

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.03.2011

Geschäftszahl

2007/08/0153

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer, Dr. Doblinger und MMag. Maislinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der W GmbH in Wien, vertreten durch Mag. Martin Paar, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Wiedner Hauptstraße 46/6, gegen den Bescheid des Bundesministers für Soziales und Konsumentenschutz vom 14. Mai 2007, Zl. BMSG-322820/0001-II/A/3/2007, betreffend Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. R M in Wien, 2. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse in 3100 St. Pölten, Kremser Landstraße 3,

3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien, Adalbert Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

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

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

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde ausgesprochen, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Versicherungsvertreter für die beschwerdeführende Partei in der Zeit vom 13. Jänner 1997 bis 20. April 1998 der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterlegen sei.

Nach Darlegung des Verfahrensganges sowie der anzuwendenden Rechtsvorschriften stellte die belangte Behörde fest, dass der Erstmitbeteiligte von der beschwerdeführenden Partei in der Zeit vom 13. Jänner 1997 bis 20. April 1998 als im Rahmen eines dienstnehmerähnlichen Werkvertrags gemäß § 4 Abs. 5 ASVG Beschäftigter zur Versicherung gemeldet worden sei. Als Grundlage hierfür sei ein zwischen dem Erstmitbeteiligten und S als Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei geschlossener, als Werkvertrag bezeichneter schriftlicher Vertrag vorgelegt worden, aus dem jedoch das Datum des Abschlusses nicht hervorgehe.

Laut "Werkvertrag" habe das Vertragsverhältnis mit

31. (richtig: 13.) Jänner 1997 begonnen und sei auf unbestimmte Zeit geschlossen worden. Der Vertreter (gemeint: der Erstmitbeteiligte) habe sich verpflichtet, alle Kunden, mit denen bereits Geschäftsverbindungen bestanden hätten und die in der ihm übergebenen Gruppenliste (Laptop) angeführt seien, sorgfältigst zu betreuen. Unter Punkt 4 seien die Vertragspflichten des Geschäftsherrn aufgelistet. Dieser habe dem Vertreter ausreichend Werbeunterlagen, Anträge und Tarifwerke rechtzeitig und kostenlos zur Verfügung zu stellen und laufend die erforderlichen Informationen über Veränderungen zu erteilen. Punkt 5 betreffe die jeweiligen Provisionen. Laut Punkt 6 werde ausdrücklich festgestellt, dass durch den vorliegenden Werkvertrag kein Angestelltenverhältnis zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem Erstmitbeteiligten begründet werde, da zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem Erstmitbeteiligten kein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit bestehe, der Erstmitbeteiligte insbesondere an keinerlei Weisungen oder Dienstzeit der Gesellschaft gebunden sei und sich in die betriebliche Organisation nicht einzugliedern habe. Alle Steuern, Abgaben und Beiträge, welcher Art auch immer, die von den dem Erstmitbeteiligten zustehenden Vergütungen zu entrichten seien, bzw. allenfalls auch erst nachträglich vorgeschrieben würden, seien vom Vertreter aus eigenem zu tragen. Der Arbeitgeberanteil (SV-Beitrag) werde vom Arbeitgeber übernommen.

Der Erstmitbeteiligte sei im Bereich der Vermittlung von Versicherungen und der Kundenbetreuung als Versicherungskaufmann tätig gewesen. Die wesentlichen Betriebsmittel (Versicherungspolizzen, Abrechnungsunterlagen und Werbematerial) seien vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden. Die Tätigkeit gliedere sich wie folgt: Ein Drittel Lebensversicherungen, ein Drittel Sachbereich (Eigenheim-, Haushalts-, Rechtsschutz- und Taggeldversicherung), ein Drittel Kfz-Versicherungen (diesbezügliche Unterlagen seien vorgelegt worden).

Laut E-Mail vom 1. Oktober 2002 habe der Erstmitbeteiligte zu Beginn seiner Tätigkeit einen Büro-Arbeitsplatz sowie einen Laptop und bestehende Kundenadressen zur Bearbeitung und Betreuung erhalten. Er habe auch versucht, seinen bestehenden Kundenstock auf Grund seiner Tätigkeit bei der G Versicherung einzubringen.

