



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23-889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

DVR: 0939579

Entscheidungsdatum

16.12.2020

Geschäftszahl

W156 2194336-1/15E

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Alexandra KREBITZ als Vorsitzende, sowie der fachkundigen Laienrichterin Mag. Christa MARISCHKA und dem fachkundigen Laienrichter Ing. Hermann ESCHBACHER als Beisitzende über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch FAZIO Steuerberatungs-GmbH gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse (vormals NÖGKK) vom 14.03.2018, GZ XXXX , betreffend Feststellung, dass Herr G XXXX M XXXX aufgrund seiner Tätigkeit als Handelsvertreter für die XXXX GmbH in der Zeit vom 01.05.2005 bis laufend der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG sowie § 1 Abs 1 lit a AIVG unterliegt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13.10.2020, zu Recht:

A)

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid wird behoben.

II. Herr G XXXX M XXXX unterliegt aufgrund seiner Tätigkeit als Handelsvertreter für die XXXX GmbH in der Zeit vom 01.05.2005 bis laufend nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG sowie § 1 Abs 1 lit a AIVG.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

1. Am 14.03.2018 erließ die Österreichische Gesundheitskasse (vormals NÖGKK - in weiterer Folge: belangte Behörde) einen Bescheid, mit dem festgestellt wurde, dass Herr G XXXX M XXXX (in weiterer Folge: Mitbeteiligter) aufgrund seiner Tätigkeit als Handelsvertreter für die XXXX GmbH (in weiterer Folge: BF) in der Zeit vom 01.05.2005 bis laufend der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG sowie § 1 Abs 1 lit a AIVG unterliege.

Der Bescheiderlassung war eine Sozialversicherungsprüfung vorangegangen, im Zuge derer der Mitbeteiligte niederschriftlich befragt worden sei.

Angesicht der festgestellten Umstände stehe fest, dass es sich bei der Tätigkeit des Mitbeteiligten um ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 handle. Ein freier Dienstvertrag sei im vorliegenden Fall ausgeschlossen, da eine persönliche Arbeitspflicht, keine generelle Vertretungsbefugnis, die stille Autorität des Dienstgebers, Einbindung in die betriebliche Organisation, kein Unternehmerrisiko und ein Konkurrenzverbot gegeben seien.

2. Die BF brachte fristgerecht Beschwerde gegen den Bescheid ein. Sie führte aus, dass der Mitbeteiligte für die BF auf Basis eines Handelsvertretervertrages tätig sei. Der Mitbeteiligte könne sich durch andere Vertreter vertreten lassen. Die Termine könne er selber mit den Kunden vereinbaren, er könne sich seine Arbeitszeit selber einteilen. Er müsse nur für laufende notwendige Aktualisierungen der Firmenprogramme ins Büro, eine sonstige Anwesenheitspflicht gebe es nicht. An Verkäufermeetings könne freiwillig teilgenommen werden. Er erhalte keine konkreten Arbeitsanweisungen. Urlaube oder Krankenstände müsse er nicht melden. Der Mitbeteiligte sei weisungsfrei, er könne selber entscheiden, ob er im Verhinderungsfall Termine verschiebe oder einem Kollegen anbiete. Als Betriebsmittel werde ihm ein Laptop mit Software, Werbematerial, Handmuster etc zur Verfügung gestellt, der Mitbeteiligte habe selbst ein Fahrzeug, ein eigenes Mobiltelefon und ein eigenes Büro. Er unterliege nur jenem Konkurrenzverbot, welches sich aus dem § 25 HVertrG ergebe. Die Entlohnung bestehe in einer Provision, welche jährlich vereinbart werde. Die Kundendaten seien im Eigentum der BF, dem Mitbeteiligten stünde bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ein etwaiger Ausgleichsanspruch gemäß § 24 HVertrG zu.

3. Der Beschwerdeakt wurde am 26.04.2018 dem BVwG übermittelt. Die belangte Behörde verwies im Wesentlichen auf den Bescheid.

4. Am 13.10.2020 fand eine mündliche Verhandlung vor dem BVwG statt, an dem zwei Vertreter der BF, eine Vertreterin der SVS, der RV der BF, der Mitbeteiligte und ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen.

Folgende Angaben der BF beziehen sich auch auf die Konnexverfahren W156 2193915-1 und W156 2194456-1: Der RV der BF legte eine Prozessbeschreibung von HV (Handelsvertreter)

vor. 2/3 der Kundenkontakte würden diese selber generieren, ein Drittel kämen von der BF. Für alle HV seien idente Verträge abgeschlossen worden. Die Messen seien für die HV wichtige Möglichkeiten, zu neuen Kunden zu kommen. Jeder Kontakt dort gehöre dem jeweiligen HV. Man habe sich entschieden, für die kostspieligen Messestände kein Entgelt zu verrechnen, sondern die HV bringen sich beim Aufbau ein. Es gebe auch keine Dokumentation dazu, welcher HV wann auf der Messe sei. Die Firma habe 3 HV, 2 Hausverkäufer und 2 Techniker. Betreffend Vertretung werde meist untereinander getauscht, aufgrund der Produkte mache es oft keinen Sinn, wenn irgendwer geschickt würde. Wenn sich ein HV nicht um seine Kontakte kümmere, dann kümmert sich die Firma darum, er müsse aber keine Rechenschaft ablegen. Wenn ein HV einen Auftrag ablehnt, gebe es keine Konsequenzen oder Provisionskürzungen. Die HV hätten keine Verpflichtung, Urlaube oder Krankenstände zu melden. Die HV würden auf der Homepage als Teammitglieder geführt und verwenden Visitenkarten der BF. Die Handynummern seien private. Die HV erhalten Firmenlaptops mit der NAV-Software als Unterstützung. Das Update geht mittlerweile ohne physische Anwesenheit. Das Konkurrenzverbot sei nur auf Schwimmbadanlagen bezogen, es schränke die HV am freien Markt nicht ein. Es gebe Schulungen zu Produkten, da würden auch die HV eingeladen. Die HV erhalten ihre Provision erst, wenn die Kunden den vollständigen Kaufpreis bezahlt haben. Die Bandbreite von Rabatten sei vorgegeben.

