



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23-889 1541

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

E N T S C H E I D U N G S D A T U M

0 7 . 0 6 . 2 0 2 3

G E S C H Ä F T S Z A H L

W 2 6 0 2 2 3 5 5 7 2 - 1 / 1 2 E

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

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Markus BELFIN als Vorsitzender und die fachkundige Laienrichterin Mag. Barbara WAGNER und den fachkundigen Laienrichter Mag. Stefan KORNFELD als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Dr. Günther GERINGER, Steuerberater in 1040 Wien, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Burgenland, vom 30.06.2020, betreffend die Feststellung des Bestehens einer voll- (Kranken-, Unfall-, Pension-) und arbeitslosenversicherungspflichtigen Tätigkeit des XXXX für die XXXX vom 01.09.2018 bis 30.04.2020, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 14.12.2022, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. XXXX (im Folgenden: „Mitbeteiligter“) gab am 13.09.2018 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (nunmehr Sozialversicherungsanstalt der Selbstständigen) eine Versicherungserklärung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG hinsichtlich seiner Tätigkeit als Konsulent für die XXXX (im Folgenden: „Beschwerdeführerin“) ab. Gleichzeitig legte er den ausgefüllten Fragebogen zur Feststellung der Pflichtversicherung, den Konsumentenvertrag vom 12.09.2018, sowie drei Honorarnoten für die Zeiträume September bis November 2018, Dezember 2018 bis Februar 2019 und März bis Mai 2019 vor.

Mit Schreiben vom 12.10.2018 übermittelte die Sozialversicherungsanstalt der Selbstständigen im Rahmen der Vorabprüfung gemäß § 412d ASVG die Versicherungserklärung an die Wiener Gebietskrankenkasse (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse; im Folgenden: „Belangte Behörde“) und stufte den Zuordnungsfall als „Zweifelsfall“ ein.

2. Mit Schreiben vom 28.02.2019 teilte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin mit, dass aufgrund der Angaben des Mitbeteiligten im Fragebogen der Sozialversicherungsanstalt der Selbstständigen eine unselbstständige Erwerbstätigkeit erkennbar sei und ersuchte um Übermittlung einer Stellungnahme. Alternativ wurde auf die Meldepflicht der Beschwerdeführerin verwiesen und um Anmeldung des Mitbeteiligten ersucht.

3. Am 14.03.2019 übermittelte die Beschwerdeführerin eine schriftliche Stellungnahme, in der sie die Dienstnehmereigenschaft des XXXX bestritt.

4. Der Mitbeteiligte wurde am 11.04.2019 bei der belangten Behörde niederschriftlich einvernommen und gab darin zusammengefasst ua. an, dass er seit 01.09.2018 ausschließlich für die belangte Behörde als Konsulent tätig sei. Er sei nicht im Besitz eines Gewerbescheines. Sein Aufgabengebiet umfasse das Lukrieren, sowie die Betreuung und Beratung von Neukunden und Partnern, die sich hauptsächlich in Nordchina befinden würden. Des Weiteren führe er im Marketingbereich Veranstaltungen in China durch, in denen er diverse Weine der Beschwerdeführerin präsentiere. Zudem suche er auch neue Vertriebsmöglichkeiten zwischen der Beschwerdeführerin und den Partnern. Er könne sich seine Arbeitszeiten sowie Arbeitsorte

selbst einteilen und sei bezüglich Arbeitszeit und Arbeitsort weder Weisungs- noch Kontrollunterworfen. Bezüglich der Entlohnung gab er an, dass seine Tätigkeiten jedes Quartal anhand einer Pauschalvereinbarung vergütet werde. Die Pauschalsumme pro Quartal betrage EUR 7.500,-, was einem monatlichen Bezug in Höhe von EUR 2.500,- entspreche. Die Auszahlung erfolge über Banküberweisung. Es seien weder Sonderzahlungen noch Provisionszahlungen vereinbart worden. Auf die Frage hinsichtlich vorhandener Betriebsmittel gab er an, dass er zur Ausübung der Tätigkeit ein Handy, einen Laptop, sowie Büromaterial benötige und er sämtliche Betriebsmittel auf eigene Rechnung angeschafft habe. Zudem besitze er keinen Schlüssel für die Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin.

5. Mit E-Mail vom 05.06.2019 teilte die belangte Behörde der Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen mit, dass nach vorläufiger Ansicht das Vorliegen einer unselbständigen Beschäftigung erkennbar sei, welches gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu versichern wäre und bat um eine kurze Stellungnahme, ob die SVA mit einer Zuordnung nach ASVG einverstanden sei. Die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen hat sich in ihrer Mitteilung vom 11.06.2019 nicht gegen die Rechtsansicht der belangten Behörde ausgesprochen.

6. Mit Schreiben vom 03.07.2019 hat die belangte Behörde der Beschwerdeführerin das Ergebnis der Beweisaufnahme mitgeteilt und zur Erstattung der Anmeldung zur Pflichtversicherung nach dem ASVG ersucht.

7. Mit Schreiben vom 12.07.2019 bestritt die Beschwerdeführerin abermals ein Dienstverhältnis und verwies im Wesentlichen auf die Begründung vom 14.03.2019.

8. Mit Schreiben vom 25.07.2019 beantragte die Beschwerdeführerin die Ausstellung eines Bescheides zur Feststellung der Versicherungspflicht nach dem ASVG.

9. Die belangte Behörde hat im Zuge des durchgeführten Ermittlungsverfahrens die Anmeldung zur Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG rückwirkend ab dem 01.09.2018 und die Beitragsgrundlagen anhand der Honorarnoten erstellt. Sämtliche Meldungen wurden von Amts wegen durchgeführt, da kein Konsens mit der Beschwerdeführerin erzielt werden konnte.

10. Mit Schreiben vom 20.10.2019 langte eine Stellungnahme seitens des Steuerberaters ein. Darin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Mitbeteiligte einen definierten Vermittlungs- bzw. Verkaufserfolg zu erbringen habe. Er schulde daher keine Arbeitsleistung,

sondern einen bestimmten Erfolg und wurde umfassend auf den Konsumentenvertrag zwischen dem Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin verwiesen.

11. Mit Schreiben vom 08.06.2020 wurde die Beendigung des Auftragsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin und die Anzeige des Nichtbetriebes per 30.04.2020 bekanntgegeben.