Laut Schreiben von H (der damaligen Assistentin der Geschäftsleitung) vom 13. November 2002 habe der Erstmitbeteiligte seinen Dienstbeginn und Dienstschluss frei wählen können. Es habe seitens der Geschäftsleitung keine Weisungen zur Erfüllung bestimmter Arbeitsstunden pro Woche bzw. Monat gegeben. Dies werde auch durch die Aussage des Erstmitbeteiligten selbst bestätigt, der in der Niederschrift vom 17. Februar 2003 angegeben habe, zwei bis drei Mal pro Woche im Büro gewesen zu sein. Diese Aussage sei durch eine weitere Niederschrift vom 17. Mai 2006 bestätigt worden, in der H nochmals angegeben habe, dass der Erstmitbeteiligte keine fixen Bürozeiten einzuhalten gehabt habe und hauptsächlich im Außendienst tätig gewesen sei. Er sei nur unregelmäßig im Büro gesehen worden; es sei sehr unterschiedlich gewesen, eine Woche sei er seltener anwesend gewesen, eine andere wiederum öfter. Weiters habe H vorgebracht, dass der Erstmitbeteiligte über keinen fixen Arbeitsplatz verfüge, er jedoch die Büroräumlichkeiten jederzeit habe benutzen können.

Der Erstmitbeteiligte selbst habe in einem Schreiben vom 29. Jänner 2007 angegeben, dass es im Außendienst keine geregelten Arbeitszeiten gebe. Laut Schreiben der beschwerdeführenden Partei vom 26. Februar 2007 habe es keine Verpflichtung gegeben, eine tägliche Arbeitszeit einzuhalten bzw. eine bestimmte Anzahl von Kunden zu besuchen. Es sei dem Erstmitbeteiligten möglich gewesen, auch längere Zeit zu pausieren. Eine Pflicht zur Berichterstattung, zu Mitarbeiterbesprechungen und zur Abgabe von Wochenberichten habe es nicht gegeben. Der Erstmitbeteiligte habe selbst angegeben, dass Kundentermine und Vertragsabschlüsse besprochen worden seien, eine explizite Verpflichtung dazu habe jedoch nicht bestanden. Es habe jeden Freitag Mitarbeiterbesprechungen im Büro gegeben, der Erstmitbeteiligte sei jedoch nicht verpflichtet gewesen, an diesen teilzunehmen und er sei auch tatsächlich bei keinem einzigen solchen Meeting anwesend gewesen.

Zusammenfassend ergebe sich somit, dass der Erstmitbeteiligte betreffend seine Anwesenheit frei gewesen sei und keinerlei Vorschriften bezüglich der Arbeitszeiten einzuhalten gehabt habe. Er habe sohin freie Hand darüber gehabt, wie viele Kunden er besuche bzw. habe er sich die diesbezüglichen Zeiten immer frei einteilen können.

Der Erstmitbeteiligte habe über keinen Gewerbeschein verfügt und sei "auf Provisionsbasis ohne Sonderzahlungen und Urlaub bezahlt" worden. Er habe laut eigener Aussage über kein Firmenhandy und Firmenauto verfügt und sei mit seinem eigenen Leasingfahrzeug gefahren. Es habe ein Konkurrenzverbot und eine Geheimhaltungspflicht bestanden.

In Bezug auf eine Vertretungsmöglichkeit sei auszuführen, dass aus den Fragenkatalogen vom 28. März 1997 und vom 6. Mai 1995 hervorgehe, dass der Erstmitbeteiligte die vereinbarte Leistung persönlich zu erbringen gehabt habe und eine Vertretungsmöglichkeit nur durch den Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei möglich gewesen sei. Diese Vertretung sei jeweils nur bei Verhinderung durch Krankheit und Urlaub vorgesehen gewesen. Der Fragenkatalog sei sowohl vom Erstmitbeteiligten als auch vom Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei unterschrieben worden und es bestehe seitens der belangten Behörde kein Zweifel an diesen Angaben.

Das Vertragsverhältnis sei einvernehmlich mit 30. September 1998 aufgelöst worden. Danach sei es zu einem gerichtlichen Verfahren am Bezirksgericht Innere Stadt Wien gekommen, in dem die beschwerdeführende Partei Teile der von ihr bezahlten Provisionen vom Erstmitbeteiligten zurückverlangt habe. In diesem Verfahren sei es schließlich zu einem Vergleich gekommen, in dem sich der Erstmitbeteiligte zusätzlich zu den bereits zurückgezahlten Provisionen in der Höhe von S 10.500,- zur Zahlung des Betrages von S 6.500,- verpflichtet habe.

