

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

17.11.2004

Geschäftszahl

2001/08/0158

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayr und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde des G in W, vertreten durch Dr. Hans Schwarz, Rechtsanwalt in 1100 Wien, Favoritenstraße 108, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 3. August 2001, Zl. 126.682/1-7/01, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. X-Verlag in W, vertreten durch Burghofer & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1060 Wien, Köstlergasse 1/30; 2. Wiener Gebietskrankenkasse, 1100 Wien, Wienerbergstraße 15-19; 3. Pensionsversicherungsanstalt, 1020 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1; 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65;

5. Arbeitsmarktservice Wien, Landesgeschäftsstelle, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

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

Begründung

Mit Fax-Mitteilung vom 27. Oktober 1999 gab der Beschwerdeführer der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse bekannt, dass er von Februar 1998 bis 30. September 1999 bei der erstmitbeteiligten Partei als Dienstnehmer im Außendienst hauptberuflich tätig gewesen sei. Es sei ein Mindestnettoeinkommen von S 25.000,- vereinbart gewesen, welches sich durch Provisionen erhöht habe. Spesen, wie Kilometergeld, seien zusätzlich bezahlt worden. Die erstmitbeteiligte Partei habe offenbar vergessen, Sozialversicherungsbeiträge einzubezahlen.

In Fotokopie angeschlossen waren das Inserat der erstmitbeteiligten Partei in einer Tageszeitung, auf Grund dessen der Beschwerdeführer mit ihr Kontakt aufgenommen hatte, und die Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und der erstmitbeteiligten Partei vom 3. Februar 1998.

Das Inserat hat folgenden Wortlaut:

"(Erstmitbeteiligte Partei) sucht Kundenberater/in im Adressbuch- und Internetbereich.

WIR BIETEN umfangreiche Einschulung, leistungsabhängiges Einkommen mit Garantieprovision, Spesenersatz.

SIE HABEN Fleiß, Erfolgswillen, etwas EDV-Anwenderwissen (Windows), ev. Internet-User-Kenntnisse; Führerschein B, eigener PKW, Reisebereitschaft. Verkaufserfahrung ist von Vorteil."

Die Vereinbarung vom 3. Februar 1998 hat folgenden Wortlaut:

"Vereinbarung betreffend Anzeigenverkauf für ...

Die Werbevermittlung (Beschwerdeführer) vertreibt ab Februar 1998 Publikationen und Anzeigen für (die erstmitbeteiligte Partei).

Dazu erhält die (der Beschwerdeführer) folgende Gebiete mit Adressen von möglichen Neukunden (Leermaterial) zur Betreuung:

Wien und Wien Umgebung.

Die vereinbarte monatliche Garantieprovision beträgt öS 30.000,-- (exkl. 20 % MWSt) für die Monate Februar, März und April 1998. Ab Mai 1998 beträgt die Garantieprovision netto S 25.000,-- je Monat. Bei Überschreiten dieser Summen wird jeweils nach tatsächlich anfallenden Provisionen abgerechnet. Provisionssätze (jew. vom Nettoumsatz).

...

Für Fahrten werden öS 4,90 als Kilometergeld vergütet. Bei, durch die Acquisitionstätigkeit für (die erstmitbeteiligte Partei) notwendigen Übernachtungen werden vorgelegte Nächtigungsrechnungen (ohne Spesenanteil) bis zu einer Höhe von öS 500,-- ersetzt.

Vereinbarungsbeginn ist der 1. Februar 1998. Diese Vereinbarung kann gegenseitig unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat jeweils per Ultimo schriftlich gekündigt werden.

(Der Beschwerdeführer) wendet mindestens 80 % (seiner) Akquisitionskapazität für (die erstmitbeteiligte Partei) auf und ist zur Berichterstattung an den Verlag über geleistete Akquisitionstätigkeit verpflichtet.

Akquisitionstätigkeit für Dritte ist (der erstmitbeteiligten Partei) gegenüber meldepflichtig.

Über Informationen aus (der erstmitbeteiligten Partei) besteht gegenüber Dritten Schweigepflicht."

Weiters waren ein Schreiben der erstmitbeteiligten Partei vom 5. August 1999, womit bestätigt worden war, dass der monatliche Durchschnittsverdienst des Beschwerdeführers der letzten zwölf Monate S 34.530,41 ohne Mehrwertsteuer betragen habe, und ein Schreiben der erstmitbeteiligten Partei vom 10. September 1999, womit der Beschwerdeführer aufgefordert wurde, vereinbarungsgemäß die entsprechenden Besuchsberichte zu übersenden, angeschlossen.

Gleichzeitig wurde in Ablichtung die Protokollarklage des Beschwerdeführers als klagende Partei gegen die erstmitbeteiligte Partei als beklagte Partei aufgenommen vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien am 14. September 1999 wegen Unwirksamkeit einer Entlassung gemäß § 106 ArbVG, übermittelt. Nach dem Inhalt dieser Klage war der Beschwerdeführer als unselbständiger Handelsvertreter bei der erstmitbeteiligten Partei beschäftigt.

Die erstmitbeteiligte Partei gab dazu über Anfrage der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse mit Fax vom 17. Jänner 2000 bekannt, beim Vertrag zwischen dem Beschwerdeführer und ihr habe es sich um einen Vertrag zwischen zwei selbständigen Unternehmen gehandelt.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse nahm mit dem Beschwerdeführer am 17. Februar 2000 eine Niederschrift auf. Darin ist festgehalten, dass der Beschwerdeführer auf Grund eines Inserates der erstmitbeteiligten Partei mit dieser Kontakt aufgenommen habe. Es sei ein Probendienstvertrag abgeschlossen worden. Der Beschwerdeführer sei vom Verkaufsleiter eingeschult worden. Er habe Termine vom Büro aus vereinbart bzw. seien ihm ein Gebiet vorgegeben und zum Teil auch schon Termine für ihn vereinbart worden. Sämtliche Betriebsmittel, wie z.B. Briefpapier, Telefon usw., seien ihm zur Verfügung gestellt worden. Auch die "Handyrechnung", allfällige Übernachtungskosten sowie Kilometergeld seien von der erstmitbeteiligten Partei übernommen worden. Er habe eine fixe Bürozeit gehabt und habe Tages- und Wochenberichte schreiben müssen, welche wöchentlich vom Verkaufsleiter kontrolliert worden seien. Der erstmitbeteiligten Partei sei bekannt gewesen, dass er keinen Gewerbeschein gehabt habe, und es sei ihm versprochen worden, dass er einen Dienstvertrag bekomme. Dazu sei es aber nicht gekommen. Als Entgelt habe er von Anfang an "30.000,-- netto Fixum" bekommen. Über Sonderzahlungen (UZ, WR) sei bei der Einstellung nicht gesprochen worden. Nachdem es zu Meinungsverschiedenheiten gekommen sei (der Beschwerdeführer habe einen Handelsvertreter- oder ordentlichen Dienstvertrag haben wollen), sei er fristlos entlassen worden. Es sei dann zu einer Einigung auf Beendigung des Dienstverhältnisses in beiderseitigem Einvernehmen gekommen. Als Entschädigung für die nicht bezahlten Monate Juni bis September 1999 habe er S 130.000,-- netto erhalten. Er sei der Meinung gewesen, dass die erstmitbeteiligte Partei das Dienstverhältnis vom Februar 1998 bis 30. September 1999 bei der Gebietskrankenkasse angemeldet habe.