Der Mitbeteiligte selbst gab an, er sei von 2001 bis 2005 freier Dienstnehmer bei der BF gewesen. Seit 2005 sei er selbständig, er habe nun freie Zeiteinteilung, er konzentriere sich mehr auf den Verkauf, es habe sich alles umgestellt. Er selbst möchte sich nicht vertreten lassen, er könnte es aber tun - er könne auch einen Fremden schicken. Es sei aber noch nicht vorgekommen. Wenn er einen Kunden habe, trage er diesen mit dem Firmenlaptop im System ein. Er erfasse Namen, Adresse und Kontaktdaten. Das Aktivitätsprotokoll mache er für sich selbst, damit er weiß, was mit dem Kunden zu tun ist, er erfasse Telefonate, Nachfragen etc. Er könnte dies auch auf seinem eigenen PC machen. Es gebe im HV-Vertrag Bestimmungen, die in der Realität nicht von großer Bedeutung seien, wie zB die Eintragungspflicht am selben Tag oder die Anwesenheit bei Lieferungen. Bei Reklamationen rufen die Kunden ihn an, er gebe es an das Serviceteam weiter, er sei die Schnittstelle. Auf Messen versuche er immer zu sein, da dies für ihn interessant sei, alle Vertreter möchten selber dort sein. Er müsse nicht dokumentieren, wann er dort sei. Auch müsse er die Anzahl der Kontakte für die Firma nicht erfassen, er mache das aber für sich selbst. Es gebe von der Firma aus keine Verkaufsziele oder Mindestumsätze. Er akquiriere selber Kunden, ca 30% bekomme er von der BF.

Neben der BF vermittele der Mitbeteiligte auch noch Produkte für eine andere Firma, die Tätigkeit sei aber eher gering, er konzentriere sich vorrangig um die Produkte der BF. Er verwende den Schaugarten der BF, er verwende sein eigenes Fahrzeug, sein eigenes Telefon,

seine eigene EDV und er zeige auch seinen eigenen Pool her. Der sei aber nicht im Anlageverzeichnis. Die SVS legte im Zuge der Verhandlung ein Anlageverzeichnis des Mitbeteiligten vor.

Wenn er einen Kunden nicht mehr wolle, würde ihn ein Kollege bekommen, das sei so noch nicht vorgekommen. In einem Fall habe er einen Fehler gemacht, da sei ihm der Schaden von der Provision abgezogen worden. Eine Betriebshaftpflichtversicherung für seine Firma habe er nicht. In der Firma würde er sich mit der Produktion und dem Disponenten wegen der Liefereinteilung besprechen. Die Termine würde er selber eintragen und könne diese auch nach Belieben ändern. Es gebe auch keine Kriterien, wann er zB bei einer Lieferung dabei sein müsse. Wenn er Kunden an Kollegen weitergebe, weil diese zB näher wohnen oder ihn schon kennen, dann mache man sich die Provision untereinander aus. Er vermittele zudem auch Partnerfirmen, zB Baufirmen. Der Vorteil der Nav-Eintragungen sei auch, dass kein anderer Kollege mehr auf diesen Kontakt zugreifen könne.

5. Am 03.12.2020 langte eine Stellungnahme der belangten Behörde ein. Aus einer möglichen einmaligen Provisionskürzung sei kein uneingeschränktes Unternehmerrisiko ableitbar. Die für die Tätigkeit wesentlichsten Betriebsmittel (Software „Navision“, Messestände, Unterlagen etc.) würden von der BF zur Verfügung gestellt. Auch würden kostenlose Schulungen zur Verfügung gestellt. Als wesentlichstes Betriebsmittel seien die Kundendaten anzusehen, welche dem Mitbeteiligten kostenlos von der BF zur Verfügung gestellt werden. Die Handelsvertreter würden auf der BF-Homepage als zum „Team“ zugehörig dargestellt., für einen Dritten sei nicht ersichtlich, dass es sich um selbständige HV handle. Die Einbindung in das betriebliche Formular- und Berichtswesen ergebe eine Weisung auf das arbeitsbezogene Verhalten. Der Umstand, dass die Software-Updates auch über Remote-Verbindungen erfolgen kann, ändert nichts daran, dass das Funktionieren der internen Programme dennoch von der BF gesteuert werde. Es sei auch hervorgekommen, dass sich die HV mit der Produktion und dem Dispo-Team absprechen müssen. Es sei daher eine Koordination mit anderen Mitarbeitern zu bejahen. Der Mitbeteiligte verfüge auch über keine Betriebshaftpflichtversicherung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Seit 2005 ist der Mitbeteiligte Inhaber einer Gewerbeberechtigung und als Handelsvertreter für die BF tätig.