Dieser Sachverhalt ergebe sich "aus den Verwaltungs- und Versicherungsakten und der sich darin befindlichen Korrespondenz".

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass § 4 Abs. 6 ASVG (sowohl in der Fassung der 53. ASVG-Novelle als auch in der durch das Erkenntnis des VfGH vom 14. März 1997, VfSlg. Nr. 14.802, bereinigten Fassung) nicht nur die Reihenfolge der Prüfung der Frage der Pflichtversicherung nach § 4 ASVG festlege, sondern diese Frage auch zum Gegenstand eines einzigen Verfahrens mache.

Zunächst sei somit die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG zu prüfen. Nach Darlegung der dafür im Wesentlichen in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes herausgearbeiteten Kriterien, die für die Annahme (überwiegender) persönlicher und wirtschaftlicher

Abhängigkeit im Einzelnen beachtlich sind, kam die belangte Behörde auf Grund der Art und Weise der vom Erstmitbeteiligten verrichteten Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei zum Ergebnis, dass ein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht gegeben sei.

Hervorzuheben sei, dass es keinerlei Weisungen in Bezug auf die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten gegeben habe. Der Erstmitbeteiligte sei betreffend seiner Anwesenheit im Büro völlig frei gewesen und habe keinerlei Vorschriften bezüglich der Arbeitszeiten bzw. Mindestzahl der vorzunehmenden Kundenkontakte erhalten. Seine Arbeitsgestaltung habe sich sohin völlig frei gestaltet. Er habe freie Hand über die Anzahl seiner täglichen Kundenbesuche gehabt bzw. habe er sich die diesbezüglichen Zeiten immer frei einteilen können. Es sei ihm auch frei gestanden, tagelang keine Kunden zu kontaktieren. Darüber hinaus sei es ihm möglich gewesen, seinen bestehenden Kundenstock einzubringen. Die übergebenen Kundenlisten (Laptop) seien sohin keinesfalls verpflichtend gewesen, da der Erstmitbeteiligte nicht zur Betreuung sämtlicher Kunden verpflichtet gewesen sei. Er sei auch nicht verpflichtet gewesen, an den Mitarbeiterbesprechungen teilzunehmen. Eine Berichterstattungspflicht habe ebenfalls nicht bestanden, da er weder verpflichtet gewesen sei in der Firma zu erscheinen, noch habe er irgendwelche Wochenberichte abgeben müssen. Der Erstmitbeteiligte habe auch nicht angeben müssen, wie viele Kundentermine er vereinbart bzw. wie viele Versicherungsaufträge er tatsächlich abgeschlossen habe. Er sei sohin auch keiner Überwachung unterlegen. Fixum oder Spesenvergütung seien nicht vereinbart gewesen.

Vor diesem Hintergrund bestehe keinerlei Zweifel daran, dass die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit gegenüber jenen der persönlichen Abhängigkeit jedenfalls überwogen hätten.

In weiterer Folge sei zu prüfen, ob die Merkmale nach § 4 Abs. 4 ASVG vorlägen. Für das Vorliegen einer Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer seien folgende Tatbestände zu erfüllen:

Verpflichtung zur Dienstleistung, im Wesentlichen persönliche Leistungserbringung, Dauerschuldverhältnis, keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel, qualifizierte Dienstgebereigenschaft, keine Versicherungspflicht auf Grund dieser Tätigkeit als Selbständiger, Bezug von Entgelt.

Voraussetzung für das Vorliegen einer Beschäftigung als freier Dienstnehmer sei eine vertragliche Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen. Es genüge nicht, wie für den echten Dienstnehmer, die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit, sondern es sei eine vertragliche Verpflichtung zu einer Dienstleistung maßgebend. Diese vertragliche Verpflichtung könne auf Grund eines schriftlichen oder mündlichen Vertrages oder auch durch konkludente Handlung zustande kommen. Würden Dienstleistungen zwar honoriert, bestehe jedoch keine Verpflichtung zu dieser Tätigkeit, wäre somit kein Pflichtversicherungsverhältnis als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG begründet.