Mit Fax vom 1. März 2000 gab die erstmitbeteiligte Partei der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse bekannt, dass der Beschwerdeführer als selbständiger Unternehmer tätig geworden sei. Im Sommer 1999 seien Schwierigkeiten aufgetreten und sei bekannt geworden, dass der Beschwerdeführer keinen Gewerbeschein besitze. Der Beschwerdeführer habe ausschließlich neue Kunden akquiriert. Im Rahmen dieser selbständigen Tätigkeit sei er jedenfalls in Wien, Niederösterreich, Burgenland sowie Graz, Linz und Salzburg tätig gewesen. Er habe das Adressmaterial selbständig ausgewählt und betont, dass er überwiegend aus seinen Adresslisten von der Firma W., für die er offenbar ebenfalls tätig gewesen sei bzw. vor der Zusammenarbeit mit der erstmitbeteiligten Partei tätig gewesen war, die Kunden auswähle. Eine laufende schriftliche Berichterstattung sei nicht erforderlich gewesen. Periodisch abgehaltene "Außendienst-Jour-Fix", habe er aus eigenem Interesse besucht.

Mit Bescheid vom 6. April 2000 sprach die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, dass der Beschwerdeführer auf Grund seiner Beschäftigung als Vertreter bei der erstmitbeteiligten Partei als Dienstgeber in der Zeit vom 1. Februar 1998 bis 30. September 1999 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei. Weiters werde festgestellt, dass der Beschwerdeführer auf Grund

dieser Tätigkeit in diesem Zeitraum nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 14 i.V.m. Abs. 4 ASVG unterliege.

In der Begründung wurde ausgeführt, der Dienstgeber habe den Beschwerdeführer nicht zur Pflichtversicherung gemeldet. Nach der vorliegenden Vereinbarung habe der Beschwerdeführer in den Gebieten Wien und Wien-Umgebung Publikationen und Anzeigen zu vertreiben gehabt. Dieser Vertrag enthalte Vereinbarungen über die Höhe der Provision und die Abgeltung von Aufwendungen sowie über die Auflösung des Vertragsverhältnisses. Aus einem weiteren Schriftstück gehe hervor, dass infolge einer Klage des Beschwerdeführers ein außergerichtlicher Vergleich abgeschlossen worden sei. Dabei sei eine einvernehmliche Beendigung des Vertragsverhältnisses mit 30. September 1999 vereinbart worden. Die erstmitbeteiligte Partei habe sich verpflichtet, eine Abgangsentschädigung an die "Firma" (Beschwerdeführer) zu bezahlen.

Der Dienstgeber sei zur Auskunftserteilung eingeladen worden, eine persönliche Vorsprache sei nicht erfolgt. Es seien lediglich zwei schriftliche Stellungnahmen abgegeben worden, wonach der Beschwerdeführer die Tätigkeit auf selbständiger Basis ausgeübt habe.

Der Beschwerdeführer sei am 17. Februar 2000 von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse einvernommen worden.

Auf Grund der Ermittlungsergebnisse sei der Beschwerdeführer als Dienstnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinne anzusehen und unterliege der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht. Das zum Abschluss der gegenständlichen Vereinbarung führende Inserat enthalte keinen Hinweis darauf, dass ein selbständiger Handelsvertreter mit Gewerbeschein gesucht werde. Dies hätte man in den Inserattext aufgenommen, wenn man es gewollt hätte. Auch der außergerichtliche Vergleich enthalte Anhaltspunkte, die auf ein Dienstverhältnis schließen lassen. Es sei eine einvernehmliche Lösung des Vertragsverhältnisses vereinbart worden und dem Beschwerdeführer sei eine Abgangsentschädigung bezahlt worden. Auch wenn der Beschwerdeführer in diesem Vergleich als "Firma" bezeichnet werde, ließen die anderen im Vergleich gewählten Ausdrücke erkennen, dass ein Dienstverhältnis vorgelegen habe. Mit einem Selbständigen brauche man wohl nicht eine einvernehmliche Lösung vereinbaren, eine Abgangsentschädigung sei eine Zahlung aus Anlass der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses.

Da die Vertreter der erstmitbeteiligten Partei trotz Einladung nicht vorgesprochen hätten, seien nur zwei schriftliche Stellungnahmen zu berücksichtigen gewesen. Der Inhalt der Stellungnahmen sei so wenig aussagekräftig, dass daraus keine Feststellungen über eine selbständigen Tätigkeit zu treffen seien. Der Beschwerdeführer habe aber angegeben, dass er eingeschult worden sei. Dies sei auch im Inserat erwähnt worden. Nach der Einschulung und der Probezeit sei ihm ein Einsatzgebiet zugeteilt worden. Zudem habe ihm der Dienstgeber Termine für Verkaufsgespräche vorgegeben und habe er tägliche und wöchentliche Berichte zu verfassen gehabt. Der Verkaufsleiter des Arbeitgebers habe diese Berichte kontrolliert. Dies spreche für ein Abhängigkeitsverhältnis. Für die Unselbständigkeit spreche auch der Ersatz bestimmter Aufwendungen. Es sei daher festzustellen, dass die Merkmale der unselbständigen Ausübung der Beschäftigung deutlich überwögen.