12. Mit beschwerdegegenständlichen Bescheid vom 20.06.2020 stellte die belangte Behörde fest, dass der Mitbeteiligte hinsichtlich der für die Beschwerdeführerin ausgeübten Tätigkeit als Konsulent im Zeitraum von 01.09.2018 bis 30.04.2020 der Pflicht(Voll)versicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs.1 Z 14 in Verbindung mit § 4 Abs. 4 ASVG und der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlag. Weiters stellte sie SV-Beitragsgrundlagen für die Beitragszeiträume 01.9.2018 bis 30.04.2020 fest.

Begründend führte die belangte Behörde neben der Wiedergabe der hier maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen im Wesentlichen aus, dass es sich beim Beschäftigungsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Mitbeteiligten um keinen Werkvertrag handle. Es könne weder aus der abgeschlossenen Vereinbarung – dem Konsumentenvertrag -, noch aus dem gelebten Beschäftigungsverhältnis ein Zielschuldverhältnis erkannt werden. Aus Sicht der belangten Behörde liege ein freier Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG vor.

13. Mit Schriftsatz vom 29.07.2020 gab die Beschwerdeführerin bekannt, dass sie einen Wirtschaftstreuhänder und Steuerberater mit ihrer Vertretung beauftragt habe und erhob gleichzeitig Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 30.06.2020, mit dem die ersatzlose Behebung des Bescheides beantragt wurde. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Höhe der im Bescheid angeführten Entlohnung nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche. Das für den Zeitraum 9/2018 bis 2/2019 behauptete monatliche Entgelt widerspreche der Abrechnung. Auch das für 3/2019 bis 5/2019 unterstellte durchschnittliche Monatsentgelt entbehre jeder Grundlage.

14. Die belangte Behörde erließ keine Beschwerdeentscheidung und übermittelte den Beschwerdeakt dem Bundesverwaltungsgericht mit Vorlageschreiben vom 24.09.2020 zur Entscheidung. In der beigelegten Stellungnahme verwies die belangte Behörde – um auf Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid und erstattete hierzu ergänzende Ausführungen, welche dem Vertreter der Beschwerdeführerin mit Ladungsschreiben vom 04.11.2022 zur Verhandlungsvorbereitung übermittelt wurden.

15. Am 14.12.2022 führte das Bundesverwaltungsgericht eine öffentlich mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, des Mitbeteiligten und einer Vertreterin der belangten Behörde durch. Vertreter der AUVA, der PVA und des AMS Landesgeschäftsstelle Burgenland, sind nicht erschienen.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin legte Kontoauszüge, Jahresabrechnungen (2018 und 2019), eine Änderung zum ursprünglichen Konsumentenvertrag vom 25.04.2019, die Kopie der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019, sowie weitere Steuerunterlagen vor, die als Beilagen ./II bis ./IV zum Akt genommen wurden.

Nach eingehender Befragung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin und des Mitbeteiligten wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin aufgetragen, diejenigen Honorarnoten vorzulegen, welche noch nicht Eingang in das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gefunden haben.

16. Mit Schreiben vom 28.12.2022 legte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Honorarnoten und das von der Beschwerdeführerin geführte Kreditorenkonto für den Mitbeteiligten vor. Zur Erläuterung der Geschäftsbeziehung legte er weiters eine Bestätigung des Mitbeteiligten vor.

17. Das Bundesverwaltungsgericht übermittelte am 04.01.2023 dieses Schreiben an die belangte Behörde, mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme innerhalb einer Frist von zwei Wochen.

18. In ihrer Stellungnahme vom 23.01.2023 führte die belangte Behörde aus, dass in Bezug auf die vorgelegten Honorarnoten anzumerken sei, dass den Jahresabrechnungen zwar zusätzlich zu den bereits im Bescheid der belangten Behörde festgestellten erfolgsunabhängigen Grundbeträgen eine Provision am vermittelten Erfolg von Weinflaschen zu entnehmen sei.

Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen würden die Ansicht der belangten Behörde bestätigen, dass das vorliegende Vertragsverhältnis mit der Beschwerdeführerin eben nicht mit dem Eintritt eines bestimmten Erfolges endete und sohin kein für den Werkvertrag wesentliches Zielschuldverhältnis vorgelegen sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

1.1. Die Beschwerdeführerin, eine GmbH, betreibt und betrieb im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein Weingut.

Der Mitbeteiligte ist Geschäftsmann, dessen Geschäftsfeld nicht ausschließlich auf die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin beschränkt war.

1.2. Von 01.09.2018 bis 30.04.2020 war der Mitbeteiligte auf Grundlage eines am 12.09.2018 mit der Beschwerdeführerin auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen, von beiden Vertragsparteien mit sofortiger Wirkung kündbaren, schriftlichen Konsulentenvertrages als Konsulent für die Beschwerdeführerin tätig.

Die Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019 sowie die Zusatzvereinbarung vom 25.04.2019 zu § 5 Honorar (Änderung) und zu § 7 Konkurrenzverbot (Neufassung) wurden Vertragsinhalt des Konsulentenvertrages vom 12.09.2018.

1.3. Ziel des Konsulentenvertrages vom 12.09.2018 war es, dass der Mitbeteiligte seine Fachkenntnisse und gute Kontakte zur Verfügung stellt, um die Weinvermarktung und Entwicklung von Wein-Tourismusprojekten für Chinesische Besucher in Österreich für die Beschwerdeführerin „durchzuführen“. Vertraglich vereinbart war, dass der Mitbeteiligte für Marketing und Verkauf der Weine der Beschwerdeführerin in China tätig ist und für die Umsetzung der ihm durch die Firma aufgetragenen Marketingkonzepte.

Tatsächlich umfasste sein Aufgabengebiet das Lukrieren, sowie die Betreuung und Beratung von Neukunden und Partnern, die sich hauptsächlich in Nordchina befinden. Des Weiteren führte er im Marketingbereich Veranstaltungen in China durch, in denen er diverse Weine der Beschwerdeführerin präsentierte. Zudem suchte er auch neue Vertriebsmöglichkeiten zwischen der Beschwerdeführerin und den Partnern.

1.4. Der Mitbeteiligte hatte zunächst keine Gewerbeberechtigung, erst ab dem 11.11.2019, nach Aufnahme seiner Tätigkeit.

1.5. Im Konsulentenvertrag vom 12.09.2018 wurde geregelt, dass eine Anmeldung des Mitbeteiligten zur Sozialversicherung durch die Beschwerdeführerin nicht erfolgt und dies

alleine ihm obliege. Über seine Tätigkeit hat er buchungsfähige Fakturen zum Jahresende zu legen und die Versteuerung seines Einkommens obliegt ebenfalls ihm selbst.