Der Mitbeteiligte ist gemäß § 2 Abs. 1 GSVG pflichtversichert. Der Mitbeteiligte war vor seiner Tätigkeit als Handelsvertreter von 2001 bis 2005 als freier Dienstnehmer bei der BF angestellt. Es besteht ein Handelsvertretervertrag zwischen der BF und dem Mitbeteiligten. Dieser Vertrag umfasst 10 Hauptpunkte und eine Reihe von Unterpunkten, welche auszugsweise und

teilweise gekürzt lauten (Firmenname durch „BF ersetzt):

Das vereinbarte Vertragsbild besteht vorwiegend in der Vermittlung von Schwimmbadkomplettanlagen mit diversen Übergabe- und Servicetätigkeiten (I.).

Die BF betraut den Handelsvertreter mit der Vertretung der im Punkt I. genannten Produkte. Er ist nicht ermächtigt, im Namen und auf Rechnung der BF Verträge zu schließen, sondern ausschließlich den Abschluss solcher Geschäfte zu vermitteln (II.).

Der Handelsvertreter hat sich fortlaufend um die Vermittlung von Geschäftsabschlüssen über die Vertragsprodukte zu bemühen (.....)(III.1.).

Der Arbeitsumfang des Handelsvertreters umfasst daher insbesondere folgende Tätigkeiten: Geschäftsanbahnung, Kundenakquisition, Hausbesuche, Kontaktadressen, Planung... Sofern die Kontaktdaten nicht schon vom BF-Office im Softwaresystem angelegt wurden, ist der HV verpflichtet, umgehend alle zur Verfügung stehenden Kundendaten anzulegen (....) (III.2.a.).

Geschäftsabwicklung, Angebotslegung, Auftragsabschluss, Durchführung sowie Kontrolle der Baustelle, Lieferung und Montage, Poolübergabe (III.2.b.).

Kundenbetreuung, Nutzung- und Pflegehinweise, technische Auskünfte, Reklamation (III.2.c.).

Repräsentative Tätigkeiten, die von der BF gebuchten Messen müssen lt Absprache besetzt werden und der HV verpflichtet sich, beim Auf- und Abbau der Messe mitzuhelfen (III.2.d.).

Bedienung der Software „Navision“ – Interessenten, Kundenkontakte, Angebote, Aufträge, Kundenprotokolle, After-Sales-Protokolle – sämtliche Prozessschritte sind vom HV lt Navision-Handbuch auszuführen (III.2.e.).

Verpflichtung, die Programme immer auf aktuellstem Stand zu halten, Update, Upgrade. Hiefür ist der HV verpflichtet, einmal pro Woche im BF-Office anwesend zu sein, damit die laufenden Aktualisierungen fachgerecht durchgeführt werden können (III.3.).

Die vereinbarten Leistungen sollen grundsätzlich nur von der Vertragsperson ausgeführt werden. Beauftragt der HV einen Dritten mit der Vertretung, ist die Geschäftsleitung umgehend darüber zu informieren (III.4.).

Alle Kundenadressen dürfen nur für Geschäftszwecke der BF bearbeitet werden und auch nach Beendigung des gegenständlichen Vertragsverhältnisses keinesfalls für private oder andere Zwecke verwendet werden (III.5.).

Der HV verpflichtet sich, während des aufrechten Vertragsverhältnisses keinerlei Konkurrenzprodukte der BF (insbesondere Schwimmbadanlagen) zu verkaufen oder zu vermitteln. Für Ausnahmen und Sondervereinbarungen muss die Erlaubnis der Geschäftsführung vorliegen (III.6.).

Kundenanfragen, die Produkte und Leistungen von Netzwerkpartnern der BF betreffen, sind vom HV bevorzugt zu behandeln.... (III.7.).

BF wird den HV bei der Ausübung seiner Tätigkeit mit besten Kräften unterstützen und diverses

Werbematerial, Verkaufsunterlagen, Schulungen und Handmuster kostenlos zur Verfügung stellen. Kundenadressen (.....) werden nach einem internen Verteilerschlüssel gratis zur Verfügung gestellt. Für Büroarbeiten, Kundenempfänge und Repräsentationen stehen dem HV die nötigen Räume und technischen Einrichtungen zur Verfügung. Dem HV werden während des aufrechten Vertragsverhältnisses die nötigen Hard- und Softwarekomponenten kostenlos zur Verfügung gestellt (IV.).

Der HV kann einerseits Kunden selbst akquirieren und über diese Kontakte frei verfügen, andererseits werden dem HV Kontakte von der BF kostenlos zur Verfügung gestellt. Hinsichtlich der von der Geschäftsleitung bereitgestellten Kontakte ist der HV verpflichtet, ein vorgefertigtes Bearbeitungsprotokoll auszufüllen. Diese Aufzeichnungen sind aktuell, dh am selben Tag, zu führen und können von der Geschäftsleitung jederzeit zur Einsicht verlangt werden. Kommt der HV dieser Verpflichtung nicht nach, behält sich die BF das Recht vor, die zur Verfügung gestellten Kontakte dem HV zu entziehen und über diese sodann selbst zu verfügen (V.).

Beiden Vertragsparteien sind verpflichtet, über sämtliche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des jeweils anderen auch über das Ende des Vertragsverhältnisses hinaus Stillschweigen zu bewahren. Dem HV ist es nach der Beendigung des Dienstverhältnisses nicht gestattet, die bisherigen Kundenlisten, in welcher Form auch immer, zu verwenden (VI.).