Die erstmitbeteiligte Partei erhob Einspruch. Darin führte sie aus, es sei branchenüblich, Vertreter nicht im Angestelltenverhältnis zu beschäftigen. Es sei daher gar nicht üblich bzw. erforderlich gewesen, im Anzeigentext darauf hinzuweisen, dass die Außendienstmitarbeit als selbständige Tätigkeit erfolgen solle. Die Ausführungen der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse, wonach der außergerichtliche Vergleich Anhaltspunkte enthalte, die auf ein Dienstverhältnis schließen ließen, seien nicht nachvollziehbar.

Aus den schriftlichen Stellungnahmen der erstmitbeteiligten Partei gehe hervor, dass der Beschwerdeführer selbständig tätig gewesen sei. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hätte auf Grund ihrer Stellungnahme feststellen müssen, dass der Beschwerdeführer nach seiner eigenen freien Entscheidung in ganz Österreich habe tätig werden können. Es sei ihm kein bestimmtes Kundengebiet zur Betreuung überlassen worden. Die laufende schriftliche Berichterstattung des Beschwerdeführers sei nicht erforderlich gewesen. Das Wesen einer Zusammenarbeit zwischen zwei Unternehmern bestehe eben darin, dass der eine Unternehmer selbständig und eigenständig agiere und dem anderen gegenüber gerade nicht zur schriftlichen Berichterstattung verpflichtet sei.

Das Verfahren sei mangelhaft geblieben, weil die Gebietskrankenkasse nicht darlege, aus welchen Kriterien sie die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ableite. Eine Mangelhaftigkeit sei auch darin begründet, dass die Gebietskrankenkasse die Behauptungen des Beschwerdeführers übernommen habe, wonach ihm Termine für Verkaufsgespräche vorgegeben worden seien, er täglich und wöchentlich Berichte zu verfassen gehabt habe, die durch die Verkaufsleiter kontrolliert worden seien. Diese Behauptungen entsprächen nicht der Wahrheit.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hätte auch die vom Beschwerdeführer gelegten Honorarnoten berücksichtigen müssen. Der Beschwerdeführer habe in seinen Honorarnoten Umsatzsteuer geltend gemacht. Bei Vermeidung der Verfahrensfehler wäre jedenfalls die Feststellung zu treffen gewesen, dass kein einziges Merkmal persönlicher Abhängigkeit des Beschwerdeführers vorliege.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse legte den Einspruch dem Landeshauptmann von Wien vor. Im Begleitschreiben vom 7. Juni 2000 führte sie zum Einspruchsvorbringen aus, entgegen der Behauptung der erstmitbeteiligten Partei sei nicht auf übliche Vorgangsweisen in einer bestimmten Branche abzustellen, sondern sei auf den "wahren inhaltlichen und wirtschaftlichen Gehalt" einer Beschäftigung Bedacht zu nehmen. Es sei nicht ersichtlich, warum im Verlagsgewerbe nicht auch unselbständige Vertreter tätig werden sollten. Das Inserat

sei insofern aussagekräftig, als neben Provisionen ein Fixum angeboten worden sei. Dies lasse darauf schließen, dass ein unselbständiger Vertreter gesucht worden sei. Die Angaben des Beschwerdeführers in der Niederschrift ließen deutlich erkennen, dass er in einem Abhängigkeitsverhältnis zur erstmitbeteiligten Partei gestanden sei. Die erstmitbeteiligte Partei habe ihm alle zur Besorgung der Arbeiten notwendigen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt, er habe die Arbeitseinteilung, insbesondere die Gebietseinteilung, vorgenommen. Diese Umstände seien bei einem selbständigen Handelsvertreter unüblich. Darüber hinaus seien Übernachtungskosten und Kilometergeld bezahlt worden, was ebenfalls auf eine Unselbständigkeit der Beschäftigung schließen lasse. Der erstmitbeteiligten Partei sei der Bestand eines Dienstverhältnisses durchaus bewusst gewesen. Das Schreiben der erstmitbeteiligten Partei vom 5. August 1999 sei als Gehaltsbestätigung anzusehen, im weiteren Schreiben vom 10. September 1999 werde der Beschwerdeführer aufgefordert, Besuchsberichte abzuliefern. Dies sei von einem Selbständigen nicht zu verlangen. Zur Klage beim Arbeits- und Sozialgericht Wien sei es gekommen, weil die erstmitbeteiligte Partei das vereinbarte Entgelt ab Juni 1999 nicht mehr bezahlt habe. Auf Grund des außergerichtlichen Vergleiches sei es zur Zahlung einer Abgangsentschädigung gekommen. Derartige Bezeichnungen deuteten auch auf ein Dienstverhältnis, wobei zunächst nicht zu berücksichtigen sei, ob es sich um eine beitragsfreie oder beitragspflichtige Zahlung handle. Es sei aber deutlich erkennbar, dass es sich bei der Zahlung um eine Abgeltung des noch ausstehenden Entgeltes gehandelt habe. Im vorliegenden Fall überwiegen die Merkmale der unselbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit gegenüber den Merkmalen der Selbständigkeit klar und deutlich.

Die erstmitbeteiligte Partei nahm dazu mit Schreiben vom 6. Juli 2000 Stellung. Sie machte geltend, dass die von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse aus dem Text des Inserates gezogenen Schlüsse keineswegs zwingend seien. Es habe sich im - auf Grund des Inserates geführten - Gespräch mit dem Beschwerdeführer herausgestellt, dass dieser einen gültigen Gewerbeschein besitze. Es sei deshalb mit ihm die Vereinbarung getroffen worden, dass er als selbständiger Handelsvertreter tätig werde. Der Beschwerdeführer habe auch andere Kunden zu betreuen gehabt, weshalb mit ihm vereinbart worden sei, dass er mindestens 80 % seiner Akquisitionstätigkeit für die erstmitbeteiligte Partei verwenden werde. Es seien dem Beschwerdeführer keinerlei Vorschriften hinsichtlich der Arbeitszeit gemacht worden. Der Beschwerdeführer habe ausschließlich neue Kunden akquiriert. Das Adressmaterial habe er überwiegend aus eigenem Adressenbestand ausgewählt. Es seien ihm weder Termine für Verkaufsgespräche vorgegeben worden, noch sei er verpflichtet gewesen, wöchentliche Tätigkeitsberichte zu verfassen. Dagegen habe es die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse mit keinem Wort gewürdigt, dass der Beschwerdeführer ein bis zweimal pro Monat mit Honorarnoten zuzüglich Umsatzsteuer abgerechnet habe. Die erstmitbeteiligte Partei habe für die in den Honorarnoten angeführten Kilometergelder, Porti, Telefon und Telefonspesen den belegmäßigen Nachweis verlangt. Da der Beschwerdeführer diesen Nachweis nicht erbracht habe, sei er schriftlich dazu aufgefordert worden. Aus dem bekämpften Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse könne nicht ersehen werden, weshalb den Aussagen des Beschwerdeführers gefolgt werde. Es stelle einen schwer wiegenden Verfahrensmangel dar, wenn die Gebietskrankenkasse die Ausführungen der erstmitbeteiligten Partei völlig außer Acht lasse. Es werde - wie bereits im Einspruch - die Einvernahme namentlich genannter Personen als Zeugen beantragt.