Gegenstand des freien Dienstvertrages seien Dienstleistungen. Entscheidend sei dabei, dass nicht von vornherein eine einzelne Leistung geschuldet werde, deren Durchführung - wie lange dies auch immer dauern möge - die Pflicht des Schuldners abschließend erfülle (Werkvertrag). Maßgebend sei, dass Dienste in einer mehr oder weniger bestimmten Art für eine von vornherein befristete Zeit oder aber für eine unbestimmte Dauer geschuldet würden (Dienstvertrag). Beim freien Dienstvertrag werde daher ein Wirken und nicht ein Werk geschuldet. Der Auftragnehmer schulde ein Bemühen und nicht ausschließlich einen Erfolg. Dienstleistungen könnten Arbeiten, Verrichtungen, Tätigkeiten jedweder Art sein, unabhängig davon, ob die Tätigkeit erlaubterweise erfolge. Ein berufs- oder gewerberechtlich unzulässiges Wirken könne daher ebenfalls Gegenstand einer Dienstleistung sein und somit sozialversicherungspflichtig werden.

Zum Dauerschuldverhältnis führte die belangte Behörde aus, dass für die Beurteilung entscheidend sei, ob der Betreffende in seiner Beschäftigung mehr einem selbständigen Unternehmer mit eigener Betriebsorganisation und verschiedenen Kunden entspreche oder ob er mehr einem echten Dienstnehmer nahestehe, der nur seine eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten bei einem oder wenigen Vertragspartnern verwerten könne. Unter Hinweis auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Juni 2002, Zl. 2001/08/0107, und vom 3. Juli 2002, Zl. 2000/08/0161, sowie vom 13. August 2003, Zl. 99/08/0170, lege die belangte Behörde sodann ihre Rechtsansicht zur Unterscheidung zwischen einem freien Dienstvertrag und Werkvertrag näher dar.

Zur Frage der Entgeltlichkeit und persönlichen Leistungserbringung hielt die belangte Behörde fest, dass ohne Entgeltlichkeit keine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG entstehen könne. Dass es sich "dabei lediglich um Provisionen" gehandelt habe, stehe dem Merkmal der Entgeltlichkeit nicht entgegen. Maßgebend für den Eintritt der Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer sei, dass der freie Dienstnehmer den Auftrag im Wesentlichen persönlich erbringe und nicht an andere weitergebe. Der Erstmitbeteiligte habe seine Leistungen im Wesentlichen selbst erbracht und es habe nur ausnahmsweise eine Vertretung durch den Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei bestanden. Der Erstmitbeteiligte habe für seine Leistung auch ein Entgelt erhalten.

Im Beschwerdefall habe die Aufgabe des Erstmitbeteiligten darin bestanden, diverse Versicherungen zu vermitteln und in diesem Zusammenhang auch die Kunden zu betreuen. Vor dem dargelegten rechtlichen Hintergrund sei sohin Gegenstand des "Werkvertrags" kein bestimmtes Projekt bzw. Werk gewesen. Der Erstmitbeteiligte habe sich nicht zur Erbringung eines oder mehrerer Werke verpflichtet, sondern lediglich ein Bemühen geschuldet. Er sei für längere Zeit vertraglich verpflichtet gewesen und die beschwerdeführende Partei habe zumindest teilweise mit seiner Arbeitsleistung rechnen können. Die belangte Behörde wies darauf hin, dass

in der Berufung der beschwerdeführenden Partei selbst angegeben werde, dass es sich bei der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten um eine Dienstleistung gehandelt habe. Die belangte Behörde gelange zur Auffassung, dass kein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. Auch sei für den Erstmitbeteiligten kein besonderes Unternehmerrisiko erkennbar. Dem Vorbringen, dass es sich bei jedem erfolgreichen Abschluss mit einem Kunden um ein geschuldetes Werk handle, könne sohin nicht gefolgt werden.

Zu der ab dem 1. Jänner 1998 zu prüfenden Frage, ob die Beschäftigten wesentliche eigene Betriebsmittel einsetzten, führte die belangte Behörde aus, dass sich zunächst die Frage stelle, welche Betriebsmittel zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich seien. Wenn für die Erbringung der Dienstleistung im Wesentlichen nur die eigene Arbeitskraft verwendet werde, so seien für diese Tätigkeit keine Betriebsmittel erforderlich und es werde dadurch eine Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG nicht ausgeschlossen werden können. Weiters sei zu klären, welche der erforderlichen Betriebsmittel für die Erbringung der Dienstleistung wesentlich seien. Wesentlich bedeute einerseits, dass ohne Verwendung dieses Betriebsmittels - bei realitätsbezogener wirtschaftsorientierter Betrachtungsweise - die Dienstleistung nicht erbracht werden könne, andererseits müsse dieses Betriebsmittel so gestaltet sein, dass es über Mittel des allgemeinen täglichen Gebrauchs hinausgehe (z.B. unternehmerische Struktur, eigenes Personal, finanziell aufwendige Spezialsoftware oder Spezialmaschinen usw.). Schließlich sei klarzustellen, ob die wesentlichen Betriebsmittel vom Dienstgeber oder vom freien Dienstnehmer bereit gestellt würden, wobei in jenen Fällen, in denen die wesentlichen Betriebsmittel vom freien Dienstnehmer zur Verfügung gestellt würden, der Pflichtversicherungstatbestand des § 4 Abs. 4 ASVG nicht erfüllt sei.