1.6. Im Konsumentenvertrag vom 12.09.2018 war auch geregelt, dass das dem Mitbeteiligten zu bezahlende Honorar aus einem monatlichen Grundbetrag als pauschale Abgeltung für den Aufwand und die vom Konsumenten aus eigenem entfalteten Tätigkeiten besteht. Der monatliche Grundbetrag beträgt € 2.500,--. Konkrete Aufträge sollten auf Basis eines jeweils zu vereinbarenden Stundensatzes oder Pauschalbetrages bezahlt werden, zuzüglich allfälliger gesetzlicher Umsatzsteuer. Daneben sollte ihm kein Aufwands- und Barauslagenersatz zustehen, außer wenn für den Einzelauftrag eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde.

Unter Punkt „zum § 5 – Honorar (Änderung) des (ergänzenden) Konsumentenvertrages vom 25.04.2019 (inhaltsgleich in der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019) wurde vereinbart, dass der Werklohn (Honorar) nach den Anfangsergebnissen den wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasst werden muss, um eine Beendigung der Geschäftsbeziehungen zu vermeiden. Vereinbart wurde, dass das Honorar aus einem monatlichen Grundbetrag von € 800,-- zuzüglich einer Prämie laut separater Liste je nach Flaschenpreis, jedoch mindestens € 0,50 für jede Flasche, die über der Menge von 7000 Stück pro Jahr durch seine Tätigkeit verkauft werde, besteht. Die Prämie wird mit monatlich € 400,-- akontiert und nach Zahlungseingang bei der Firma bis spätestens zum Jahresende des Folgejahres berechnet. Konkrete Aufträge werden auf Basis eines jeweils zu vereinbarenden Pauschalbetrages oder Stundensatzes bezahlt. Auf alle Beträge ist die gesetzliche Umsatzsteuer aufzuschlagen. Dem Mitbeteiligten steht kein Aufwands- oder Barauslagenersatz zu, außer wenn für einen Einzelauftrag eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde.

Diese Änderung sollte rückwirkend ab 01.03.2019 gelten, da diese den ursprünglich gewollten Vorstellungen und den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Tatsächlich hat der Beschwerdeführer Honorarnoten für die Zeiträume September bis November 2018 (in Höhe von € 7.500,--), Dezember 2018 bis Februar 2019 (in Höhe von € 7.500,--), März bis Mai 2019 (in Höhe von € 3.600,--) und von Juni bis August 2019 (in Höhe von € 3.600,--), September bis November 2019 (in Höhe von € 3.600,--), sowie für das Jahr 2018 eine Jahresabrechnung in Höhe von € 15.200,-- und für das Jahr 2019 eine Jahresabrechnung in Höhe von € 7.660,-- gelegt.

1.7. Es war vertraglich geregelt, dass der Mitbeteiligte an keinen Dienort, keine Dienstzeit und keine Weisungen der Firma gebunden ist.

Diese Vereinbarung ist sowohl im ursprünglichen Vertrag vom 12.09.2018, als auch in der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019 enthalten.

1.8. Weiters war vertraglich geregelt, dass der gegenständliche Konsulentenvertrag den Regeln des Werkvertrages unterliegt. Der Mitbeteiligte entfaltet seine Tätigkeit – sofern sich aus der Natur der Sache keine andere Notwendigkeit ergibt – außerhalb des Betriebes der Firma.

In der „Zusatzvereinbarung zum Konsulentenvertrag vom 12.09.2018“ vom 03.05.2019 wird unter dem Punkt „zum § 3 – Konsulentenvereinbarung (Neufassung)“ vereinbart, dass die Firma dem Konsulenten keine Räumlichkeiten oder Arbeitsmittel zur Verfügung stellt. Die Firma gestattet ihm aber, ihre Marketingkonzepte zu verwenden und anzupassen, jedoch nur für ihre Firmenprodukte.

Tatsächlich hat der Mitbeteiligte auch sämtliche für seine Tätigkeit erforderlichen Betriebsmittel selbst besorgt und bereitgestellt, wobei er für seine konkrete Tätigkeit keine umfangreichen Betriebsmittel benötigt hat. Es waren lediglich für die Kommunikation ein Mobiltelefon, ein PC für die Korrespondenz via E-Mail sowie Schreibwaren erforderlich. Artikel, die für die Reise erforderlich sind (Reisetasche usw.) standen im Eigentum des Mitbeteiligten. Die Nutzung von Büroräumlichkeiten war für die Tätigkeit des Mitbeteiligten nicht erforderlich.

Tatsächlich hat die Beschwerdeführerin dem Mitbeteiligten keine Betriebsmittel usw. zur Verfügung gestellt. Der Mitbeteiligte hat für seine Tätigkeit weder eine E-Mailadresse der Beschwerdeführerin noch Visitenkarten der Beschwerdeführerin verwendet.

Eine Einschulung des Mitbeteiligten hat nicht stattgefunden. Der Mitbeteiligte hat vor Aufnahme seiner Tätigkeit an einer Degustation sowie einem Kennenlernen der in weiterer Folge zu vertreibenden Produkte der Beschwerdeführerin teilgenommen.

Er hat Prospekte in chinesischer Sprache eines Freundes, der für die Beschwerdeführerin den südchinesischen Markt bedient hat, verwendet. Das Vertriebsnetz für Weine der Beschwerdeführerin wurde durch einen Freund des Mitbeteiligten bedient.

1.9. Im Konsulentenvertrag vom 12.09.2018 wurde nicht geregelt, ob der Mitbeteiligte zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet ist oder sich vertreten lassen kann.

In der „Zusatzvereinbarung zum Konsulentenvertrag vom 12.09.2018“ vom 03.05.2019 wird unter dem Punkt „zum § 3 – Konsulentenvereinbarung (Neufassung)“ vereinbart, dass der

Mitbeteiligte nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet ist. Er ist für seine Mitarbeiter allein verantwortlich.

Tatsächlich hat sich der Mitbeteiligte nie vertreten lassen, keine Mitarbeiter angestellt und die Tätigkeiten für die Beschwerdeführerin immer selbst erbracht.

