeit führte die belangte Behörde aus, dass der überwiegende Teil der erforderlichen Betriebsmittel (wie PC, Diktiersystem, Zeitungen, Kopiergeräte, diverse Scanner, Papierschneidemaschinen und Bindegeräte) dem Erstmitbeteiligten von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden seien. Die wirtschaftliche Abhängigkeit liege daher vor. Es schade dabei nicht, dass

der Erstmitbeteiligte bei der zu einem geringen Teil auch von zu Hause aus verrichteten Tätigkeit einen eigenen PC mit Internetzugang verwendet habe.

Hinsichtlich des von der beschwerdeführenden Partei dem Erstmitbeteiligten vorgeworfenen massiven Alkoholproblems und des angeblichen Versäumens der Hälfte seiner Diensterteilungen sei anzumerken, dass es der beschwerdeführenden Partei auch bei Vorliegen eines freien Dienstvertrages freigestanden wäre, das Vertragsverhältnis mit dem Erstmitbeteiligten zu beenden, wenn dieser derart unzuverlässig und seine Arbeitsleistung unzumutbar gewesen wäre. In den Arbeitsaufzeichnungen finde diese Behauptung jedoch keinen Niederschlag und es sei dergleichen bis zur Berufung nicht thematisiert worden. Da der Erstmitbeteiligte immerhin über zehn Jahre und einen Großteil davon in leitender Funktion für die beschwerdeführende Partei tätig gewesen sei und sich diese im Dienstzeugnis ausschließlich positiv über ihn geäußert habe, erscheine es der Behörde als wahrscheinlich, dass die Vorhaltungen nicht zuträfen. Das diesbezügliche Berufungsvorbringen sei daher "mehr als entbehrlich". Dies treffe auch auf das Argument zu, dass ein Jobinserat betreffend Schichtzeiten auf der Website der beschwerdeführenden Partei durch den Erstmitbeteiligten aus "prozesstaktischen Gründen" dort platziert worden sei. Der Erstmitbeteiligte sei mit 31. März 2004 aus dem Unternehmen ausgeschieden, das Inserat sei jedoch zumindest bis 5. September 2006 (Datum der Nachschau durch die belangte Behörde) im Netz geblieben. Es sei aus der Sicht der belangten Behörde nicht nachvollziehbar, dass die beschwerdeführende Partei innerhalb von zweieinhalb Jahren nach Ausscheiden des Erstmitbeteiligten aus dem Unternehmen nicht in der Lage gewesen sein sollte, dieses vom Erstmitbeteiligten "versteckte" Inserat zu entfernen.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, verzichtete auf die Erstattung einer Gegenschrift und beantragte, die Beschwerde abzuweisen. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. 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.

§ 4 Abs. 2 ASVG in der bis zum 31. Dezember 1997 in Geltung stehenden Fassung lautete:

"Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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."

Mit dem Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 1997 (ASRÄG 1997), BGBl. I Nr. 139/1997 (diesbezüglich in Kraft getreten am 1. Jänner 1998), wurde § 4 Abs. 2 ASVG ein zweiter Satz angefügt, nach dem als Dienstnehmer jedenfalls auch gilt, wer gemäß § 47 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Eine weitere - lediglich die Zitierung der maßgebenden Bestimmung des EStG betreffende - Änderung des § 4 Abs. 2 ASVG erfolgte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum durch die 55. ASVG-Novelle, BGBl. I Nr. 138/1998.

Das Sozialrechts-Änderungsgesetz 1996 (SRÄG 1996), BGBl. Nr. 411/1996, gab § 4 Abs. 4 ASVG - dieser Absatz war zunächst durch das Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201/1996, mit In-Kraft-Tretens-Termin 1. Juli 1996 angefügt worden - rückwirkend zum 1. Juli 1996 folgende Fassung:

"In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes nach Maßgabe des § 5a auch Personen versichert, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für

1. einen Auftraggeber (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)

verpflichten, ohne Dienstnehmer im Sinne des Abs. 2 zu sein, und aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, sofern sie nicht bereits auf Grund dieser Tätigkeit der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegen bzw. unterliegen könnten (§ 2 Abs. 1 FSVG)."