Die Einspruchsbehörde nahm mit dem Beschwerdeführer am 14. September 2000 eine Niederschrift auf. Nach dem Inhalt dieser Niederschrift habe der Beschwerdeführer bei der erstmitbeteiligten Partei einen eigenen Schreibtisch zur Verfügung gehabt. Er habe fast ausschließlich von dort aus gearbeitet. Eine vorgeschriebene Anwesenheit, die auch kontrolliert worden sei, habe es nicht gegeben. Er habe aber Besuchsberichte (Tages- und Wochenberichte) abzugeben gehabt. Von der erstmitbeteiligten Partei seien ihm alle 14 Tage Honorarnoten zur Unterschrift vorgelegt worden. Das Fixum habe er dann bar ausbezahlt bekommen. Ihm seien die Gebiete Wien und Wien-Umgebung zugeteilt worden. Die erstmitbeteiligte Partei habe jedoch für ihn des Öfteren Termine im Burgenland ausgemacht, die er wahrzunehmen gehabt habe. Im Jahre 1998 habe er ausschließlich für die erstmitbeteiligte Partei gearbeitet. Im folgenden Jahr habe er noch nebenbei in bescheidenem Ausmaß Aufträge für eine alternative Telefonfirma erledigt. Dies sei aber der erstmitbeteiligten Partei bekannt gewesen. Die Adressen habe er nur von der erstmitbeteiligten Partei genommen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse nahm zum Inhalt dieser Niederschrift mit Schreiben vom 22. September 2000 dahingehend Stellung, dass sie keinen Grund sehe, von ihrer Rechtsauffassung abzugehen.

Auch die erstmitbeteiligte Partei nahm zu dieser Niederschrift Stellung. Im Schreiben vom 3. Oktober 2000 führte sie aus, die Einvernahme des Beschwerdeführers habe keine neuen Inhalte gebracht. Die Behauptungen des Beschwerdeführers seien unrichtig. Zur Angabe des Beschwerdeführers, er habe fast ausschließlich vom Schreibtisch aus gearbeitet, stelle sich die Frage, wofür er Kilometergeld verrechnet und auch bezahlt bekommen habe. Im Zeitraum Februar 1998 bis Dezember 1998 habe der Beschwerdeführer aus diesem Titel S 122.271,70 abgerechnet. Dies entspreche einer Fahrtleistung von rund 25.000 km. Im Jahr 1999 habe er unter diesem Titel S 77.042,70 abgerechnet, dies entspreche rund 15.700 km.

Wie bereits mehrfach ausgeführt worden sei, sei dem Beschwerdeführer nicht das Gebiet Wien und Wien-Umgebung zugewiesen worden. Auf Grund der Abrechnungen des Beschwerdeführers ergebe sich, dass er auch in den Bundesländern Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Niederösterreich und Burgenland tätig gewesen sei. Aus seinen Aufzeichnungen ergebe sich, dass er nahezu ausschließlich zwischen 7.00 Uhr und 17.00 Uhr unterwegs gewesen sei. Durch diese Aufzeichnungen sei auch widerlegt, dass der Beschwerdeführer fast ausschließlich von seinem Schreibtisch aus tätig gewesen sei. Zusammenfassend werde festgehalten, dass für

eine Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung die persönliche Befragung der namhaft gemachten Zeugen von erhöhter Bedeutung sei.

Mit Bescheid vom 5. Oktober 2000 wies die Einspruchsbehörde den Einspruch als unbegründet ab und bestätigte den bekämpften Bescheid. In der Begründung wurden zunächst das Verwaltungsgeschehen dargestellt und gesetzliche Bestimmungen auszugsweise wiedergegeben. Sodann wurde ausgeführt, die Tätigkeit des Beschwerdeführers für die erstmitbeteiligte Partei beruhe auf der Vereinbarung vom 3. Februar 1998. Im Versicherungsakt lägen auch die in dieser Vereinbarung angesprochenen Besuchsberichte für jeweils eine Kalenderwoche auf. Auch ein Urgenzschreiben der erstmitbeteiligten Partei betreffend diese Berichte sei vorhanden. Daraus könne aber nur abgeleitet werden, dass der Beschwerdeführer auch tatsächlich eine Verpflichtung zur Berichterstattung über die von ihm geleistete Akquisitionstätigkeit gehabt habe. Aus den vorgelegten Spesenaufstellungen ergebe sich, dass der Beschwerdeführer des Öfteren von zu Hause ins Büro der erstmitbeteiligten Partei gefahren und von dort zu seinen Kundenbesuchen weitergefahren sei. Manchmal sei er nach Beendigung des Außendienstes ins Büro zurückgekehrt. Die Spesenabrechnungen zeigten auch, dass der Beschwerdeführer mit Ausnahmen hauptsächlich in Wien und Wien-Umgebung unterwegs gewesen sei. Seine Angaben bezüglich eines festgelegten Gebietes erschienen im Zusammenhang mit dem Inhalt der Vereinbarung daher nachvollziehbar und glaubhaft. Die erforderliche Abgabe von täglichen und wöchentlichen Besuchsberichten sei nach Ansicht der Einspruchsbehörde durchaus als Kontrolle der Akquisitionstätigkeit des Beschwerdeführers zu sehen. Darin seien nämlich nicht bloß die für die Spesenabrechnung notwendigen Angaben der gefahrenen Kilometer enthalten, sondern es sei auch zu ersehen, welche Kunden besucht worden seien und welche Aussichten auf einen Vertragsabschluss bestünden. Die von der erstmitbeteiligten Partei übernommenen Spesen wie Kilometer- und Nächtigungsgeld seien typischerweise von einem selbständigen Handelsvertreter selbst zur Gänze zu tragen. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer Provisionen erhalten habe, schließe die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit nicht von vornherein aus. Das vereinbarte monatliche Fixum sei hingegen ein Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer kein volles unternehmerisches Risiko zu tragen gehabt habe. Die Bezeichnung des Beschwerdeführers als "Firma" sei unerheblich, weil es auf die tatsächlichen Verhältnisse ankomme. Für einen Mitarbeiter im Außendienst sei es nicht ungewöhnlich, dass keine fixen Arbeitszeiten eingehalten werden und sich die Anwesenheit im Büro auf Telefonate, Abgabe von Berichten und Sammlung von Material reduziere. Dies schließe eine persönliche Abhängigkeit nicht aus, wenn - wie hier gegeben - eine Kontrolle der Tätigkeit stattfinde. Zu den Adresslisten sei darauf hinzuweisen, dass in der Vereinbarung ausdrücklich davon die Rede sei, dass der Beschwerdeführer die Adressen der Neukunden von der erstmitbeteiligten Partei erhalte.