Der HV erhält für alle von ihm vermittelten Geschäfte eine Provision (.....). Die Entlohnung erfolgt somit ausschließlich über Provisionszahlungen, sowie bei Sonderaufträgen mit der Vergütung des amtlichen Kilometergeldes und der vereinbarten Stundenpauschale nach tatsächlichem Aufwand lt Lieferschein bzw Arbeitsblatt (VII.).

Die Aufgaben des HV sind bindend. (.....) Für etwaige Kosten, die aus Kundenreklamationen aufgrund von Einbaufehlern bzw für Mängel, die nachweislich aus ein Fehlverhalten des HV zurückzuführen sind, hat die BF gegenüber dem HV einen Anspruch auf Regress. Dieser Regressanspruch ist pro Kunde bis zur jeweiligen Provisionshöhe begrenzt. (.....) (VIII.).

Dieser Vertrag beginnt am (.....) und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (IX.).

Der HV erklärt hiermit, dass er all seinen gewerberechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen sowie steuerrechtlichen Verpflichtungen selbständig nachkommt (.....) (X.).

Es besteht kein allgemeines Konkurrenzverbot, sondern nur bezogen auf die Produkte der Beschwerdeführerin. Die Kundendaten stehen im Eigentum der BF, dem Mitbeteiligten steht bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ein Ausgleichsanspruch gemäß § 24 HVertrG zu.

Die Termine vereinbart der Mitbeteiligte direkt mit den Kunden, es obliegt seiner Disposition wann und wo er sich mit den Kunden trifft. Der Mitbeteiligte hat keine Mindeststundenzahl zu erbringen und auch keine Aufzeichnungen über seine Arbeitszeiten zu führen.

Arbeitsbezogene Weisungen sind fallbezogen nicht vorhanden. Es besteht lt Vertrag eine

Verpflichtung, Kundenkontakte in das EDV-System der Beschwerdeführerin einzupflegen.

Es gibt auch keine Vorgaben über den Arbeitsort – die wöchentliche Anwesenheitspflicht zum EDV-Update wird in der Realität nicht gelebt. Hin und wieder ist die Anwesenheit des Mitbeteiligten am Firmenstandort erforderlich, da sich dort der Schaugarten der BF befindet und dort mit Interessenten eingebaute Poolanlagen besichtigt werden können. Die Anwesenheitspflicht auf Messen ist zwar im Vertrag geregelt, die mündliche Verhandlung ergab jedoch, dass sich die Handelsvertreter absprechen, wer dort sein möchte. Die Anwesenheit auf Messen ist für den Mitbeteiligten selbst von großer Bedeutung, da er dort Verkaufsabschlüsse tätigen kann. Es besteht keine Meldepflicht für Urlaube oder Krankenstände.

Der Mitbeteiligte hatte während seiner Tätigkeit für die BF die Möglichkeit, Aufträge sanktionslos abzulehnen.

Von einer externen Vertretungsmöglichkeit hat der Mitbeteiligte bisher nicht Gebrauch gemacht, er ist jedoch selbst der Ansicht, dass er sich jederzeit vertreten lassen kann.

In einem Fall hat der Mitbeteiligte sich vermessen, der Schaden der BF wurde von der Provision einbehalten.

Im Unternehmen der BF muss sich der Mitbeteiligte mit der Produktion und dem Dispo-Team abstimmen.

Neben der BF ist der Mitbeteiligte auch für eine weitere Auftraggeberin als Handelsvertreter tätig, wobei der die Tätigkeit für das andere Unternehmen als eher gering einstuft.

Der Mitbeteiligte verfügte im verfahrensrelevanten Zeitraum über umfangreiche Anlagegüter, wie zB eigenes Kraftfahrzeug, Büroeinrichtung, eigene EDV-Geräte, Telefon, etc. Er nahm die Infrastruktur der BF nur für Besichtigungen im Schaugarten und auf Messen in Anspruch, er verwendete keine Betriebsmittel der BF, außer Prospekte und Preislisten. Von der BF wurde dem Mitbeteiligten ein Laptop mit der Navision-Software zur Verfügung gestellt. Für sein eigenes Unternehmen besteht keine Betriebshaftpflichtversicherung.

2. Beweiswürdigung:

Für die Beweiswürdigung wird zT auch das Protokoll der mündlichen Verhandlung zu W156 2194456-1 herangezogen, da dort vom Beschwerdeführer-Vertreter Angaben zu allen drei anhängigen Beschwerdeverfahren getätigt wurden.

Die Gewerbeberechtigung des Mitbeteiligten und der Zeitpunkt des Tätigwerdens für die BF ergeben sich aus dem Verwaltungsakt und sind unbestritten.

Dass der Mitbeteiligte vor seiner Tätigkeit als Handelsvertreter bei der BF als freier Dienstnehmer beschäftigt war, ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und dem Protokoll der mündlichen Verhandlung (Seite 5).

Die Existenz eines Handelsvertretervertrages zwischen der BF und dem Mitbeteiligten ergibt

sich ebenso aus dem Beschwerdeakt, der Inhalt ergibt sich aus einer im Akt vorhandenen Kopie. Es ergibt sich aus den Angaben in der mündlichen Verhandlung, dass es kein allgemeines Konkurrenzverbot gab, sondern sich dieses auf die Produkte der BF bezog (Protokoll, Seite 13). Dadurch war es dem Mitbeteiligten möglich, dass er sein Wirken am freien Markt als Handelsvertreter anbieten konnte. Aus dem Beschwerdeakt ergibt sich auch, dass der Mitbeteiligte auch für ein weiteres Unternehmen als Handelsvertreter tätig ist.

Aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass keine arbeitsbezogenen Weisungen bestanden. Die „Weisung“, dass Kundenkontakte in das EDV-System einzupflegen sind, ist der Ablaufstruktur zuzuordnen, um doppelte Kundenbetreuung zu verhindern und um eigene Kunden für andere Handelsvertreter zu blockieren, was auch im Interesse des Mitbeteiligten gelegen ist (Seite 16).

Dass es keine Meldepflicht für Urlaube oder Krankenstände gab, ergibt sich aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung zum Annex-Verfahren W156 2194456-1 (dort auf Seite 9).

Der Anspruch auf eine Abgeltung im Sinne des 24 HVertrG in Bezug auf die im Eigentum der BF stehenden Kundendaten ergibt sich aus dem Beschwerdeschreiben.

Die wöchentliche Anwesenheitspflicht im BF-Büro wurde in der Realität nicht gelebt, da die Software-Updates drahtlos durchgeführt werden konnten (Protokoll, W156 2194456-1, Seite 10). Ansonsten gab es keine Vorgaben der BF über Arbeitsorte oder Arbeitszeiten. Es ergibt sich aus der mündlichen Verhandlung, dass der Mitbeteiligte seine Arbeitszeit frei einteilen konnte. Auch der Ort der Verrichtung der Tätigkeit oblag der Disposition des Mitbeteiligten. Dass er dazu hin und wieder am Firmensitz aufhältig war, um mit den Kunden Poolanlagen im Schaugarten zu besichtigen, ergibt sich aus der Natur der Sache – eine Pflicht zur Anwesenheit lässt sich daraus nicht ableiten. Auch der lt Vertrag verpflichtende Einsatz auf Messen wurde in der Realität nicht als Verpflichtung gelebt – die Handelsvertreter sprachen sich diesbezüglich untereinander ab, zudem war es im Interesse des Mitbeteiligten, dort anwesend zu sein, da er dort Verkaufsabschlüsse tätigen konnte (Protokoll, Seite 9).

Dass der Mitbeteiligte während seiner Tätigkeit die Möglichkeit hatte, auch sanktionslos Aufträge oder Messetermine abzulehnen, ergibt sich aus der mündlichen Verhandlung (Protokoll, Seite 10 und Protokoll W156 2194456-1 Seite 8).

Dass der Mitbeteiligte selbst noch keine externe Vertretung in Anspruch genommen hat, ergibt sich aus der mündlichen Verhandlung (Protokoll, Seite 5). Aus dem Annexverfahren W156 2193915-1 ergibt sich, dass andere Handelsvertreter des Unternehmens sehr wohl die Möglichkeit der externen Vertretung nutzten. Zudem ist auch der Mitbeteiligte im Beschwerdeverfahren selbst der Ansicht, dass er sich extern vertreten lassen könnte (Seite 5). Dass der Mitbeteiligte im Falle eines falsch gemessenen Beckens keine Provision erhalten hat, ergibt sich aus dem HV-Vertrag und wurde auch in Realität so gelebt, es wurde eine mit

29.10.2020 datierte Erklärung der BF übermittelt, woraus sich die Nichtauszahlung einer Provision in diesem Fall ergibt.

Aus ablauftechnischen Gründen war es erforderlich, dass der Mitbeteiligte sich intern mit der Produktion und dem Dispo-Team der BF absprach, um das Lieferdatum eines bestellten Pools festlegen zu können (Protokoll, Seite 11).

Die Anlagegüter des Mitbeteiligten ergeben sich aus den im Akt befindlichen Anlageverzeichnissen. Die Zurverfügungstellung eines Firmenlaptops mit entsprechender Software ergibt sich aus dem Beschwerdeakt. Aus der mündlichen Verhandlung ergibt sich auch die Zurverfügungstellung von Prospekten und Preislisten. Dass der Mitbeteiligte für sein Unternehmen keine Betriebshaftpflichtversicherung hat, ergibt sich aus dem Beschwerdeakt.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu A) Stattgebung der Beschwerde

Rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat.

Da ein Antrag auf Senatsentscheidung gestellt wurde, liegt gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

ASVG:

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind 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:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

(2) 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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. (.....)

(4) 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 bäuerlichen 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 wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

- a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder
- b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder
- c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder
- d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

(5) Die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

HVertrG:

§ 1. (1) Handelsvertreter ist, wer von einem anderen (im folgenden „Unternehmer“ genannt) mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften, ausgenommen über unbewegliche Sachen, in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt.

(2) Der Unternehmer kann auch ein Handelsvertreter sein.

(3) Anstelle des Begriffs „selbständiger Handelsvertreter“ kann auch der Begriff „Handelsagent“ verwendet werden.

§ 5. Der Handelsvertreter hat sich um die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften zu bemühen. Er hat bei Ausübung seiner Tätigkeit das Interesse des Unternehmers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers wahrzunehmen und ist insbesondere verpflichtet, ihm die erforderlichen Mitteilungen zu machen und ihn unverzüglich von jedem Geschäft in Kenntnis zu setzen, das er für ihn geschlossen hat.

§ 6. (1) Der Unternehmer hat den Handelsvertreter bei der Ausübung seiner Tätigkeit zu unterstützen.