Durch das ASRÄG 1997 und die 55. ASVG-Novelle erhielt § 4 Abs. 4 ASVG folgende Fassung, die am 1. Jänner 1998 in Kraft trat:

"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."

2. Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen ausübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z. B. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2008, Zl. 2007/08/0053, m.w.N.).

Der freie Dienstvertrag im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG durch die persönliche Unabhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2005/08/0176, m.w.N.).

3. Die beschwerdeführende Partei bestreitet, dass der Erstmitbeteiligte zur kontinuierlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen sei. Er habe jeweils frei und ohne Sanktionen befürchten zu müssen, entscheiden können, ob und für welche Schicht er sich habe eintragen wollen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in Fällen, in denen erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung, insbesondere durch die Eintragung in eine Liste, eine Arbeitspflicht begründet, ausgesprochen, dass in diesen Fällen vor Eintragung in die Liste von keiner Arbeitsverpflichtung auszugehen ist. Allerdings kommt dann zwar kein durchgehendes, jedoch eventuell ein tageweises oder periodisch wiederkehrendes Dienstverhältnis in Frage (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 7. September 2005, Zl. 2002/08/0215, und vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0162, m.w.N.).

Es kann dahingestellt werden, ob die Feststellungen im angefochtenen Bescheid, wonach Druck bestanden habe, eine entsprechende Anzahl von Schichten zu übernehmen, nicht dahin zu verstehen sind, dass seitens der belangten Behörde eine durchgehende Arbeitsverpflichtung angenommen wurde, da im Beschwerdefall nicht bestritten wird, dass der Erstmitbeteiligte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum jedenfalls nach im Einzelfall verbindlich gewordenen Schichtplänen im Voraus bestimmte periodische Leistungsverpflichtungen vereinbart hat (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 7. September 2005, Zl. 2002/08/0215, m.w.N.). Die Beschwerde zeigt insbesondere auch nicht auf, dass das Beschäftigungsverhältnis im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht durchgängig bestanden habe. Es kann der belangten Behörde daher nicht mit Erfolg entgegen getreten werden,

wenn sie davon ausgegangen ist, dass nicht nur für einzelne Tage, sondern während des gesamten verfahrensgegenständlichen Zeitraums ein Beschäftigungsverhältnis vorgelegen ist.

4. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass nach der Rechtsprechung ein im Vertrag eingeräumtes und tatsächlich praktiziertes Recht, sich jedenfalls ohne Zustimmung des Dienstgebers generell vertreten zu lassen, das Vorliegen eines abhängigen Arbeitsvertrages selbst dann ausschließe, wenn die sonstigen üblicherweise für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit herangezogenen Merkmale überwiegen. Daran ändere sich entgegen der Ansicht der belangten Behörde auch dann nichts, wenn eine Vertretung nur durch andere Beschäftigte des Dienstgebers zulässig sei; die beschwerdeführende Partei verweist dazu auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes im Urteil vom 5. Mai 1999, 9 ObA 10/99g (Sprachlehrer) und im Beschluss vom 30. Oktober 2003, 8 ObA 45/03f (Zeitungszusteller).

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid eine Vertretung tatsächlich nur durch betriebsinterne Kollegen möglich war. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu etwa das Erkenntnis vom 20. April 2005, Zl. 2002/08/0222) kann jedoch von einer die persönliche Abhängigkeit ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis nicht gesprochen werden, wenn bloß ein wechselseitiges Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber aufgenommenen Personen besteht. Entgegen dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei lagen auch den in der Beschwerde zitierten Urteilen des Obersten Gerichtshofes keine Sachverhalte zu Grunde, in denen die Vertretungsbefugnis ausschließlich auf andere Dienstnehmer des Dienstgebers beschränkt gewesen wäre (im "Sprachlehrer"-Fall sollte die Vertretung durch dem Dienstgeber bekannte Personen erfolgen, um sicherzugehen, dass die vom Dienstgeber propagierte Methode nur von damit vertrauten Personen angewendet wird; im "Zeitungszusteller"-Fall waren für einen Vertreter eine Einschulung und die "Kenntnis der Gepflogenheiten" erforderlich).