Aus diesen Gründen sei der Beschwerdeführer nicht als selbständiger Vertreter zu beurteilen, sondern sei zur erstmitbeteiligten Partei in einem die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit begründenden Beschäftigungsverhältnis gestanden.

Die erstmitbeteiligte Partei erhob Berufung. Sie führte aus, die Einspruchsbehörde verkenne völlig, dass zwischen ihr und dem Beschwerdeführer ein "klassisches" Handelsvertreterverhältnis vorgelegen sei. Es sei im Verlagsgewerbe branchenüblich, mit selbständigen Vertretern zusammenzuarbeiten und nicht mit angestellten Vertretern. Die Einspruchsbehörde negiere auch, dass der Beschwerdeführer nicht nur Kunden der erstmitbeteiligten Partei besucht, sondern während zumindest 20 % seiner Tätigkeit auch für andere Geschäftsherren gearbeitet habe. Die zu betreuenden Kunden seien nicht von der erstmitbeteiligten Partei zugewiesen, sondern vom Beschwerdeführer beigebracht worden. Die Spesen seien dem Beschwerdeführer nur gegen belegmäßigen Nachweis vergütet worden. Dies sei bei einem selbständigen Handelsvertreter auch durchwegs üblich.

Die Einspruchsbehörde habe sich nicht mit dem Vorbringen der erstmitbeteiligten Partei auseinander gesetzt und die dazu angebotenen Zeugen nicht einvernommen. So sei nicht geprüft worden, dass der Beschwerdeführer bei seiner Einstellung erklärt habe, er verfüge über einen Gewerbeschein und sei "selbständig GSVG versichert". Bereits aus diesen Aussagen habe die erstmitbeteiligte Partei davon ausgehen können, dass es sich um einen selbständigen Handelsvertreter handle, der nicht zur Sozialversicherung anzumelden sei. Die Einspruchsbehörde habe nicht beachtet, dass der Beschwerdeführer nicht "weisungsverpflichtet" gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe über die für seine Tätigkeit notwendigen wesentlichen Betriebsmittel verfügt. Er habe seine Leistungen für einen allgemeinen Markt angeboten.

Der Beschwerdeführer gab mit Schriftsatz vom 10. Dezember 2000 dazu an, dass er vereinbarungsgemäß für die Akquisition von Neukunden in den Gebieten Wien und Wien-Umgebung ein fixes Gehalt bekommen und dafür 80 % der üblichen Arbeitszeit habe aufwenden müssen. Die restliche Zeit habe er für Kunden außerhalb dieses Gebietes verwenden können. Der daraus resultierende Provisionsanspruch sei selbständig verrechnet worden. Auch eine nebenberufliche Tätigkeit für ein anderes Unternehmen sei nicht ausgeschlossen gewesen. Lediglich für die 20 % der Restakquisition war ein auf selbständiger Basis geführtes Provisionseinkommen vereinbart worden. Dies sei in vielen Firmen durchaus üblich.

Nachdem er einen ordentlichen Arbeitsvertrag urgirt habe, sei er entlassen worden. Der Umwandlung von einer fristlosen Entlassung in eine einvernehmliche Lösung habe er zugestimmt, weil er in Geldnot gewesen sei. Die "Gewerbescheingeschichte" werde nur als Vorwand in den Vordergrund gerückt.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse führte in ihrem Schriftsatz vom 12. Dezember 2000 zur Berufung der erstmitbeteiligten Partei aus, es seien keinerlei Merkmale einer selbständigen Handelsvertretertätigkeit des Beschwerdeführers festzustellen gewesen. Der Beschwerdeführer sei gegenüber dem Dienstgeber Einschränkungen unterworfen gewesen, die bei einem selbständigen Erwerbstätigen völlig unüblich seien. Es sei unerheblich, ob der Beschwerdeführer noch andere Tätigkeiten zulässiger- oder unzulässigerweise ausgeübt habe. Nach dem Inhalt der mit dem Beschwerdeführer aufgenommenen Niederschriften sei von einem Abhängigkeitsverhältnis auszugehen. Auf die Branchenüblichkeit, mit selbständigen Vertretern zu arbeiten, komme es nicht an. Ob der Beschwerdeführer einen Gewerbeschein, der am 29. Oktober 1999 ausgestellt worden sei, besessen habe, sei irrelevant.

Die erstmitbeteiligte Partei nahm mit dem Schreiben vom 18. Dezember 2000 zum Inhalt der mit dem Beschwerdeführer von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse aufgenommenen Niederschrift vom 17. Februar 2000 Stellung. Sie führte aus, dass sämtliche Behauptungen des Beschwerdeführers unzutreffend seien. Mit dem Inserat sei ausdrücklich ein selbständiger Handelsvertreter gesucht worden. Beim Aufnahmegespräch sei der Beschwerdeführer darauf hingewiesen worden, dass er für die Tätigkeit einen Gewerbeschein als selbständiger Vertreter besitzen müsse. Der Beschwerdeführer habe den Besitz eines Gewerbescheines behauptet, er habe die erstmitbeteiligte Partei jedoch hinsichtlich der Vorlage immer wieder vertröstet.

Von einem Angestelltenverhältnis bzw. einem Probendienstverhältnis sei nie die Rede gewesen. Ein solches wäre nie abgeschlossen worden, weil zum damaligen Zeitpunkt ausschließlich selbständige Handelsvertreter beschäftigt worden seien.