Im Beschwerdefall seien die meisten Betriebsmittel von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt worden. Dabei handle es sich um die Antragsformulare und diverse Werbeunterlagen. Die Verwendung des eigenen Kraftfahrzeugs und des eigenen Computers seien nicht als eigenes wesentliches Betriebsmittel anzusehen. Für Kraftfahrzeuge gelte grundsätzlich, dass diese nur dann wesentliche Betriebsmittel seien, wenn sie ausschließlich betrieblich genutzt würden, wofür der vorliegende Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte liefere. Somit würden alle gesetzlich ausgeführten Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 4 ASVG vorliegen.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und verzichtete auf die Erstattung einer Gegenschrift. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Äußerung, in der sie auf die Inhalte der in diesen Verfahren ergangenen Bescheide verwies und den Antrag stellte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die weiteren mitbeteiligten Parteien haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Im Beschwerdefall ist strittig, ob der Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 13. Jänner 1997 bis 20. April 1998, in der er aufgrund eines mit der beschwerdeführenden Partei geschlossenen Vertrages für diese als Versicherungsvertreter tätig war, der Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG unterlegen ist.

2. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Sozialversicherungspflicht ist hinsichtlich der Sach- und der Rechtslage zeitraumbezogen zu beurteilen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 4. Mai 1977, Slg. Nr. 9315/A). Die daher auch für den Beschwerdefall maßgebende Rechtslage hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 3. Juli 2002, Zl. 2000/08/0161, auf das diesbezüglich gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, unter Darlegung der Gesetzesmaterialien im Detail dargelegt. Zusammenfassend ist daraus festzuhalten, dass § 4 Abs. 4 ASVG im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in folgenden Fassungen in Geltung stand:

Vom Beginn des beschwerdegegenständlichen Zeitraums am 13. Jänner 1997 bis zum 31. Dezember 1997 in der Fassung der 53. ASVG-Novelle (SRÄG 1996), BGBl. Nr. 411/1996:

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

1. einen Auftraggeber (Dienstgeber) im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziels usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,

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

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

Durch das ASRÄG 1997, BGBl. I Nr. 139/1997, und die 55. Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 138/1998, erhielt § 4 Abs. 4 ASVG ab 1. Jänner 1998 folgende Fassung:

"(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 berufrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,

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

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

§ 4 Abs. 5 und 6 ASVG lauteten in der Fassung BGBl. Nr. 411/1996 in dem hier gegenständlichen Zeitraum ab dem 13. Jänner 1997 zunächst wie folgt:

"(5) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes nach Maßgabe des § 5a auch Personen versichert, die infolge einer oder mehrerer vertraglichen Vereinbarungen dienstnehmerähnlich für einen Auftraggeber (Gebietskörperschaft) im Sinne des Abs. 4 Z. 1 oder 2 gegen Entgelt beschäftigt sind, sofern sie nicht bereits auf Grund dieser Tätigkeit der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegen bzw. unterliegen könnten (§ 2 Abs. 1 FSVG). Die zur Beurteilung der Dienstnehmerähnlichkeit insbesondere zu prüfende Regelmäßigkeit der Beschäftigung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn

1. mit diesem Auftraggeber (Gebietskörperschaft) innerhalb der letzten sechs vor dem Abschluss der Vereinbarung liegenden aufeinander folgenden Kalendermonate, wobei der Kalendermonat der Vereinbarung mitzuzählen ist, mehr als drei Vereinbarungen abgeschlossen wurden oder

2. die mit dem Auftraggeber (Gebietskörperschaft) vereinbarte Tätigkeit sich über mehr als zwei Kalendermonate erstreckt.

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 und 5, eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 5 aus."

Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 1997, G 392, 398, 399/96 (VfSlg. 14.802/1997) wurde unter anderem § 4 Abs. 5 ASVG (idF BGBl. Nr. 411/1996), sowie der Satzteil "und 5, eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 5" in § 4 Abs. 6 (idF BGBl. Nr. 411/1996) ohne Fristsetzung aufgehoben; die Aufhebung wurde mit dem am 23. April 1997 ausgegebenen BGBl. I Nr. 39/1997 kundgemacht.

3. Die beschwerdeführende Partei vertritt in ihrer Beschwerde die Auffassung, bei dem der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten zugrunde liegenden Vertragsverhältnis habe es sich um einen Werkvertrag gehandelt; sie erachtet sich in ihrem Recht auf Feststellung der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 5 ASVG (idF BGBl. Nr. 411/1996) verletzt.

Auch wenn § 4 Abs. 5 ASVG idF BGBl. Nr. 411/1996 nach Kundmachung des oben zitierten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 1997 nicht mehr dem Rechtsbestand angehörte, ist dieser Beschwerdepunkt in Verbindung mit der Beschwerdebegründung jedenfalls dahin zu verstehen, dass sich die beschwerdeführende Partei durch die Feststellung der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG als beschwert erachtet.

4. Die beschwerdeführende Partei wendet sich in der Beschwerde zunächst gegen die Annahme der belangten Behörde, es sei zum Erstmitbeteiligten ein Dienstvertrag bzw. ein Dauerschuldverhältnis vorgelegen. Der Erstmitbeteiligte habe einen Erfolg geschuldet, dauerndes Bemühen habe keinerlei Zahlungsverpflichtung durch die beschwerdeführende Partei ausgelöst, da der Erstmitbeteiligte pro Vertrag bezahlt worden sei. Die Leistungsverpflichtung der beschwerdeführenden Partei sei mit Abschluss des Vertrages entstanden. Der beschwerdeführenden Partei sei es auf das Ergebnis, somit auf einen bestimmten Erfolg angekommen und nicht lediglich auf ein Bemühen. Davon ausgehend sei bereits beim Vertragsschluss festgestanden, welche konkreten Leistungen der Erstmitbeteiligte habe erbringen müssen, eine nähere Arbeitsanweisung oder Konkretisierung der zu erbringenden Einzelleistungen im Rahmen des Vertrages sei daher nicht nötig gewesen. Der zu erreichende Erfolg sei darin gelegen, "möglichst viele Verträge abzuschließen". Daher sei die Rechtsgrundlage als Werkvertrag anzusehen.

Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass Ausgangspunkt der Betrachtung die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung ist, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien des Beschäftigungsverhältnisses in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung relevant sein können; die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. Oktober 1991, 90/08/0057). Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses (im Beschwerdefall als "Werkvertrag") zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. März 1984, 81/08/0061, Slg. Nr. 11361 A/1984).

Für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits kommt es darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0053).

Die beschwerdeführende Partei behauptet nicht, dass sich im beschwerdegegenständlichen Zeitraum das tatsächliche Verhältnis zwischen ihr und dem Erstmitbeteiligten, der für sie als Versicherungsvertreter tätig wurde, anders gestaltet hätte, als dies im als "Werkvertrag" bezeichneten Vertrag vorgesehen war.

Vor diesem Hintergrund vermag die Behauptung, es habe sich um ein Werkvertragsverhältnis gehandelt, nicht zu überzeugen. Festzuhalten ist, dass das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde und demnach nicht mit Herstellung eines bestimmten Werks enden sollte. Weder enthielt der schriftliche Vertrag eine Umschreibung eines vom Erstmitbeteiligten zu erbringenden Werks, noch hat die beschwerdeführende Partei behauptet, dass - in Ergänzung zum schriftlichen Vertrag - eine konkrete individualisierte Leistung vereinbart worden wäre, die vom Erstmitbeteiligten, den dabei eine entsprechende Erfolgshaftung träge, zu erbringen gewesen wäre. Auch wurde weder von der belangten Behörde festgestellt noch von der beschwerdeführenden Partei behauptet, dass etwa auf der Grundlage des schriftlichen Vertrages im Einzelfall weitere, auf konkrete individualisierte Leistungen bezogene Vereinbarungen abgeschlossen worden wären, sodass allenfalls von einer Art Rahmenvereinbarung über im Einzelnen noch abzuschließende Werkverträge gesprochen werden könnte.