(2) Insbesondere hat der Unternehmer:

1. dem Handelsvertreter die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und alle für die Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Informationen zu geben (.....)

§ 8. (1) Die Vergütung des Handelsvertreters kann in einer Provision oder einem anderen Entgelt bestehen.

(2) Soweit nichts anderes vereinbart ist, gebührt dem Handelsvertreter für jedes durch seine Tätigkeit zustande gekommene Geschäft als Vergütung eine Provision. Besteht für den betreffenden Geschäftszweig nicht ein abweichender Handelsbrauch, so wird ein Anspruch auf die Provision durch die bloße Namhaftmachung des Dritten nicht erworben. (.....)

§ 9. (1) Der Anspruch auf Provision entsteht mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts zwischen dem Unternehmer und dem Dritten, wenn und soweit

1. der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat oder
2. der Unternehmer nach dem Vertrag mit dem Dritten das Geschäft hätte ausführen sollen oder
3. der Dritte das Geschäft durch Erbringen seiner Leistung ausgeführt hat. (.....)

3.1.1. Auf den Beschwerdefall bezogen:

3.1.1.1. Werkvertrag:

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und hat - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liegt ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es beim Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit, ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. VwGH 05.06.2002, Zl. 2001/08/0107, 0135; 03.07.2002, Zl. 2000/08/0161).

Gegenständlich wurde nicht ein einzelnes Werk im Sinne einer in sich geschlossenen Einheit geschuldet, sondern stellte der Mitbeteiligte fortwährend seine Arbeitskraft für gattungsmäßig umschriebene Leistungen (vor allem Verkaufstätigkeit) für einen unbestimmten Zeitraum zur Verfügung.

Im vorliegenden Fall ist auch deshalb kein Werkvertrag gegeben, weil kein Maßstab ersichtlich ist, nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten.

3.1.1.2. Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 2 ASVG:

Es in weiterer Folge zu prüfen, ob der Mitbeteiligte im fallgegenständlichen Zeitraum als Dienstnehmer der BF anzusehen ist.

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, sind auch die "wahren Verhältnisse" maßgeblich, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen.

Die Frage, ob die Dienstleistungen im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG eher das Gepräge persönlicher Abhängigkeit aufgewiesen oder ob die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit überwogen haben (vgl. dazu und zum folgenden das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. März 1984, Slg. 11361/A), ist danach zu beantworten, in welche Richtung vor allem die dafür entscheidungskräftigen Kriterien deuten, nämlich, ob eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten durch seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten und die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, sowie die (damit eng verbundene) persönliche Arbeitspflicht vorliegt, bzw. ob dies nicht der Fall ist. Das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Arbeitsempfängers) schließt dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht aus. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgebender Bedeutung sein (VwGH 25.09.1990, 89/08/0334, vgl. dazu auch das grundlegende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A, sowie das Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11361/A).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. April 1991, Zl. 90/08/0117; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0200).

Betrachtet man fallbezogen den Handelsvertretervertrag (Pkt III.4.), der zwischen dem

Mitbeteiligten und der BF geschlossen wurde, so ist ersichtlich, dass vereinbarten Leistungen grundsätzlich nur von der Vertragsperson ausgeführt werden „sollen“. Beauftragt der HV einen Dritten mit der Vertretung, wäre die Geschäftsleitung umgehend darüber zu informieren. Die mündliche Verhandlung zum Annexverfahren W156 2193915-1 zeigte jedoch, dass diese Vereinbarung in der Realität nicht so gelebt wurde. Dort ergab sich, dass ein Handelsvertreter derselben BF eine externe Person als Vertreter - zB für Besichtigungen – herangezogen hat und dies der BF nicht gemeldet hat. Von Seiten des BF-Vertreters wurde in diesem Fall erklärt, dass dies kein Problem sei. Es wäre daher auch dem Mitbeteiligten fallbezogen möglich gewesen, eine externe Vertretung in Anspruch zu nehmen. Auch er selbst ist fallbezogen der Ansicht, dass er sich extern vertreten lassen könnte.

Hinzu kommt die Formulierung „*sollen grundsätzlich nur von der Vertragsperson ausgeführt werden*“. Diese lässt bereits erkennen, dass durchaus Vertretungen möglich sind, ansonsten wäre eine restriktivere Formulierung - wie zB „*hat ausnahmslos (...) zu erfolgen*“ – gewählt worden.

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

Im Lichte dieser Betrachtung ist festzustellen, dass auch dem Mitbeteiligten die Möglichkeit offen gestanden wäre, sich jederzeit nach Gutdünken vertreten zu lassen. Dass er diese Möglichkeit bisher ungenützt ließ, ist unerheblich.

Auch ist hervorgekommen, dass es dem Mitbeteiligten – wie auch seinen Kollegen - möglich war, einzelne Aufträge oder Messetermine sanktionslos abzulehnen. Dies wurde auch von der BF im Protokoll zu W156 2194456-1 bestätigt.

Auch andere Punkte des Handelsvertretervertrages waren nicht geeignet, die Dienstnehmereigenschaft zu untermauern.

Es waren fallbezogen keine arbeitsbezogenen Weisungen feststellbar. Die Pflicht zur Erfassung der Kundendaten im EDV-System lag zwar primär im Interesse der BF, ihre Kundendaten entsprechend zu verwalten und eine Übersicht über die Kontakte und Betreuungen zu behalten. Die Erfassung im System hatte auch den Hintergrund, dass die entsprechenden Kunden für die anderen Verkäufer blockiert waren, also auch provisionstechnische Vorteile für den Mitbeteiligten. Bei einer Nichterfassung setzte die BF keine Konsequenzen.