Der Beschwerdeführer sei ausschließlich als Neukundenakquisiteur tätig geworden. Aus organisatorischen Gründen sei er ursprünglich für das Gebiet Wien, Niederösterreich und Burgenland zuständig gewesen. Tatsächlich habe er rund die Hälfte seiner Aufträge aus dem Großraum Graz, Linz und Salzburg gebracht. Auf Grund des Umsatzerfolges sei dies akzeptiert worden. Der Beschwerdeführer habe das Adressmaterial selbständig ausgewählt und selbständig die Kunden akquiriert. Die Adresslisten seien dem Beschwerdeführer teilweise über den Verlag W. zur Verfügung gestanden, für den der Beschwerdeführer ebenfalls tätig geworden sei. Schon daraus ergebe sich, dass an ein Anstellungsverhältnis auch von Seiten des Beschwerdeführers nie gedacht worden sei.

Der Beschwerdeführer sei zu den periodisch abgehaltenen "Außendienst-Jourfixe" eingeladen worden. Er habe auch regelmäßig teilgenommen. Eine Verpflichtung zur Teilnahme habe jedoch nicht bestanden. "Auf Grund des guten Umsatzverlaufes (des Beschwerdeführers)" sei auf eine laufende schriftliche Berichterstattung verzichtet worden. Der Beschwerdeführer habe jedoch freiwillig regelmäßig Berichte abgeliefert. Der Beschwerdeführer habe regelmäßig Honorarnoten mit Umsatzsteuer gelegt. Für die Abrechnung der Fahrtkosten, Porti, Telefonspesen, etc. sei ein belegmäßiger Nachweis verlangt worden. Falls der Beschwerdeführer sich bereits damals als angestellter Vertreter gesehen hätte, hätte er die Umsatzsteuer bei seinem Honorar nicht berücksichtigen dürfen.

Mit dem Beschwerdeführer sei kein Fixum, sondern lediglich eine Provision vereinbart worden. Nur um dem Beschwerdeführer entgegenzukommen, sei für die ersten drei Monate ein Teil dieser Provision als Fixprovision ausbezahlt worden.

Bei Beendigung des Verhältnisses habe der Beschwerdeführer darauf aufmerksam gemacht, dass ihm nach dem Handelsvertretergesetz eine Ausgleichszahlung zustünde. Lediglich um weiteren Schwierigkeiten aus dem Weg zu gehen, habe man der Bezahlung eines Betrages von S 130.000,-- zugestimmt. Der Betrag habe jedoch keine Abfindung aus dem Dienstverhältnis dargestellt.

Mit Schriftsatz vom 9. März 2001 legte die erstmitbeteiligte Partei der belangten Behörde eine Fotokopie eines Schriftsatzes des Beschwerdeführers in einem Verfahren gegen u.a. die erstmitbeteiligte Partei vor dem Handelsgericht Wien vor. In dieser Klagschrift bezeichne sich der Beschwerdeführer als selbständiger Handelsvertreter, der mit der erstmitbeteiligten Partei ein dem Handelsvertretergesetz unterliegendes Vertragsverhältnis gehabt habe. Er mache mit dieser Klage Provisionsansprüche sowie einen Ausgleichsanspruch gemäß dem Handelsvertretergesetz geltend. Aus dem Umstand, dass sich der Beschwerdeführer in dieser Klage als Handelsvertreter bezeichne, Ansprüche geltend mache, die einem Angestellten nicht zustehen, und die Klage beim Handelsgericht eingebracht worden sei, sei ersichtlich, dass nicht einmal der Beschwerdeführer selbst sich als Angestellter sehe.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge und stellte in Abänderung des Einspruchsbescheides fest, dass der Beschwerdeführer auf Grund seiner Beschäftigung als Vertreter bei der erstmitbeteiligten Partei in der Zeit vom 1. Februar 1998 bis 30. September 1999 nicht der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei. Weiters wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer auf Grund dieser Tätigkeit in diesem Zeitraum auch nicht der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterlegen sei.

In der Begründung stellte die belangte Behörde das Verwaltungsgeschehen dar, gab die ihrer Meinung nach anzuwendenden Gesetzesstellen auszugsweise wieder und stellte folgenden Sachverhalt fest:

Am 3. Februar 1998 habe der Beschwerdeführer mit der erstmitbeteiligten Partei eine Vereinbarung betreffend Anzeigenverkauf für Publikationen abgeschlossen (anschließend wurde der wesentliche Teil der Vereinbarung wie oben einleitend dargestellt wiedergegeben).

Sodann wurde unter dem Titel Beweiswürdigung ausgeführt, die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse sei davon ausgegangen, dass der Text des Inserates und des außergerichtlichen Vergleiches erkennen ließen, dass ein Dienstverhältnis vorgelegen sei. Hinsichtlich des Textes der Anzeige sei diese Argumentation nicht nachvollziehbar. Es würden sich weder Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein selbständiger Handelsvertreter gesucht werde, noch dass die erstmitbeteiligte Partei ein Dienstverhältnis habe begründen wollen. Auch bezüglich der Bezahlung der Abgangsentschädigung, die dem Beschwerdeführer für die aushaftenden Provisionsansprüche bis zum 30. September 1999 bezahlt worden sei, könne der Argumentation der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse nicht gefolgt werden.

In der von der erstmitbeteiligten Partei vorgelegten Fotokopie der Klagschrift des Beschwerdeführers bringe dieser vor: "Sämtliche in dieser Klage geltend gemachten Ansprüche entspringen aus dem Vertragsverhältnis (des Beschwerdeführers) als selbstständiger Handelsvertreter mit der (erstmitbeteiligten Partei) und stehen daher in einem rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang." Dieser Schriftsatz spiele eine nicht unwesentliche Rolle.

Unter dem Titel "Zur Frage der persönlichen Abhängigkeit von Vertretern" zitierte die belangte Behörde einen Teil der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 26. März 1997, 9 Ob A 88/97z, zur Frage, ob jemand als selbstständiger Handelsvertreter oder als unselbständig tätiger Vertreter beschäftigt werde. Sodann führte sie aus, die Einspruchsbehörde habe es als wesentlich angesehen, dass die vom Beschwerdeführer vorgelegten Besuchsberichte ein Instrument der Kontrolle gewesen seien und dass dem Beschwerdeführer ein festgelegtes Gebiet vorgegeben worden wäre.