5. Die Beschwerde wendet sich in diesem Zusammenhang auch gegen die Schlussfolgerung der belangten Behörde, wonach die Notwendigkeit zur Verwendung einer Magnetkarte für den Zutritt zum Betrieb gegen ein freies Vertretungsrecht spreche. Der Erstmitbeteiligte wäre nicht daran gehindert gewesen, seine Magnetkarte seinem Vertreter zu übergeben, um diesem den Zutritt zu den betrieblichen Räumlichkeiten zu ermöglichen.

Die belangte Behörde hat dem entgegen ihre Feststellung zum Fehlen eines generellen Vertretungsrechts nicht nur auf die für den Betriebszutritt erforderliche Magnetkarte gestützt, sondern wesentlich auch auf die vertraglich vereinbarte Verschwiegenheitspflicht, welche nach dem im Verwaltungsakt erliegenden Dienstvertrag vom 2. April 2003 überdies mit einer Konventionalstrafe in der Höhe von "sechs Bruttomonatsgehältern" gesichert war (vgl. zum Ausschluss des generellen Vertretungsrechts durch eine Geheimhaltungsverpflichtung z.B. das hg. Erkenntnis vom 7. Mai 2008, Zl. 2007/08/0341), sowie auf die Art der vom Erstmitbeteiligten ausgeübten Tätigkeit. Die diesbezüglichen Erwägungen können vom Verwaltungsgerichtshof nicht als unschlüssig erkannt werden.

6. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass der Erstmitbeteiligte in den Betriebsorganismus "so locker wie nur möglich eingebunden" gewesen sei und er weder fixe Arbeitszeiten noch einen fixen Arbeitsplatz einzuhalten gehabt habe. Der zeitliche Einsatz seiner Arbeitskraft sei nur durch Sachzwänge determiniert worden, nämlich den Inhalt und den Erscheinungszeitpunkt der von ihm zu bearbeitenden Medien sowie von dem durch Kundenwünsche bestimmten Redaktionsschluss.

Wie sich der Erstmitbeteiligte bei der Durchführung der ihm übertragenen Aufgaben zu verhalten gehabt habe, sei weder durch die Bestimmungen des abgeschlossenen Vertrages noch durch irgendeine Art von Weisungen bestimmt gewesen; der Erstmitbeteiligte sei in seiner Arbeit auch keinerlei Kontrolle unterlegen. Die Ausführungen im angefochtenen Bescheid, wonach es wöchentliche Redaktionssitzungen mit dem Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei gegeben habe, jeden Tag eine Checkliste erstellt worden sei und erwartet worden sei, dass der Erstmitbeteiligte Anweisungen an seine Mitarbeiter weiterleiten würde, sowie die Installation eines Zeiterfassungssystems vermöchten für sich allein keinesfalls die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit zu rechtfertigen. Die Weiterleitung von Kundenbeschwerden oder das Berücksichtigen konkreter Kundenwünsche stelle keine persönliche Weisungsabhängigkeit dar, sondern eine sachliche Bindung an Vorgaben von Kunden. Es lägen keine Anzeichen für eine stille Autorität des Dienstgebers noch für eine Unterordnung unter eine funktionelle Autorität vor.

Es sei schwer vorstellbar, wie man zur Bewältigung der von der beschwerdeführenden Partei durchzuführenden Aufgaben eine lockerere Ablauforganisation aufbauen könnte, die den Mitarbeitern noch größere Freiräume einräume.

Auch die Tatsache, dass der Erstmitbeteiligte den Ehrentitel "Chefredakteur" geführt habe, ändere nichts an seiner persönlichen Unabhängigkeit, da in seiner Haupttätigkeit, der Auswertung von Medienberichten, kein Unterschied zu den anderen Redakteuren der beschwerdeführenden Partei bestanden habe. In zeitlich untergeordnetem Umfang würden die Redakteure der beschwerdeführenden Partei jedoch Zusatzfunktionen (Sicherung des ordentlichen Ablaufs) ausüben, die eine durch diese Aufgabenstellung bedingte etwas stärkere örtliche Bindung zur Folge hätten. Der Erstmitbeteiligte habe ansonsten aber als "primus inter pares" die gleichen Dienste wie die Chefs vom Dienst verrichtet.