Dass ab einer bestimmten Unternehmensgröße ein einheitliches Datenerfassungssystem Verwendung findet, ist nicht ungewöhnlich. Würden alle Handelsvertreter eines Unternehmens verschiedene Erfassungssysteme verwenden, wäre es mit einem immensen Aufwand verbunden, diese Daten wieder in ein einheitliches System einzuspeisen. Die

Bereitstellung eines einheitlichen Systems wie fallbezogen der Navision-Software ist daher nicht als Kontroll- oder Steuerungsinstrument zu sehen, sondern in erster Linie als Arbeitserleichterung für alle Beteiligten. Die Voraussetzung, dass der Messestand der BF immer von einem Handelsvertreter besetzt sein musste, lag auch im erheblichen Interesse des Mitbeteiligten, da dieser so seine Geschäftsabschlüsse tätigen und die daraus resultierenden Provisionen lukrieren konnte.

Die Verpflichtung, einmal pro Woche im BF-Büro anwesend zu sein, hatte den Hintergrund die Aktualisierungen der EDV-Programme zu ermöglichen, wobei auch hier festzustellen war, dass diese Vereinbarung in der Realität nicht gelebt wurde, da aufgrund technischer Fortschritte die Updates technisch inzwischen auch online möglich waren. Allein aus dem Umstand, dass die Software-Updates in der Verfügungsmacht der BF lagen, lässt sich keine Dienstnehmereigenschaft ableiten.

Eine Vorgabe betreffend Arbeitszeit oder Arbeitsort bestand von Seiten der BF nicht. Es war dem Mitbeteiligten möglich, seine Arbeitszeit und den Ort frei einzuteilen und er war auch nicht verpflichtet, arbeitszeitliche Aufzeichnungen zu führen. Die Notwendigkeit, zB mit Interessenten Besichtigungen des Schaugartens am Firmensitz durchzuführen, ist nicht als Bindung an einen Arbeitsort zu sehen, sondern liegt in der Natur der Tätigkeit.

Das Konkurrenzverbot bezog sich nur auf jene Produktparten, die von der BF vertrieben wurden, ein solches bestand nicht auf die von Fremdfirmen angebotenen Artikel aus anderen Sparten.

Eine bloße Koordinierung mit den Erfordernissen der BF bedeutet noch keine Weisungsgebundenheit, ebenso kann eine solche nicht daraus abgeleitet werden, wenn Anwesenheit im Büro oder im Umfeld der BF von der Art der Tätigkeit her notwendig ist (zB Besichtigungstermine im Schaugarten der BF und anschließenden Verkaufsgespräch in den Räumlichkeiten der BF).

Auch die zuweilen erforderlichen Absprachen mit der Produktion und dem Dispo-Team sind nicht geeignet, eine Eingliederung des Mitbeteiligten in den Betrieb der BF zu erkennen – vielmehr ist dies ein systemimmanenter Vorgang, um den Kunden und der BF einen reibungslosen terminlichen Ablauf der Bestellung zu ermöglichen. Die Verfügbarkeit und der Liefertermin von Produkten ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung in einigen Fällen womöglich auch ausschlaggebend für das tatsächliche Zustandekommen eines Verkaufsabschlusses.

Auch ist ein unternehmerisches Risiko zu erkennen. Der Mitbeteiligte erhielt kein Fixum, sondern eine Provision, die sich an den Vertragsabschlüssen orientiert, wobei das Risiko des Zahlungsausfalls beim Mitbeteiligten lag, da die Auszahlung der Provision erst nach Zahlung durch den Kunden erfolgte. Auch Schäden, die durch Fehlbestellungen entstanden wären,

hätten zur Folge, dass die Provision gekürzt oder zur Gänze einbehalten werden konnte.

Der Fall der Einbehaltung ist beim Mitbeteiligten einmal eingetreten. Hier ist ein unternehmerisches Risiko zu erkennen, da dieser Umstand den Mitbeteiligten zur erhöhten Sorgfalt zwingt und im wiederholten Falle zu erheblichen unternehmerischen Einbußen führen kann.

Fallbezogen ist hervorgekommen, dass die überwiegenden Betriebsmittel vom Mitbeteiligten selbst zur Verfügung gestellt wurden. Er verwendete seinen eigenen PKW, sein eigenes Büro, sein Mobiltelefon und auch eigene EDV. Das von der BF zur Verfügung gestellte Prospektmaterial, die Preislisten, die Möglichkeit der Nutzung des Messestandes für einige wenige Tage im Jahr und ein Laptop mit Software sind nicht geeignet, von überwiegend von der BF zur Verfügung gestellten Betriebsmittel zu sprechen.

Aus der Bestimmung des § 6 HVertrG ergibt sich zudem, dass auch die BF eine umfassende Unterstützungspflicht des Handelsvertreters trifft. Unter diese Unterstützungspflicht ist wohl auch die Zurverfügungstellung von Kundendaten und die oben genannten Betriebsmittel zu subsumieren, wobei hervorgekommen ist, dass der Mitbeteiligte nicht nur aufgrund der von der BF bekannten Kundendaten tätig wird, sondern laufend bemüht ist, selbst Kunden zu akquirieren (Eigenanteil ca 2/3). Die Kundendaten sind unter diesem Gesichtspunkt nicht als das wesentlichste Betriebsmittel anzusehen. Auch die Möglichkeit, kostenlose Schulungen in Bezug auf die BF-Produkte zu erhalten, unterfällt unter diese Bestimmung.