1.10. Im Konsumentenvertrag vom 12.09.2018 wurde vertraglich geregelt, dass der Mitbeteiligte hinsichtlich weiterer Tätigkeiten für andere Unternehmen in der Weinhandelsbranche, sei es während der Dauer dieser Vertragsbeziehung oder nach Beendigung derselben, einer Beschränkung insofern unterliegt, als die Bestimmungen dieses Konsumentenvertrages dadurch weder verletzt noch beeinträchtigt werden dürfen. Das Konkurrenzverbot endet 24 Monate nach Beendigung dieser Vertragsbeziehung.

Unter dem Punkt „zum § 7 – Konkurrenzverbot (Neufassung) des (ergänzenden) Konsumentenvertrages“ vom 25.04.2019 (Inhaltsgleich in der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019) wurde vereinbart, dass der Mitbeteiligte hinsichtlich Tätigkeiten betreffend Weinverkauf für andere Weinproduzenten im Umkreis von 50km von XXXX einer Beschränkung unterliegt, als er für diese Konkurrenzfirmen nicht tätig werden darf. Das Konkurrenzverbot endet 6 Monate nach Beendigung dieser Vertragsbeziehung.

Diese Änderung sollte rückwirkend ab 01.03.2019 gelten, da diese den ursprünglich gewollten Vorstellungen und den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Tatsächlich hat sich der Beschwerdeführer zunächst nicht an das Konkurrenzverbot gehalten. Nach Unterfertigen der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019 hat er sich insofern an das Konkurrenzverbot gehalten, da es im Umkreis von 50 km keine weiteren Konkurrenzunternehmen gegeben hat und ging diese Klausel ins Leere.

1.11. Vertraglich vereinbart war, dass es dem Mitbeteiligten untersagt war, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sowie jedwede Information, die er über Art, Betriebsumfang und praktische Tätigkeit der Firma erhalten hat, während oder auch nach Beendigung der vorliegenden Vertragsbeziehung an wen auch immer weiterzugeben.

Vertraglich war auch geregelt, dass beide Vertragsparteien berechtigt sind, diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung für beendet zu erklären. Insoweit jedoch eine solche Beendigung des Vertragsverhältnisses für den jeweils anderen Vertragspartner einen Schaden herbeizuführen geeignet ist und es dem beendigungswilligen Vertragspartner zumutbar ist, zur Abwendung eines derartigen Schadens das Vertragsverhältnis noch durch angemessene Frist bis maximal

zu einem halben Jahr fortzusetzen, ist er dazu auch verpflichtet, widrigenfalls allfällige Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes gegen ihn gestellt werden können.

1.12. Der Mitbeteiligte war vertraglich nicht angehalten, mit einem entsprechenden System bzw. Programm der Beschwerdeführerin Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen und/oder Urlaubsanträge zu stellen. Zeitaufzeichnungen führte der Mitbeteiligte nicht.

Ein zeitliches Ausmaß, eine Mindeststundenanzahl oder ein Stundenkontingent für das Tätigwerden des Mitbeteiligten waren nicht festgelegt.

1.13. Der Konsulentenvertrag wurde am 30.04.2020 aufgelöst.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellungen zur Rechtsform und Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin sowie zur Tätigkeit des Mitbeteiligten für die Beschwerdeführerin im Zeitraum von 01.09.2018 bis 30.04.2020 ergeben sich aus dem Konsulentenvertrag vom 12.09.2018, den Zusatzvereinbarungen zum Konsulentenvertrag vom 25.04.2019 und 03.05.2019 sowie dem Inhalt des vorliegenden Verwaltungsaktes und den Angaben des Beschwerdeführers und seines Rechtsvertreters in der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022.

2.2. Die Feststellung, dass der Mitbeteiligte Geschäftsmann ist, dessen Geschäftsfeld nicht ausschließlich auf die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin beschränkt war, ergibt sich aus dessen glaubwürdigen Vorbringen in der Beschwerdeverhandlung (vgl. S 10, 12 und 15 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022).

Der Mitbeteiligte gab befragt an, dass er seit 2004 Beteiligter einer Partnerfirma von XXXX in China gewesen wäre. 2018 wäre er nach Österreich gekommen.

Zur Beschwerdeführerin wäre er gekommen, weil ein Freund aus China bereits mit der Beschwerdeführerin zusammengearbeitet hätte. Er selbst wäre Freelancer und Selbständiger und möchte so viel Geld verdienen wie möglich. Er gab glaubhaft an, dass er allein von den Geschäften für die Beschwerdeführerin nicht leben hätte können. Die folglich fallweise Tätigkeit für die Beschwerdeführerin wäre nur ein kleiner Teil seiner Einkünfte gewesen.

2.3. Die Feststellungen zum Zeitraum der seitens des Dienstgebers für die Beschwerdeführerin durchgeführten Konsulententätigkeit beruhen auf den Angaben des Mitbeteiligten im Verwaltungsverfahren sowie im Rahmen der Beschwerdeverhandlung (vgl. S 11 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022).

Beginn und Ende des Vertragsverhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und dem Mitbeteiligten, sowie der Inhalt des Konsulentenvertrages und der Zusatzvereinbarungen sind zudem unstrittig.

2.4. Die Feststellungen zur Zielsetzung des Konsulentenvertrages vom 12.09.2018 ergeben sich aus dessen Präambel.

Die Feststellungen zu den für die Beschwerdeführerin zu erbringenden Aufgaben des Mitbeteiligten, welche diesem aufgrund des Konsulentenvertrages vom 12.09.2018, sowie den Zusatzvereinbarungen oblagen, stützen sich auf eine Einsichtnahme in den vorliegenden schriftlichen Vertrag und die Zusatzvereinbarungen, sowie auf die Angaben des Mitbeteiligten im Verwaltungsverfahren sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. S 11 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022).

2.5. Die Feststellung, dass der Mitbeteiligte zunächst keine, ab 11.11.2019 dann aber eine Gewerbeberechtigung hatte, ergibt sich aus seinem Vorbringen in der Beschwerdeverhandlung (vgl. S 16 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022) sowie dem in der Verhandlung vorgelegten Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA), Beilage ./IV zum Verhandlungsprotokoll.

2.6. Die Feststellung, dass eine Anmeldung des Mitbeteiligten zur Sozialversicherung nicht erfolgte und dies alleine seine Sache ist, sowie dass er über seine Tätigkeit buchungsfähige Fakturen zum Jahresende vorlegt und dass die Versteuerung seines Einkommens ihm selbst obliegt, ergibt sich aus dem Konsulentenvertrag vom 12.09.2018.