Zusammenfassend zeige sich daher als Gesamtbild, dass der Erstmitbeteiligte seine Arbeit ohne die für den Arbeitsvertrag charakteristische persönliche Abhängigkeit verrichtet habe. Es liege daher kein echtes

Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG, sondern ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vor. Zu diesem Ergebnis ist auch ein von der beschwerdeführenden Partei eingeholtes Rechtsgutachten eines Universitätsprofessors gelangt, das von der belangten Behörde nicht berücksichtigt worden sei.

Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass auch die beschwerdeführende Partei damit einräumt, dass der Erstmitbeteiligte in den Betriebsorganismus eingebunden war, wenn auch ihrer Ansicht nach "so locker wie nur möglich". Tatsächlich hat die belangte Behörde insbesondere auch festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte - neben der Tätigkeit in der Medienauswertung und im Endlektorat - für die interne Organisation und Ablaufkoordination der Teams verantwortlich war und dass wöchentliche Jours fixes zwischen dem Erstmitbeteiligten und dem Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei stattfanden. Dies zeigt, dass der Erstmitbeteiligte in die Organisation und die Abläufe des Betriebs in einem Maße eingebunden war, das über jenes hinausgeht, wie es typischerweise dem Bild eines freien Dienstnehmers entspricht. Daran ändert es auch nichts, wenn die beschwerdeführende Partei in ihrer Ablauforganisation ihren (allenfalls: freien) Dienstnehmern Freiräume - insbesondere flexible Arbeitszeitregelungen - eingeräumt hat, zumal nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung auch dann vorliegen kann, wenn der Beschäftigte auf Grund einer Vereinbarung, einer Betriebsübung oder der Art der Beschäftigung den Beginn und die Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann; ob diese Selbstbestimmung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die in der Sphäre des Beschäftigten liegen, eingeräumt wurde, ist dabei irrelevant (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 1997, Zl. 93/08/0171). Es kann auch dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Bezeichnung als "Chefredakteur" um einen bloßen "Ehrentitel" gehandelt hat, zumal auch die beschwerdeführende Partei einräumt, dass der Erstmitbeteiligte "Zusatzfunktionen" ausgeübt hat, die "eine etwas stärkere örtliche Bindung" zur Folge gehabt hätten, und es jedenfalls bei der Beurteilung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses nicht auf die Bezeichnung der Beschäftigung, sondern auf deren konkrete inhaltliche Ausgestaltung ankommt.

Vor dem Hintergrund der festgestellten persönlichen Arbeitsverpflichtung, die eine Vertretung nur durch andere bei der beschwerdeführenden Partei Beschäftigte zuließ, der Einbindung in die Betriebsorganisation bis hin zu Vorgaben für die Art der Arbeitserbringung einschließlich der zumindest faktischen Ausübung einer Funktion als Zwischenvorgesetzter ("Chefredakteur", dem nach den Feststellungen eine "Scharnierfunktion" zwischen der Geschäftsführung und den weiteren Mitarbeitern zukam und der Verantwortung für die interne Organisation und Ablaufkoordination trug, dabei aber Anweisungen des Geschäftsführers zum Arbeitsablauf erhielt), ungeachtet der nicht durchgehenden Bindung an den Arbeitsplatz und einer gewissen eingeschränkten gegebenen zeitlichen Flexibilität ergibt sich im Beschwerdefall insgesamt das Bild einer Beschäftigung, bei der die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber Merkmalen selbständiger Ausübung einer Erwerbstätigkeit überwiegen. Der belangten Behörde kann daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie die Beschäftigung des Erstmitbeteiligten als Beschäftigungsverhältnis nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG beurteilt hat.

7. Die beschwerdeführende Partei macht als Verfahrensmangel geltend, dass aus dem angefochtenen Bescheid nicht hervorgehe, worauf die belangte Behörde ihre Feststellung stütze, dass es dem Erstmitbeteiligten nicht möglich gewesen sei, sich durch externe Personen vertreten zu lassen. Die Feststellung sei auch aktenwidrig, da der Erstmitbeteiligte nicht einmal behauptet habe, sein Vertretungsrecht würde sich auf interne Personen beschränken, und dies auch vom Geschäftsführer bestätigt worden sei.