Richtig sei, dass die Vereinbarung vorsehe, dass der Beschwerdeführer von der erstmitbeteiligten Partei für die von ihm zu betreuenden Gebiete Wien und Wien-Umgebung Adressen erhalte. Nicht richtig sei, dass der Beschwerdeführer nur ausnahmsweise außerhalb der vorgegebenen Gebiete tätig gewesen sei. Wie er selbst in dem erwähnten Klagschriftsatz anführe, habe er außerhalb dieser Gebiete im streitgegenständlichen Zeitraum auf Grund seiner Vermittlungstätigkeit einen Umsatz von zumindest S 298.480,-- erzielt. Von ausnahmsweise könne daher keine Rede sein.

Der Beschwerdeführer habe in seiner Stellungnahme vom 10. Dezember 2000 zur Berufung angegeben, dass lediglich für die Gebiete außerhalb von Wien und Wien-Umgebung "ein auf selbständiger Basis geführtes Provisionsabkommen vereinbart gewesen wäre". Der daraus resultierende Provisionsanspruch sei separat verrechnet worden. Daraus sei nach Ansicht der Berufungsbehörde auch erklärbar, warum die erstmitbeteiligte Partei vom Beschwerdeführer die Vorlage der Besuchsberichte unter Anführung der Kunden verlangt hat. Nur auf diese Weise hätte die dem Beschwerdeführer zustehende Provision berechnet werden können.

Die vorliegende Gesamtbeurteilung lasse die Berufungsbehörde nicht daran zweifeln, dass die Elemente der persönlichen Unabhängigkeit bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei weitem überwogen hätten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen und den Antrag gestellt, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Die erstmitbeteiligte Partei hat eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG in der ab 1. Jänner 1998 geltenden Fassung, BGBl. I Nr. 139/1997, ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, 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 gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist.

Dieser letzte Satz wurde mit der 55. Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 138/1998, ab 1. Jänner 1999 (§ 575 Abs. 1 Z. 2 ASVG) dahingehend geändert, dass er zu lauten hat:

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

§ 4 Abs. 4 ASVG lautete in der Fassung des ASRÄG 1997 und der 55. Novelle zum ASVG (BGBl. I Nr. 138/1998) ab 1. Jänner 1998 (§ 572 Abs. 1 Z. 1 bzw. § 505 und § 575 Abs. 1 Z. 5 ASVG) bis 31. Juli 2001

(gemäß § 593 Abs. 1 Z. 1 ASVG tritt die Änderung durch BGBl. I Nr. 99/2001 mit 1. August 2001 in Kraft) wie folgt:

"(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 bürgerlichen Nachbarschaftshilfe;

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, sofern sie auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 bis 3 bzw. § 3 Abs. 3 des gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes oder gemäß § 2 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Sozialversicherung freiberuflich selbständig Erwerbstätiger versichert sind oder sofern es sich nicht um eine (Neben-)Tätigkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Z. 1 lit. f des Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes handelt oder sofern diese Personen nicht eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit seiner gesetzlich beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausüben."

§ 4 Abs. 6 ASVG in der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 1997, G 392, 398, 339/96 (Slg. Nr. 14.802) bereinigten Fassung der 53. ASVG-Novelle (BGBl. Nr. 411/1996) lautet wie folgt:

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

Nach § 1 Abs. 1 lit. a ALVG sind für den Fall der Arbeitslosigkeit Dienstnehmer versichert (arbeitslosenversichert), die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert oder selbstversichert (§ 19a ASVG) und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.

Die Kriterien, die für die (überwiegende) Annahme persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Einzelnen beachtlich sind, hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Judikatur ausführlich dargelegt. Die persönliche Abhängigkeit charakterisierte der Gerichtshof dabei als weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten, die sich insbesondere in seiner Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, seiner Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen des Dienstgebers, der Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber und die disziplinäre Verantwortlichkeit des Dienstnehmers äußere. Bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Gesamtbildes einer Beschäftigung sind für das Rechtsverhältnis der persönlichen Abhängigkeit des Beschäftigten vom Dienstgeber - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - allerdings nur die Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen rechtlicher Gestaltung der Beschäftigung. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmales persönlicher Abhängigkeit lässt im Hinblick darauf, dass schon das Überwiegen genügt, keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass die zu beurteilende Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht unterliegt; es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall gegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 1993, 90/08/0224).

Die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung ist in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben mit einzubeziehen, 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, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung die genannten Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. das Erkenntnis vom 11. Dezember 1990, Slg. Nr. 13.336/A). Die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. das Erkenntnis vom 21. November 2001, 98/08/0267, unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A).

Die rechtliche Beurteilung, die der Vertrag im Beschwerdefall durch die belangte Behörde gefunden hat, greift zu kurz:

Der Vertrag ist nach seinem Typus nicht bezeichnet und lässt insoweit offen, ob ein Dienstvertrag, ein freier Dienstvertrag oder ein Handelsvertretervertrag abgeschlossen werden sollte. Er ist daher anhand der vom Verwaltungsgerichtshof zur Prüfung der Versicherungspflicht bei vergleichbaren Tätigkeiten (Vertreter,

Außendienstmitarbeiter u.ä.) entwickelten Kriterien (vgl. dazu die Erkenntnisse vom 21. Dezember 1993, 90/08/0224, und vom 20. Oktober 1988, 85/08/0062), zu untersuchen.