Nach dem vorgelegten Vertrag war vielmehr der Erstmitbeteiligte zur Betreuung von Bestandskunden verpflichtet, während die beschwerdeführende Partei - neben der Verpflichtung zur Zahlung von Provisionen entsprechend der im Vertrag enthaltenen Tabelle - die Verpflichtung traf, den Erstmitbeteiligten zu unterstützen, ihm ausreichend Werbeunterlagen, Anträge und Tarifwerke zur Verfügung zu stellen und ihn über Veränderungen zu informieren.

Dass Provisionen nach dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei nur bei Abschluss von Verträgen gezahlt wurden (im "Werkvertrag" ist allerdings auch die Leistung von Betreuungsprovisionen vorgesehen, "sobald eine Beziehung durch Kunde und Mitarbeiter hergestellt ist"), vermag ebenfalls nicht das Vorliegen eines Werkvertrages zu belegen, da eine provisionsbezogene Entlohnung allein noch keinen Werkvertrag begründet und daher der Annahme eines freien Dienstverhältnisses und damit einer Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG nicht entgegensteht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0107).

Zusammenfassend kann der belangten Behörde daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie ausgehend von der vorgelegten Vereinbarung zwischen dem Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei das Vorliegen eines Werkvertrags verneint hat, zumal diese Vereinbarung, auch wenn sie als "Werkvertrag" bezeichnet war, keinen Anhaltspunkt dafür bietet, dass der Erstmitbeteiligte mit der Herstellung eines konkreten Werks (oder mehrerer konkreter individualisierter Werke) beauftragt worden wäre.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum ASRÄG 1997 (886 BlgNR 20. GP, 102) der Fall eines Versicherungsvertreters, der sich nicht ausdrücklich zum Anwerben von Kunden verpflichtet hat, sondern dem nur für den Fall von Vertragsabschlüssen Provisionen zugesagt wurden und der regelmäßig einer solchen Tätigkeit nachgeht, beispielhaft als Anwendungsfall des § 4 Abs. 4 ASVG erwähnt wird.

5. Die beschwerdeführende Partei rügt weiters, die belangte Behörde habe lediglich im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ausgeführt, dass der Erstmitbeteiligte sich nicht zur Herstellung eines oder mehrerer Werke verpflichtet, sondern ein Bemühen geschuldet habe; sie habe dazu aber keine Feststellungen getroffen und es sei nicht ersichtlich, wie sie zu diesem Ergebnis gelangt sei.

Dem ist zu entgegnen, dass die belangte Behörde den Inhalt der zwischen dem Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei geschlossenen Vereinbarung, aus der sich - wie bereits ausgeführt - keine Verpflichtung des Erstmitbeteiligten zur Herstellung konkreter Werke ergibt, im angefochtenen Bescheid festgestellt hat. Dass es neben der schriftlichen Vereinbarung konkrete ergänzende Vereinbarungen über die Herstellung bestimmter Werke gegeben hätte, hat auch die beschwerdeführende Partei nicht vorgebracht.

Die beschwerdeführende Partei bringt ausdrücklich vor, dass zwischen den Vertragsparteien über den Vertragszweck und die vertragliche Gesamtkonstruktion Einvernehmen bestand und die Formulierungen in

diesem Vertrag weder unverständlich noch widersprüchlich seien. Entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei kann dies allerdings nicht zu einer Beurteilung der Vereinbarung, die keine werkvertraglichen Elemente enthält, als Werkvertrag führen.

6. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass die von ihr dem Erstmitbeteiligten zur Verfügung gestellten Antragsformulare und Werbeunterlagen nicht als wesentliche Betriebsmittel anzusehen seien und es bei der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten primär auf das Fachwissen und die Kompetenz ankomme.

Auch dies vermag keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen. Kriterium für das Vorliegen eines freien Dienstvertrages ist - in der ab 1. Jänner 1998 maßgebenden Fassung des § 4 Abs. 4 ASVG - unter anderem, dass der Dienstnehmer "über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel" verfügt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei den von der beschwerdeführenden Partei genannten "Antragsformularen und Werbeunterlagen" um wesentliche Betriebsmittel handelt, steht doch nach dem angefochtenen Bescheid auch fest, dass der Erstmitbeteiligte von der beschwerdeführenden Partei "bestehende Kundenadressen zur Betreuung und Bearbeitung" erhalten hat. Dieser Kundenstock, für dessen Betreuung Provisionen in Aussicht gestellt wurden, und der eine Grundlage für die "Bearbeitung" - also die Akquisition neuer Verträge - bildete, stellt für die Tätigkeit eines Versicherungsvertreters jedenfalls ein wesentliches Betriebsmittel dar. Zudem lässt sich weder den Feststellungen im angefochtenen Bescheid noch dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass der Erstmitbeteiligte selbst über wesentliche Betriebsmittel verfügt, sich also eine eigene betriebliche Infrastruktur geschaffen hätte (vgl. zum Begriff der "wesentlichen Betriebsmittel" im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, Zl. 2007/08/0223, auf dessen nähere Begründung gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird).