Mit diesem Vorbringen zeigt die beschwerdeführende Partei keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Die behauptete Aktenwidrigkeit liegt nicht vor, zumal die belangte Behörde die Aussagen des Erstmitbeteiligten und des Geschäftsführers der beschwerdeführenden Partei im angefochtenen Bescheid in Übereinstimmung mit den im Verwaltungsakt enthaltenen Niederschriften dargelegt hat. Die belangte Behörde ist jedoch in ihren nicht als unschlüssig zu erkennenden, im Einzelnen dargelegten Erwägungen im Rahmen der Beweiswürdigung - insbesondere vor dem Hintergrund der vertraglich normierten Verschwiegenheitsverpflichtung und der faktisch ausschließlich nur durch Mitarbeiter der beschwerdeführenden Partei erfolgten Vertretung des Erstmitbeteiligten - zum Ergebnis gekommen, dass eine Vertretung durch externe Personen nicht möglich gewesen sei.

8. Die beschwerdeführende Partei rügt weiters, dass die belangte Behörde im Hinblick auf die arbeitsbezogenen Anweisungen nicht den Aussagen des Geschäftsführers der beschwerdeführenden Partei gefolgt sei und auch nicht darlege, weshalb sie diesen keinen Glauben schenke. Durch die Unterlassung der in der Berufung beantragten (nochmaligen) Einvernahme des Geschäftsführers der beschwerdeführenden Partei sei zudem das Recht auf Parteiengehör verletzt worden.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid dargelegt hat, dass sie hinsichtlich der Feststellungen zu den Anweisungen den unbedenklichen Ausführungen des Erstmitbeteiligten folge, zumal der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei die Anweisungen als "Wünsche zur Optimierung der Arbeitsabläufe" bezeichnet, die Ausführungen des Erstmitbeteiligten aber sonst dem Inhalt nach nicht bestritten habe. Dies kann nicht als unschlüssig beurteilt werden. Der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei wurde - ebenso wie der Erstmitbeteiligte - von der Einspruchsbehörde vernommen,

die beschwerdeführende Partei hatte Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Ermittlungsergebnissen, sodass auch eine Verletzung des Parteigehörs durch die Unterlassung der nochmaligen Einvernahme des Geschäftsführers der beschwerdeführenden Partei nicht gegeben ist.

9. Soweit die beschwerdeführende Partei ausführt, dass es sich bei den im angefochtenen Bescheid festgestellten "Anweisungen hinsichtlich der Auswertungskriterien, Änderungswünsche der Kunden, Möglichkeiten zur Arbeitsoptimierung" um sachliche Weisungen handle und daher die Annahme einer persönlichen Weisungsunterworfenheit unzutreffend sei, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Unterscheidung zwischen sachlichen (die Arbeitsziele bzw. Arbeitsergebnisse oder das dabei einzuhaltende Verfahren betreffenden) und persönlichen (das eigentlich arbeitsbezogene Verhalten, die Art und Weise der zu verrichtenden Tätigkeiten unmittelbar betreffenden) Weisungen nicht immer in voller Schärfe vorgenommen werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 1995, Zl. 92/08/0213). Während die Vorgabe bestimmter Auswertungskriterien für die Erstellung der Medienauswertungen als sachliche Anweisung anzusehen ist, die für sich die Annahme persönlicher Unabhängigkeit nicht ausschließen würde, stellt die Anweisung zur Optimierung bestimmter Arbeitsabläufe einen Eingriff in die persönliche Arbeitsorganisation dar, was gegen das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit spricht. Die beschwerdeführende Partei übersieht bei ihrer Argumentation vor allem Folgendes:

Es trifft zwar zu, dass der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung bei Beurteilung der Frage des Vorliegens einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit in erster Linie auf die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten abstellt und nicht auf die Erteilung fachlicher Weisungen. Dies aber nur deshalb, weil Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden können, weil sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser eigener fachlicher Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation entsprechend erweitert (st. Rsp. vgl. z.B. das Erkenntnis vom 17. Dezember 2002, Zl. 99/08/0102, und das Erkenntnis vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0137). Das Fehlen von Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren spricht daher für sich genommen nicht gegen eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit.