2.7. Die Feststellungen zum Honorar des Mitbeteiligten ergeben sich aus dem ursprünglichen Konsulentenvertrag vom 12.09.2018 sowie Punkt „§ 5 – Honorar (Änderung) des (ergänzenden) Konsulentenvertrages“ vom 25.04.2019 und der diesbezüglich inhaltsgleichen Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019.

Weiters ergeben sich die Feststellungen dazu aus den vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zuletzt mit E-Mail vom 28.12.2022 vorgelegten Honorarnoten für die Zeiträume September bis November 2018 (in Höhe von € 7.500,--), Dezember 2018 bis Februar 2019 (in Höhe von € 7.500,--), März bis Mai 2019 (in Höhe von € 3.600,--), und von Juni bis August 2019 (in Höhe von € 3.600,--), September bis November 2019 (in Höhe von € 3.600,--), sowie aus der für das Jahr 2018 vorgelegten Jahresabrechnung in Höhe von € 15.200,-- und für das Jahr 2019 eine Jahresabrechnung in Höhe von € 7.660,--.

Zudem hat der Mitbeteiligte in der Beschwerdeverhandlung dargelegt, dass das im Konsumentenvertrag vorgesehene Honorar aus einem monatlichen Grundbetrag bestand und im Voraus für zwei Monate bezahlt worden sei, weil es sich dabei um eine Anzahlung gehandelt hätte (vgl. S 13 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022). Wenn er Zeit gehabt hätte, hätte er die Honorarnoten gelegt. Sein Ziel wäre natürlich gewesen, so viel zu verkaufen, wie möglich. Es hätte aber keine Zielsetzungen oder Ereignisse geben müssen, damit er im Anschluss danach eine Honorarnote legen habe können. Er wäre nicht explizit von jemandem „gepusht“ worden, auch nicht von der Beschwerdeführerin (vgl. S 13f Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022).

Aufgrund dieser Aussagen ist in Zusammenschau mit den von der belangten Behörde herangezogenen rechnerischen Annahmen im bekämpften Bescheid für den erkennenden Senat keine rechnerische Unrichtigkeit erkennbar.

2.8. Die Feststellungen, dass der Mitbeteiligte an keinen Dienstort, keine Dienstzeit und keine Weisungen der Firma gebunden ist, ist vertraglich geregelt und entspricht auch den Ergebnissen der mündlichen Beschwerdeverhandlung.

Dem Konsumentenvertrag vom 12.05.2018 ist auch zu entnehmen, dass der gegenständliche Konsumentenvertrag den Regeln des Werkvertrages unterliegen soll. Der Mitbeteiligte entfaltet seine Tätigkeit – sofern sich aus der Natur der Sache keine andere Notwendigkeit ergibt – außerhalb des Betriebes der Firma.

2.9. Die Feststellungen, dass die Firma dem Mitbeteiligten keine Räumlichkeiten oder Arbeitsmittel zur Verfügung stellt, ihm aber gestattet, ihre Marketingkonzepte zu verwenden und anzupassen, jedoch nur für ihre Firmenprodukte, ergibt sich aus der „Zusatzvereinbarung zum Konsumentenvertrag vom 12.09.2018“ vom 03.05.2019 (Punkt „zum § 3 – Konsumentenvereinbarung (Neufassung)“).

Aus den Angaben des Mitbeteiligten in der Beschwerdeverhandlung (vgl. ua S 11, 13 und 16 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022) ergeben sich die Feststellungen, dass er sämtliche für seine Tätigkeit erforderlichen Betriebsmittel selbst besorgt und bereitgestellt hat, wobei er für seine konkrete Tätigkeit keine umfangreichen Betriebsmittel benötigt hat. Es waren lediglich für die Kommunikation ein Mobiltelefon, ein PC für die Korrespondenz via E-Mail sowie Schreibwaren erforderlich. Artikel, die für die Reise erforderlich sind (Reisetasche usw.) standen im Eigentum des Mitbeteiligten. Ein klassisches Büro war für seine Tätigkeit nicht erforderlich.

Gleiches gilt für die Feststellungen, dass die Beschwerdeführerin dem Mitbeteiligten tatsächlich keine Betriebsmittel usw. zur Verfügung gestellt hat und dass der Mitbeteiligte für seine Tätigkeit weder eine E-Mailadresse der Beschwerdeführerin noch Visitenkarten der Beschwerdeführerin verwendet hat.

Dass der Mitbeteiligte vor Aufnahme der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin lediglich an einer Degustation sowie einem Kennenlernen der in weiterer Folge zu vertreibenden Produkte der Beschwerdeführerin teilgenommen hat, ergibt sich aus dem Vorbringen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeverhandlung (vgl. S 4 und 9 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022).

2.10. Die Feststellung, dass der Mitbeteiligte Prospekte in chinesischer Sprache eines Freundes, der für die Beschwerdeführerin den südchinesischen Markt bedient hat, verwendet hat, ergibt sich aus den Angaben des Mitbeteiligten (vgl. Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022, Seite 11), zum Vertriebsnetz ergibt sich aus den Angaben des Mitbeteiligten in der mündlichen Verhandlung: „es funktioniert so, als ob XXXX in China wäre“ (vgl. Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022, Seite 15).

2.11. Die Feststellung, dass zunächst nicht geregelt war, ob der Mitbeteiligte zur persönlichen Arbeitsleistung für die Beschwerdeführerin verpflichtet ist oder sich vertreten lassen kann, ergibt sich daraus, dass eine dementsprechende Regelung im Konsumentenvertrag vom 12.09.2018 nicht enthalten war.

Die Feststellung, dass der Mitbeteiligte nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet war und für seine Mitarbeiter allein verantwortlich ist, ergibt sich aus der „Zusatzvereinbarung zum Konsumentenvertrag vom 12.09.2018“ vom 03.05.2019 unter dem Punkt „zum § 3 – Konsumentenvereinbarung (Neufassung)“.

Die Feststellung, dass sich der Mitbeteiligte tatsächlich nie vertreten habe lassen und seine Tätigkeit für die Beschwerdeführerin immer selbst erbracht hat, ergibt sich aus dem Vorbringen des Mitbeteiligten in der Beschwerdeverhandlung. Er gab dies zwar explizit nicht an, schilderte aber ausführlich sein Tätigwerden für die Beschwerdeführerin und erwähnte nicht, dass er eine andere Person mit diesen Tätigkeiten betraut hätte.