7. Die beschwerdeführende Partei rügt als Verfahrensmangel, die belangte Behörde habe in keiner Weise berücksichtigt, dass der Rechtsvertreter des Erstmitbeteiligten im Zivilverfahren zwischen dem Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei außer Streit gestellt habe, dass ein Werkvertrag zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem Erstmitbeteiligten bestanden habe. Wäre die belangte Behörde auf das diesbezügliche Vorbringen der beschwerdeführenden Partei eingegangen, wäre sie zum Ergebnis gekommen, dass selbst der Erstmitbeteiligte im zivilgerichtlichen Verfahren nie vorgebracht habe, dass ein (freier) Dienstvertrag vorgelegen sei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Pflichtversicherung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ex lege eintritt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0053). Es kommt daher insbesondere auch nicht darauf an, ob die Vertragspartner eines Beschäftigungsverhältnisses allenfalls übereinstimmend der Auffassung sind, dass kein (freier) Dienstvertrag, sondern ein - nicht der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG unterliegender - Werkvertrag vorgelegen sei. Aus dem diesbezüglichen Vorbringen des Erstmitbeteiligten oder seines Rechtsvertreters im Rahmen des - schließlich ohne gerichtliche Entscheidung verglichenen - Zivilverfahrens über strittige Provisionen kann für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht nichts gewonnen werden, zumal die beschwerdeführende Partei auch in diesem Zusammenhang nicht darlegt, dass die tatsächliche Gestaltung der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten vom vertraglich Vereinbarten abgewichen wäre.

7. Soweit die beschwerdeführende Partei rügt, die belangte Behörde hätte nicht ausreichend festgestellt, ob der Erstmitbeteiligte ein Bemühen oder einen Erfolg geschuldet habe, ist wiederum darauf hinzuweisen, dass der Inhalt der zwischen dem Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei geschlossenen Vereinbarung, aus der sich die Verpflichtung zum Bemühen, nicht aber zur Herstellung eines Werks ergibt, von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid festgestellt wurde. Die beschwerdeführende Partei verkennt in ihrem gesamten Beschwerdevorbringen, dass die Frage, zu welchen Leistungen der Erstmitbeteiligte aus der Vereinbarung verpflichtet ist, von der Frage zu unterscheiden ist, in welcher Form die Entlohnung für die Tätigkeit erfolgt. Auch die Rüge, die belangte Behörde habe keine Feststellungen getroffen, dass der Erstmitbeteiligte pro Vertrag bezahlt worden sei und kein Fixum, keine Sonderzahlungen und keine Spesen erhalten habe, geht daher ins Leere.

8. Wenn die beschwerdeführende Partei schließlich vorbringt, die belangte Behörde habe die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen nicht klar und übersichtlich zusammengefasst, so vermag sie die Relevanz dieses Verfahrensmangels nicht aufzuzeigen, zumal sie selbst ihren Rechtsstandpunkt, es habe sich beim Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Erstmitbeteiligten um einen Werkvertrag gehandelt, ausschließlich auf die unstrittige vertragliche Vereinbarung stützt, die allerdings - wie oben dargelegt - ungeachtet ihre Bezeichnung kein Werkvertrag ist.

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

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

Gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof ungeachtet eines - hier vorliegenden - Parteienantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und wenn Art. 6 Abs. 1 EMRK dem nicht entgegensteht.

Der EGMR hat in seiner Entscheidung vom 2. September 2004, Zl. 68087/01 (Hofbauer/Österreich), unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung dargelegt, dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK auch bei Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung oder überhaupt jeglicher Anhörung erfüllt sind, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche oder "technische" Fragen betrifft. Der Gerichtshof verwies im erwähnten Zusammenhang auch auf das Bedürfnis der nationalen Behörden nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Vorgangsweise, das angesichts der sonstigen Umstände des Falles zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung berechtigte.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist hier geklärt. In der vorliegenden Beschwerde wurden keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Art. 6 EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen. Die Entscheidung konnte daher im Sinne des § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 16. März 2011