Werden aber auch - wie im vorliegenden Fall - fachliche Weisungen erteilt, dann sind diese bei der Beurteilung nicht nur bei verbleibenden Unklarheiten bei der Weisungsgebundenheit in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten nach Maßgabe ihrer Unterscheidungskraft mit heranzuziehen (vgl. das bereits erwähnte Erkenntnis vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0137), sondern ihr Vorliegen ist ein Indiz für das Fehlen unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeiten und damit für das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit (vgl. das Erkenntnis vom 20. Dezember 2006, Zl. 2004/08/0221). Insoweit hat die belangte Behörde dieses Element angesichts der von ihr festgestellten, in einem gewissen Rahmen bestehenden Freiheiten des Erstmitbeteiligten bei der Einteilung der Arbeitszeit und bei der Wahl des Arbeitsortes zu Recht ihrer Gesamtbeurteilung mit zu Grunde gelegt.

In der gesamthaft vorzunehmenden Beurteilung, ob die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber Merkmalen selbständiger Ausübung einer Erwerbstätigkeit überwiegen, vermögen daher auch die festgestellten (nur teilweise) sachbezogenen Anweisungen nicht zu einer Beurteilung der Beschäftigung als freies Dienstverhältnis führen.

10. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, die belangte Behörde habe sich mit dem Umgang der beschwerdeführenden Partei mit dem in der Berufung behaupteten Alkoholproblem des Erstmitbeteiligten nicht ausreichend auseinander gesetzt. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde erkennen müssen, dass der Art und Weise, wie die beschwerdeführende Partei mit dem langjährigen Alkoholproblem des Erstmitbeteiligten umgegangen sei, rechtliche Bedeutung für die Frage des Vorliegens eines freien Dienstverhältnisses zukomme. Das Tolerieren derartiger Probleme mache die Unabhängigkeit des Erstmitbeteiligten deutlich und zeige, dass ein echtes Dienstverhältnis gar nicht vorliegen könne, da jeder Dienstgeber auf derartige Probleme mit einer sofortigen fristlosen Entlassung reagieren würde. Das langjährige Tolerieren von Arbeitsausfällen des Erstmitbeteiligten sei nicht als großzügige Toleranz der beschwerdeführenden Partei zu werten, sondern als systemimmanente persönliche Unabhängigkeit.

Dazu ist festzuhalten, dass die beschwerdeführende Partei ein entsprechendes Vorbringen weder im Verfahren erster Instanz noch im Einspruchsverfahren, sondern erstmals in der Berufung erstattet hat. Die belangte Behörde ist ausgehend vom späten Vorbringen, vom ausschließlich positiven Dienstzeugnis sowie vom Umstand, dass die behaupteten Arbeitsausfälle in den Arbeitsaufzeichnungen keinen Niederschlag finden, im Ergebnis zur Beurteilung gekommen, dass eine Unzuverlässigkeit des Erstmitbeteiligten und eine Unzumutbarkeit seiner Arbeitsleistung nicht vorgelegen sei, zumal in diesem Fall auch ein freies Dienstverhältnis beendet worden wäre. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass ein mögliches Alkoholproblem des Erstmitbeteiligten in der von der beschwerdeführenden Partei behaupteten Weise Aufschluss über die rechtliche Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses geben hätte können.

11. Die beschwerdeführende Partei macht auch unter dem Beschwerdegrund der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend, dass die Bezeichnung des Erstmitbeteiligten als "Chefredakteur" ein bloßer Ehrentitel sei, der lediglich gewählt worden sei, um anderen Mitarbeitern den höheren Stundenlohn des Erstmitbeteiligten plausibel zu machen. Die belangte Behörde hätte feststellen müssen, dass der

Erstmitbeteiligte "zwar formal auf Grund seiner Ehrenbezeichnung 'Chefredakteur' anders genannt (wurde), jedoch faktisch die gleichen Tätigkeiten zur Erstellung von Meldungen für Pressespiegel gemacht hat, wie auch andere Chefredakteure".