Unerheblich erscheint zudem – aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht –, ob es für die potentiellen Kunden ersichtlich ist, ob der Mitbeteiligte ein Dienstnehmer der BF ist oder ein für diese tätig werdender Handelsvertreter.

Auch aus dem Umstand, dass der Mitbeteiligte über keine Berufshaftpflichtversicherung für die Tätigkeit als Handelsvertreter verfügt, lässt sich keine Dienstnehmereigenschaft ableiten, da eine solche Versicherung nicht für alle selbständigen Berufsgruppen zwingend vorgeschrieben ist.

Der VwGH hat zwar in bestimmten Fallkonstellationen die Dienstnehmereigenschaft von Vertretern bejaht (vgl. 2005/08/0197, 2001/08/0096, 82/08/0111, 2009/08/0041, 2008/08/252), wobei in diesen Fällen ua ein Fixum bezogen wurde, ein Büro zur Verfügung gestellt wurde, eine Weisungs- und Kontrollunterworfenheit bestand, die Verpflichtung zur persönlichen Dienstleistung bestand und eigene Betriebsmittel fehlten – also jene Elemente, welche fallbezogen gerade nicht vorliegen.

Die festgestellten Tatsachen (jederzeitige Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, die Möglichkeit, Aufträge sanktionslos abzulehnen, keine Einbindung in den Betrieb, keine Weisungs- und Kontrollbefugnisse der BF, keine Vorgaben und Aufzeichnungen zu Arbeitszeit und Arbeitsort, bestehendes Unternehmerrisiko, überwiegend eigene Betriebsmittel etc)

schließen im Beschwerdefall die persönliche Arbeitspflicht im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG aus, sodass festzustellen ist, dass der Mitbeteiligte kein Dienstnehmer der BF im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG war.

3.1.1.3. Freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 4 ASVG:

Im Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, Zl. 2007/08/0223, VwSlg. 17.359 A, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass bei der Beurteilung der Verfügung über wesentliche Betriebsmittel im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG zu untersuchen ist, ob sich der freie Dienstnehmer mit Betriebsmitteln eine eigene betriebliche Infrastruktur geschaffen hat. Dabei ist es in erster Linie in der Ingerenz eines (potentiellen) freien Dienstnehmers gelegen, ob er über eine unternehmerische Struktur verfügen möchte oder nicht, ob er also seine Tätigkeit grundsätzlich eher arbeitnehmerähnlich (d.h. keine Tätigkeit für den "Markt", sondern im Wesentlichen für einen Auftraggeber oder doch eine überschaubare Zahl von Auftraggebern, ohne eigene betriebliche Struktur, gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen, wie zB durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.) ausführen möchte oder ob er eher unternehmerisch tätig sein und das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will (d.h. zB - losgelöst vom konkreten Auftrag - spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert).

Auch in Fällen, in denen eine unternehmerische Organisation bestimmten Ausmaßes nicht klar zutage tritt, ist ein Betriebsmittel grundsätzlich dann für eine Tätigkeit wesentlich, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und die damit einhergehende steuerliche Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist.

Die demnach maßgebliche eigene unternehmerische Infrastruktur ist im Fall des Mitbeteiligten zu bejahen. Er nahm die Infrastruktur der BF nicht wesentlich in Anspruch, sondern verfügte - laut Verzeichnis des Anlagevermögens - über umfangreiche Anlagegüter, wie zB Kraftfahrzeug, Büroeinrichtung, eigene EDV, Telefon, etc. Wenn auch es sich auch bei EDV-Geräten, einem Handy, und diversen Werkzeugen um Mittel des allgemeinen Gebrauchs handelt, wurden sie durch die Aufnahme in das Anlagevermögen aber eindeutig einem unternehmerischen Zweck gewidmet.

Der Mitbeteiligte nutzte an Betriebsmittel der BF lediglich den bereitgestellten Laptop, Prospekte und Preislisten, sodass festzustellen ist, dass er in der Relation überwiegend eigene Betriebsmittel verwendete (Auto, Büro, Telefon, tw EDV).

Weiter stellt das Gesetz nicht auf die Anzahl der Auftraggeber ab. Vielmehr ist die Versicherungspflicht eines freien Dienstnehmers nach § 4 Abs. 4 ASVG schon dann zu verneinen, wenn er über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt, zumal damit - jedenfalls in einer typisierten Betrachtungsweise - die Möglichkeit verbunden ist, auf dem Markt aufzutreten, was fallbezogen zu bejahen ist, da der Mitbeteiligte im verfahrensrelevanten Zeitraum auch für ein weiteres Unternehmen Vertriebstätigkeiten vornahm.

In Übereinstimmung mit der Judikatur des VwGH 2012/08/0163 ist der Mitbeteiligte in der Gesamtbetrachtung somit nicht als freier Dienstnehmer anzusehen, da er über eine maßgebliche eigene unternehmerische Infrastruktur und damit über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügte und daher die Möglichkeit hat, auf dem Markt aufzutreten, um weitere oder neue Aufträge zu lukrieren.

Es war daher der Beschwerde stattzugeben und der angefochtene Bescheid zu beheben.

4. Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.