2.12. Die Feststellung, dass der Mitbeteiligte hinsichtlich weiterer Tätigkeiten für andere Unternehmen in der Weinhandelsbranche, sei es während der Dauer dieser Vertragsbeziehung oder nach Beendigung derselben, einer Beschränkung unterliegt, als die Bestimmungen dieses Konsumentenvertrages dadurch weder verletzt noch beeinträchtigt

werden dürfen und dass das Konkurrenzverbot 24 Monate nach Beendigung dieser Vertragsbeziehung endet, ergibt sich aus dem ursprünglichen Konsulentenvertrag vom 12.09.2018.

Die Feststellung, dass der Mitbeteiligte hinsichtlich Tätigkeiten betreffend Weinverkauf für andere Weinproduzenten im Umkreis von 50km von XXXX einer Beschränkung unterliegt, als er für diese Konkurrenzfirmen nicht tätig werden darf und dass das Konkurrenzverbot 6 Monate nach Beendigung dieser Vertragsbeziehung endet, ergibt sich aus dem Punkt „zum § 7 – Konkurrenzverbot (Neufassung) des (ergänzenden) Konsulentenvertrages“ vom 25.04.2019“ (Inhaltsgleich in der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019) und beschränkt das ursprüngliche Konkurrenzverbot sowohl in örtlicher als auch zeitlicher Sicht.

Dass diese Änderung rückwirkend ab 01.03.2019 gelten sollte, da diesen den ursprünglich gewollten Vorstellungen und den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, ergibt sich ebenfalls aus den modifizierten Verträgen vom 25.04.2019 und 03.05.2019.

Die Feststellung, dass sich der Mitbeteiligte zunächst nicht an das Konkurrenzverbot gehalten hat, nach Unterfertigen der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2019 sich insofern an das Konkurrenzverbot gehalten, da es im Umkreis von 50 km keine weiteren Konkurrenzunternehmen gegeben habe, ergibt sich aus den Angaben des Mitbeteiligten (vgl. S 12 Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 14.12.2022).

Daraus ergibt sich auch für den erkennenden Senat die Feststellung, dass die einer mehrfachen sprachlichen Änderung unterworfenen Konkurrenz Klausel ins Leere geht.

2.13. Die Feststellung zu den Regelungen über Betriebsgeheimnis und Schadenersatzansprüche ergibt sich aus dem ursprünglichen Konsulentenvertrag vom 12.09.2018 (§ 8 und § 9).

2.14. Die Feststellungen, dass der Mitbeteiligte vertraglich nicht angehalten war, mit einem entsprechenden System bzw. Programm der Beschwerdeführerin Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen und/oder Urlaubsanträge zu stellen, dass er keine Zeitaufzeichnungen geführt hat und dass kein zeitliches Ausmaß, keine Mindeststundenanzahl und kein Stundenkontingent für das Tätigwerden des Mitbeteiligten festgelegt waren, ergibt sich daraus, dass im vorgelegten Vertrag und den Ergänzungen zum Vertrag nichts dergleichen vereinbart wurde.

2.15. Die Feststellung, dass der Konsulentenvertrag am 30.04.2020 aufgelöst wurde bzw. das Vertragsverhältnis zwischen dem Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin beendet wurde, ergibt sich unstrittig aus dem im Verwaltungsakt einliegenden Schreiben vom 08.06.2020.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Die im gegenständlichen Beschwerdefall maßgebenden Bestimmung des Allgemeinen Sozialversicherungsrechtes (ASVG) lauten:

§ 4 Vollversicherung

(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. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder

3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(...)

(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; 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.

(...)

§ 10 Beginn der Pflichtversicherung

(1) Die Pflichtversicherung der Dienstnehmer, der Personen hinsichtlich einer geringfügigen Beschäftigung nach § 5 Abs. 2, der in § 4 Abs. 4 bezeichneten Personen, ferner der gemäß § 4 Abs. 1 Z 9, 10 und 13 Pflichtversicherten, der gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen, der in einem Lehr- oder Ausbildungsverhältnis stehenden Personen, der Personen, denen eine Leistung der beruflichen Ausbildung gewährt wird, sowie der Heimarbeiter und der diesen gleichgestellten Personen beginnt unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung bzw. des Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Für das Ausscheiden aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, ohne daß dem Ausgeschiedenen ein Ruhegenuß und seinen Hinterbliebenen ein Versorgungsgenuß aus dem Dienstverhältnis zusteht, gilt hinsichtlich des Beginnes der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz die Bestimmung des § 11 Abs. 5 entsprechend.

§ 35. (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

[...]

Rechtsunwirksame Vereinbarungen

§ 539. Vereinbarungen, wonach die Anwendung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zum Nachteil der Versicherten (ihrer Angehörigen) im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind ohne rechtliche Wirkung.

Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

§ 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.

(...)

3.2. Die maßgebende Bestimmung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 1977 (AIVG) lautet:

§ 1 Umfang der Versicherung

(1) Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind

a) Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind,

(...)

3.3. Maßgebliche Judikatur:

Vorzustellen ist, dass es im zu beurteilenden Verfahren unstrittig ist, dass kein Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vorliegt:

Der Dienstnehmer war nicht in die betriebliche Ordnungsstruktur der Beschwerdeführerin eingebunden.

Er war bei der Erfüllung seiner Dienstleistung an keinen bestimmten Arbeitsort gebunden und konnte seine Arbeitszeit selbst bestimmen.

Er war gegenüber der Beschwerdeführerin weder weisungs- noch kontrollunterworfen. Der Dienstnehmer erbrachte die Dienstleistungen in einem Verhältnis persönlicher Unabhängigkeit. Da er nicht den Weisungen seitens der Beschwerdeführerin unterliegt, kann auch nicht von einer Lohnsteuerpflicht gemäß § 47 Abs. 2 EStG ausgegangen werden.

Strittig ist im gegenständlichen Verfahren die Abwägung zwischen freiem Dienstvertrag und Werkvertrag.

Wie die belangte Behörde zurecht selbst ausgeführt hat, liegt in diesem Verfahren ein Grenzfall vor.