Auch diesem Vorbringen kommt keine Berechtigung zu. Wie bereits ausgeführt, kommt es bei der Beurteilung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses nicht auf die Bezeichnung der Beschäftigung an, sondern auf deren konkrete inhaltliche Ausgestaltung. Entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei ist aber nicht zu erkennen, dass die belangte Behörde der Bezeichnung "Chefredakteur" eine besondere Bedeutung beigemessen hätte, die durch die getroffenen Feststellungen über die Arbeitsaufgaben des Erstmitbeteiligten nicht gedeckt gewesen wäre. Demnach hatte der Erstmitbeteiligte neben der Tätigkeit als "Redakteur" für den Pressespiegel auch gewisse organisatorische Aufgaben wahrzunehmen und war insbesondere durch die wöchentlichen Besprechungen mit dem Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei auch in größerem Umfang in die Betriebsorganisation eingebunden als andere Redakteure (ein Vergleich zu "anderen Chefredakteuren", wie die Beschwerde ausführt, ist dem angefochtenen Bescheid nicht zu entnehmen). Feststellungen, ob es sich bei der Bezeichnung "Chefredakteur" bloß um einen "Ehrentitel" gehandelt hat, waren zur Beurteilung der entscheidungserheblichen Rechtsfrage nicht erforderlich.

Auch die von der beschwerdeführenden Partei in diesem Zusammenhang wiederum gerügte unterbliebene neuerliche Einvernahme ihres Geschäftsführers stellt schon deshalb keinen wesentlichen Verfahrensmangel dar, weil dieser im Einspruchsverfahren einvernommen wurde und im Übrigen in der Beschwerde auch die Relevanz des Unterbleibens seiner Einvernahme nicht dargelegt wurde:

Die beschwerdeführende Partei behauptet zwar, dass das von ihr ausgestellte Dienstzeugnis, auf das sich die belangte Behörde in ihrer Beweiswürdigung unter anderem gestützt hat, "keinen wie immer gearteten Nachweis oder Abbild des wahren Sachverhaltes zu erbringen" vermöge. Wäre der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei neuerlich einvernommen worden, hätte er "müheles den wahren Sachverhalt darlegen und den Irrtum der belangten Behörde aufklären können."

Abgesehen davon, dass damit nicht dargelegt wird, was der - vom Dienstzeugnis abweichende - "wahre Sachverhalt" sei, den festzustellen die belangte Behörde unterlassen habe, ist festzuhalten, dass das Dienstzeugnis (bezeichnet als "Leistungsbeurteilung") des Erstmitbeteiligten bereits im Verfahren erster Instanz vorgelegt und dem Bescheid der erstinstanzlichen Behörde zugrundegelegt wurde. Der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei hätte eine - nicht von vornherein zu vermutende - Unrichtigkeit des von ihm unterfertigten Dienstzeugnisses daher jedenfalls auch schon anlässlich seiner Einvernahme im Einspruchsverfahren geltend machen können, sodass das Unterbleiben seiner neuerlichen Einvernahme auch insoweit keinen Verfahrensmangel darstellen kann. Der belangten Behörde kann auch nicht entgegengetreten werden, wenn sie das Dienstzeugnis der beschwerdeführenden Partei, das von deren Geschäftsführer unterfertigt war, mangels konkreter auf die Unrichtigkeit dieser Urkunde hinweisender Umstände als glaubwürdig beurteilt hat.

12. Schließlich rügt die beschwerdeführende Partei, dass sich die belangte Behörde nicht mit dem von ihr vorgelegten Rechtsgutachten auseinander gesetzt habe. Dieses sei im bekämpften Bescheid auch mit keinem einzigen Wort erwähnt worden, was einen wesentlichen Verfahrensmangel darstelle.

Hiezu genügt es darauf hinzuweisen, dass es Aufgabe der belangten Behörde ist, die rechtliche Beurteilung des von ihr festgestellten Sachverhaltes vorzunehmen (vgl. zur Vorlage privater Rechtsgutachten auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 20. Oktober 2005, 2 Ob 235/05f). Ein privates Rechtsgutachten, das - wie darin ausgeführt - auf Informationen beruht, die dem Gutachter von der beschwerdeführenden Partei erteilt wurden und die mit dem von der Behörde festgestellten Sachverhalt nicht übereinstimmen, vermag keine Verpflichtung der Behörde auszulösen, sich mit den darin ausgeführten rechtlichen Überlegungen im Detail auseinander zu setzen.

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

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

Wien, am 22. Dezember 2009