Danach sind für die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht von Vertretern (als Dienstnehmern) Merkmale wie die Zuweisung eines bestimmten Tätigkeitsgebietes oder Kundenkreises, die Weisungsgebundenheit, das Konkurrenzverbot, der Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, die Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und Betriebsmittel maßgeblich. Ein im Außendienst stehender Vertreter ist nicht nur dann Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG, wenn ihm der Dienstgeber anhand von Kundenlisten den zu besuchenden Kundenkreis zuteilt und diesen Kundenkreis gegenüber anderen unselbständigen Vertretern durch einen Gebietsschutz und gegen andere Firmen durch ein Konkurrenzverbot abgrenzt; er ist auch Dienstnehmer, wenn ihm der Dienstgeber entweder nur ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet oder auf andere Weise einen Kundenkreis zuweist und die danach vom Vertreter entfaltete Tätigkeit ihrem Gesamtbild nach entsprechend den Kriterien, die z.B. im Erkenntnis vom 26. Februar 1982, 81/08/0015, für maßgeblich erachtet wurden, ein Überwiegen der unselbständigen Beschäftigung aufweist (vgl. das Erkenntnis vom 27. Jänner 1983, 81/08/0032). Hingegen bedeutet eine bloße Koordinierung mit den Erfordernissen des Vertragspartners noch keine Weisungsgebundenheit im arbeitsrechtlichen Sinn (vgl. das Erkenntnis vom 17. September 1991, 90/08/0131), ebenso wenig Absprachen bezüglich der Arbeitszeit (oder der Anwesenheit im Büro), wenn diese von der Art der Tätigkeit her notwendig sind (zur Abhaltung von Sprechstunden vgl. das Erkenntnis vom 28. Oktober 1997, 93/08/0168). So kann auch z.B. eine wöchentliche Abrechnungsverpflichtung, die zur Überprüfung der Provisionsgrundlagen dient, nicht als Kontrollrecht in Bezug auf arbeitsbezogenes Verhalten gedeutet werden (vgl. das Erkenntnis vom 17. September 1991, 90/08/0131). Selbst das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmales persönlicher Abhängigkeit lässt im Hinblick darauf, dass schon das Überwiegen dieser Merkmale bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung genügt, keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass die zu beurteilende Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht unterliegt; es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall gegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist (vgl. u.a. das ebenfalls eine Vertretertätigkeit betreffende Erkenntnis vom 3. April 2001, 96/08/0053, und vom 17. Dezember 2002, 99/08/0102).

Dazu hat die belangte Behörde aber keine Feststellungen getroffen, sondern sich mit einem Gegenschluss begnügt: sie meint offensichtlich, ein Dienstverhältnis schon dann ausschließen zu können, wenn das tragende Element der erstinstanzlichen Bescheidebegründung (schon der Text des Inserates lasse erkennen, dass ein Dienstverhältnis abgeschlossen werden sollte) widerlegt werden kann. Nun ist zwar die Auffassung der belangten Behörde richtig, dass sich aus dem Inserat kein eindeutiger Hinweis in die eine oder in die andere Richtung ergibt. Der Verwaltungsgerichtshof hat allerdings schon wiederholt ausgesprochen, dass es zur persönlichen Arbeitspflicht keiner ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, wenn dieselbe nach den Umständen der Beschäftigung zu vermuten ist und weder eine generelle Vertretungsbefugnis vereinbart noch nach dem tatsächlichen Beschäftigungsbild praktiziert wurde (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 16. April 1991, 90/08/0117). Dies gilt auch für die Art des Vertrages über eine Beschäftigung: Der Abschluss eines Vertrages setzt übereinstimmende Willenserklärungen voraus, die auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen sich über alle von ihnen als erheblich betrachteten Punkte des Vertragsverhältnisses einig sein. Die Erklärung kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch schlüssig durch ein Verhalten erfolgen, welches bei Überlegung aller Umstände keinen Grund daran zu zweifeln übrig lässt (§ 863 ABGB), dass der andere Teil sich in bestimmter Weise verpflichten wolle (vgl. das Erkenntnis vom 21. Dezember 1993, 90/08/0224). Wenn bestimmte Tätigkeiten üblicherweise (oder jedenfalls in dem betreffenden Unternehmen) im Rahmen von Dienstverhältnissen ausgeübt werden, dann kann ein Bewerber um eine Stelle im Zweifel vom Abschluss eines Arbeitsvertrages ausgehen, wenn der Dienstgeber nicht vor Vertragsabschluss eindeutig zum Ausdruck bringt, keinen Arbeitsvertrag, sondern einen anderen Vertrag schließen zu wollen. Nun ist zwar nicht zu bestreiten, dass die Vereinbarung eines Entgelts "Excl. 20% MWSt" ein Indiz gegen einen Dienstvertrag ist, während z.B. die Gewährung eines vom Umsatz unabhängigen, relativ hohen Fixums, die Gewährung von Kilometergeld und der Ersatz der Reisespesen sowie die Verpflichtung zur Berichterstattung und das Verbot, ohne Verständigung des Auftraggebers für Dritte "Akquisitionen" durchzuführen, eindeutig für ein Dienstverhältnis sprechen.

Lässt aber der Vertrag eine eindeutige Antwort darauf, welche Art von Vertrag gewollt war, gar nicht zu, dann kommt der tatsächlichen Durchführung der Beschäftigung des Beschwerdeführers für die Frage der Versicherungspflicht entscheidende Bedeutung zu. Dazu hat die belangte Behörde aber die zur Beurteilung erforderlichen Tatsachenfeststellungen nicht getroffen. Die oben erwähnten Grundsätze gebieten nämlich im Einzelfall die Auseinandersetzung mit der Frage, ob tatsächlich diese Kriterien vorliegen, wobei dann bei einem Zusammentreffen von Merkmalen der Abhängigkeit und solchen, die auf eine Unabhängigkeit hinweisen, das Überwiegen der einen oder anderen Merkmale entscheidend ist (vgl. das Erkenntnis vom 21. Dezember 1993, 90/08/0224).

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Argumentation der belangten Behörde auch insoweit unschlüssig ist, als sie die Bezeichnung des Beschwerdeführers als "selbstständiger Handelsvertreter" im Rahmen einer Klagsführung gegen die erstmitbeteiligte Partei vor dem Handelsgericht hervorhebt und (anscheinend) für wesentlich hält. Daran ist richtig, dass man aus dem Verhalten des Beschwerdeführers Rückschlüsse darauf

ziehen könnte, wie er selbst den Vertrag mit der Erstmitbeteiligten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verstanden oder auch gewollt hat. Die belangte Behörde übersieht aber, dass der Beschwerdeführer zuvor die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses beim Arbeits- und Sozialgericht nach § 105 ArbVG angefochten und dass die Parteien dieses Verfahrens außergerichtlich einen prozessbeendenden Vergleich über eine "Abgangsentschädigung" von S 130.000,-- abgeschlossen haben, sodass die Klage vor dem Handelsgericht auch als Reaktion auf die Behauptungen der Erstmitbeteiligten gedeutet werden könnte, unter diesen Umständen aber jedenfalls nicht als Indiz in der von der belangten Behörde gedachten Richtung brauchbar ist.

Der angefochtene Bescheid erweist sich somit insoweit inhaltlich als rechtswidrig, als die belangte Behörde teils den Umständen des Vertragsabschlusses, teils dem Verhalten des Beschwerdeführers unzutreffende Deutungen gegeben und im Übrigen über die tatsächliche Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses keine Feststellungen getroffen hat.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.
Wien, am 17. November 2004