Für den erkennenden Senat ist die nachgestellte Judikatur für diesen Sachverhalt maßgeblich:

3.3.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich im Erkenntnis vom 20.05.1980, VwSlg. Nr. 10.140 A, mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits grundlegend auseinandergesetzt und - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankomme, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liege ein Dienstvertrag vor), oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss, während es im 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 (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers, sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt (vgl. VwGH vom 14.02.2013, Zl. 2011/08/0391).

3.3.2. (Nicht)Vorliegen eines Werkvertrages:

Ein Werkvertrag liegt vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt (den Werklohn) besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss.

Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis, dessen Verpflichtung darin besteht, eine genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Dabei ist für den Werkvertrag typisch, dass das Vertragsverhältnis mit der Erbringung der Leistung endet.

Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet. Den Werkvertrag zeichnet ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit aus, nach dem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können (vgl. VwGH vom 20.03.2014, Zl. 2012/08/0024; vom 11.12.2013, Zl. 2011/08/0322 und vom 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003).

Für die Frage nach dem Bestehen eines Dienstverhältnisses kommt es im Einzelfall nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung, wie etwa „Dienstvertrag“ oder „Werkvertrag“ an. Vielmehr sind die tatsächlich verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. Für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung ist dabei stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit maßgebend, wobei auch der im

Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (VwGH vom 02.09.2009, Zl. 2005/15/0143 mwN). Unter den Werksbegriff iSd. § 1165 ABGB ist nicht allein die Herstellung einer körperlichen Sache, sondern auch die Herstellung von ideellen, unkörperlichen, also geistigen Werken zu subsumieren (VwGH vom 29.02.2012, Zl. 2008/13/0087).

Nach der herrschenden Lehre und Judikatur ist für einen Werkvertrag (gem. §§ 1165 ff ABGB) bestimmend, dass sich der Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller zur selbständigen Erbringung eines bestimmten faktischen Erfolges gegen Entgelt verpflichtet (vgl. *Krejci in Rummel*, ABGB, 3. Aufl. Rz. 4 und 9 zu §§ 1165, 1166 ABGB; VwGH vom 05.11.2009, Zl. 2008/16/0084).

Abgesehen davon ist festzuhalten, dass zwar die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen ist, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können. Entscheidend bleibt aber doch die tatsächlich ausgeübte Beschäftigung und deren nähere Umstände im Rahmen der Beurteilung eines Gesamtbildes (VwGH vom 29.06.2005, Zl. 2001/08/0053).

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 14.3.2013, Zl. 2012/08/0018) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits, entscheidend darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor).

Bei den Tätigkeiten des Mitbeteiligten für die Beschwerdeführerin handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um laufend zu erbringende (Dienst-)Leistungen eines Erwerbstätigen, der über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert.

Bei der Abgrenzung kommt dem wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinn des § 539a ASVG besondere Bedeutung zu (s. dazu noch im Folgenden).

3.3.3. Zum hier vorliegenden freien Dienstvertrag:

Für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG im Sinn des § 539a ASVG kommt es nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit an (vgl. VwGH 16.05.2017, Ra 2017/08/0047, mwH).

Ein freier Dienstvertrag iSd § 4 Abs. 4 ASVG ist dann gegeben, wenn sich eine Person auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen für einen Auftraggeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, der berufsrechtlichen Befugnis oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches gegen Entgelt verpflichtet, ohne Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu sein.

Maßgebend für den Eintritt der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ist, dass der freie Dienstnehmer den Auftrag im Wesentlichen persönlich erbringt und nicht an andere weitergibt. Durch die jederzeitige Vertretungsmöglichkeit kann zwar die Dienstnehmereigenschaft ausgeschlossen werden, nicht jedoch auch die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG, wenn der Auftrag im Wesentlichen von der Person des freien Dienstnehmers erledigt ist (E-MVB 004-04-00-005).

Des Weiteren setzt § 4 Abs. 4 ASVG als notwendiges Tatbestandsmerkmal voraus, dass der freie Dienstnehmer bei Erbringung der Dienstleistungen über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt. Unter wesentlichen Betriebsmitteln sind nach der Judikatur jene Betriebsmittel zu verstehen, die nach der Betriebsart und dem Betriebsgegenstand die wesentliche Grundlage für die Erbringung wirtschaftlich werthafter Leistungen bilden und jemanden in die Lage versetzen, den Betrieb unter Einsatz weiterer, nicht die wesentliche Grundlage des Betriebes bildenden Betriebsmittel zu führen (vgl. VwGH 30.09.1997, ZI. 95/08/0348).

„Freie DN sind der Syndikus und der ständige Konsulent (vgl. OGH 9 Ob A 165/87) eines Unternehmens, sofern die persönliche Selbständigkeit nicht durch Präsenzpflicht und Weisungsgebundenheit eingeschränkt wird.“ (vgl. *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1151 (Stand 1.3.2017, rdb.at), Rz 99)

Vom Dienstnehmer unterscheidet sich der freie Dienstnehmer also durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit (s dazu oben Rz 87 ff). Dabei ist das jeweilige Vertragsverhältnis im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung gem § 539a nach seinem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen (AB 912 BlgNR 20. GP 5).

Beim Arbeitsvertrag und beim freien DV ist nur ein sorgfältiges Bemühen geschuldet, weshalb das vereinbarte Entgelt unabhängig vom Erfolg gebührt (vgl. *Rebhahn* in ZellKomm3 § 1151 ABGB Rz 135). Der Unterschied zeigt sich va auch darin, dass der Werkvertrag mit Erbringung der Leistung endet, während der freie DV entweder befristet ist oder aufgelöst werden muss (vgl. *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 4 ASVG, Rz 180-181 (Stand 1.7.2020, rdb.at)).

Maßgebend für den Eintritt der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ist, dass der freie Dienstnehmer den Auftrag im Wesentlichen persönlich erbringt und nicht an andere weitergibt. Durch die jederzeitige Vertretungsmöglichkeit kann zwar die Dienstnehmereigenschaft ausgeschlossen werden, nicht jedoch auch die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG, wenn der Auftrag im Wesentlichen von der Person des freien Dienstnehmers erledigt ist (E-MVB 004-04-00-005).

Beim freien Dienstvertrag kommt es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit an.

Das liegt hier vor:

Die Leistung wurde vom Mitbeteiligten im Wesentlichen persönlich erbracht und nicht an Dritte weitergegeben: Wie dargelegt und festgestellt, gab es ursprünglich keine Regelung dazu im Vertrag, im ergänzenden Vertrag war dann geregelt, dass sich der Dienstnehmer vertreten lassen darf. Tatsächlich hat er sich nie vertreten lassen.

Ein wirkliches Ziel, wie bei einem Werkvertrag erforderlich ist für den erkennenden Senat nicht erkennbar, auch keine genau umrissene Leistung bis zu einem bestimmten Termin, sondern war vielmehr ein „Wirken“ geschuldet. Es ist wirtschaftlich und lebensnah, dass der Dienstnehmer so viel Wein wie möglich verkaufen sollte, aber es ist im Verfahren nicht hervorgekommen war nie die Rede davon, dass er bspw. ein bestimmtes Kontingent an Wein verkaufen sollte und – wenn dies passiert wäre – das Vertragsverhältnis beendet worden wäre.

Gegenstand des Vertrages sind Dienstleistungen in Form von Weinverkauf, sowie die Umsetzung von Marketingkonzepten für die Beschwerdeführerin. Dafür spricht auch, dass das Vertragsverhältnis mit der Beschwerdeführerin nicht mit dem Eintritt eines bestimmten Erfolgs, mit der Legung einer Honorarnote oder jeweils mit einer einzelnen Tätigkeit an einem bestimmten Datum endet, sondern vielmehr auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde wie

es sich auch aus den Angaben des Mitbeteiligten ergeben hat. Darüber hinaus ist ein für den Werkvertrag essenzielle Gewährleistungsverpflichtung zugänglicher Erfolg der Tätigkeit nicht ersichtlich (vgl. Niederschrift Seite 8) „Ein Schadenersatzanspruch war laut Vertrag nicht ausgeschlossen“.

Der Vertrag lässt laut belangter Behörde eine erfolgsbezogene Entlohnung nicht erkennen, zumal der Beschwerdeführer eine Vergütung in Form eines monatlich gleichbleibenden Grundbetrages in Höhe von EUR 2.500,- erhielt. Dem ist auch aus Sicht des erkennenden Senates zu folgen.

Aufgrund dieses erfolgsunabhängigen (beinahe) gleichbleibenden Grundbetrages, bestand kein Unternehmerrisiko, worin ein weiteres Indiz erkennbar ist, dass ein Werkvertrags-Verhältnis auf selbstständiger Basis nicht vorliegt.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stehe jedoch die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes nicht einmal einer Versicherungspflicht gem. § 4 Abs. 2 ASVG entgegen, umso weniger steht dies einer Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG entgegen (vgl. VwGH 2008/08/0034).

Auch die Angaben des Mitbeteiligten in der Beschwerdeverhandlung lassen in einer Gesamtschau keine erfolgsbezogene Entlohnung erkennen, die kontinuierliche, beinahe gleichbleibende Höhe der Honorare lassen va. auf kein Unternehmerrisiko schließen, dies für einen „Kaufmann“, wie sich der Dienstnehmer selbst bezeichnete mit umfangreichem Tätigkeitsfeld neben den Agenden für die Beschwerdeführerin in China.

Auch die Angaben des Vertreters der Beschwerdeführerin in der mündlichen Beschwerdeverhandlung, dass mit den Honoraren laut Vertrag vielmehr Bevorschussungen für die hohen Kosten, die dem Dienstnehmer durch die Reisekosten entstehen würden (Vgl. Aussage RV Seite 6) überzeugen mangels durchgeführter Abrechnungen in Nachhinein nicht.

Laut Zusatzvereinbarung steht dem Dienstnehmer festgestelltermaßen „ein monatlicher Grundbetrag von € 800,- zuzüglich einer Prämie laut separater Liste je nach Flaschenpreis, jedoch mindestens € 0,50 für jede Flasche, die über der Menge von 7000 Stück pro Jahr durch seine Tätigkeit verkauft werde, besteht. Die Prämie wird mit monatlich € 400,-- akontiert und nach Zahlungseingang bei der Firma bis spätestens zum Jahresende des Folgejahres berechnet. Konkrete Aufträge werden auf Basis eines jeweils zu vereinbarenden Pauschalbetrages oder Stundensatzes bezahlt. Auf alle Beträge ist die gesetzliche

Umsatzsteuer aufzuschlagen. Dem Dienstnehmer steht kein Aufwands- oder Barauslagenersatz zu“.

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nach der Methodik eines beweglichen Systems überwiegen hier die für einen "freien" Dienstvertrag sprechenden Elemente.

Zusammengefasst lag aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts keine persönliche Abhängigkeit des Mitbeteiligten im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG von der Beschwerdeführerin vor, insb. weil er, wie festgestellt, sich seine Tätigkeit ohne Zeitdruck und Kontrolle im Hinblick auf die Arbeitszeit selbst einteilen konnte, kaum Bindungen an das arbeitsbezogene Verhalten vorlagen, viele Kriterien im Beschwerdefall nicht unterscheidungskräftig sind und sich auch aus den Angaben des Mitbeteiligten ergab, dass seine Bestimmungsfreiheit durch die Beschäftigung nicht weitgehend ausgeschaltet war. Eine Abwägung ergibt somit gegenständlich, dass die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach nicht überwiegen und damit das Vorliegen eines "echten" Dienstverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG zu verneinen ist, was es der Vollständigkeit halber auszuführen gilt.

Insb. mangels wesentlicher eigener Betriebsmittel des Mitbeteiligten und auf Grund der zumindest im Wesentlichen persönlich zu erbringenden (Dienst-)Leistungen ist hingegen nicht von einer Tätigkeit als "neue/r Selbständige" nach GSVG auszugehen und ist insb. auch keine bereits bestehende Pflichtversicherung auf Basis des GSVG (oder des FSVG) hervorgekommen.

3.5. Das Bundesverwaltungsgericht geht im Beschwerdefall auf Grund der bereits dargelegten Erwägungen davon aus, dass der Mitbeteiligte für die Beschwerdeführerin im Sinn des § 4 Abs. 4 Z 1 ASVG entgeltlich und weitgehend persönlich tätig war, ohne dabei über wesentliche eigene Betriebsmittel zu verfügen.

Eine sozialversicherungsrechtliche Vollversicherungspflicht laut Bescheid ist aus den genannten Erwägungen gegeben und war die Beschwerde somit spruchgemäß abzuweisen.

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 grundsätzlichen 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.