jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2007/4/25 2005/08/0082

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.04.2007

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
40/01 Verwaltungsverfahren;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

Norm

ABGB §1151;
ASVG §10 Abs1a;
ASVG §357 Abs1;
ASVG §4 Abs4;
ASVG §410 Abs1 Z8;
AVG §38;
GSVG 1978 §194;
GSVG 1978 §194a;
GSVG 1978 §2 Abs1 Z1;
GSVG 1978 §2 Abs1 Z4;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Köller, Dr. Moritz und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der AMC Österreich HandelsgesmbH in Wien, vertreten durch Eiselsberg Natlacen Walderdorff Cancola Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Schwarzenbergplatz 7, gegen den Bescheid der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 8. April 2005, Zl. BMSG-229146/0001-II/A/3/2005, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. M in H; 2. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77; 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65;

4. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund (Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Im Akt befindet sich die Kopie einer "Vereinbarung für nebenberuflich Provisionsberechtigte", abgeschlossen am 27. Februar 2003 zwischen der Beschwerdeführerin und der Erstmitbeteiligten. Diese Vereinbarung hat folgenden Wortlaut:

"1. Gegenstand der Vereinbarung

Diese Vereinbarung wird zum Zweck einer wirtschaftlichen Zusammenarbeit geschlossen. (Die Erstmitbeteiligte) ist berechtigt, im Rahmen ihrer/seiner selbständigen Tätigkeit Produkte der AMC, mit Material (Musterkoffer) und Unterlagen, welche sie/er im Rahmen eines Finanzierungs-Leasing (siehe Pkt. 7) von der AMC erwirbt, in Form von Heimvorführungen bei Kunden zu präsentieren.

2. Tätigkeit

Ob und in welchem Umfang die/der AMC-Vermittlungsberechtigte/r Präsentationsveranstaltungen abhält, hängt allein von ihrem/seinem Willen und ihrem/seinem persönlichen Engagement ab.

3. Entgelt

Die/Der AMC-Vermittlungsberechtigte/r erhält ausschließlich Provisionen durch Vertragsvermittlung (Einkünfte im Sinne des § 23 EStG) nach dem jeweils gültigen AMC Vergütungssystem:

-

Alle Vertragsarten werden nach Ablauf der Rücktrittsfrist des KSchG in der jeweils gültigen Fassung (derzeit 1 Woche) mit 50 % bevorschusst, wobei Verträge binnen 6 Monaten ihre Rechtskraft erlangen müssen.

-

Ansparverträge werden nach Bezahlung von 30 % des Auftragswertes endverprovisioniert.

-

Barverträge werden nach Auslieferung endverprovisioniert.

-

Genehmigte Finanzkaufverträge werden nach Einlangen der Anzahlung auf das PSK-Konto der AMC endverprovisioniert.

-

Bereits bevorschusste und ausbezahlte Provisionen werden im Falle des Auftragsstornos in Abzug gebracht.

-

Sollte aus einer durchgeführten Präsentation kein Provisionsanspruch entstehen, erhalten Sie ein Entgelt nach Maßgabe der gültigen Vergütungsordnung.

4. Wettbewerbe

Zuwendungen aus Wettbewerben sind ausschließlich freiwillige Zuwendungen der AMC, auf welche kein Rechtsanspruch besteht. Ein Umtausch bzw. eine Ablöse in Bargeld sind nicht möglich. Die Teilnahme an von AMC veranstalteten Wettbewerben liegt im Ermessen der/des AMC-Vermittlungsberechtigten.

5. Dauer

Diese Vereinbarung gilt so lange die/der Vermittlungsberechtigte Präsentationsveranstaltungen abhält bzw. dem AMC-Vergütungssystem zugängliche Vermittlungen (Pkt. 3) tätigt.

6. Allgemeines

Die/Der AMC-Berechtigte stellt ihre/seine eigene Infrastruktur (Betriebsmittel) zur Verfügung, wie insbesondere seinen Musterkoffer, Lebensmittel, PKW, Telefon u.a. Sie/Er ist nicht weisungsgebunden und nicht in den Organismus der AMC eingegliedert. Sie/Er unterliegt keinem Konkurrenz- oder Wettbewerbsverbot. Es besteht keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung, insbesonders keine persönliche Arbeitsverpflichtung.

7. Finanzierungs-Leasing (Mustersatzmiete)

Die Mustersatzmiete beträgt EUR 29,- (inkl. MWSt) p.M. und wird 48 Monate lang von der Netto-Auszahlung einbehalten.

Nach dem Erreichen des Gesamtbetrages - EUR 1.392,- inkl. MWSt - geht der Musterkoffer in das Eigentum der/des jeweiligen Vermittlungsberechtigten über. Der Musterkoffer samt Unterlagen ist bei Beendigung des Vertragsverhältnisses vereinbarungsgemäß im zuständigen Büro zurückzustellen.

8. Provisionskaution

Die Berechnung der Provisionskaution erfolgt mit 3 % der abgerechneten Provision als Nettoabzug bis zu einer maximalen Obergrenze laut AMC Vergütungssystem. Im Falle der Auflösung des Vertrages und nach korrekter Abrechnung aller vermittelten Aufträge wird diese Kaution verzinst zurückerstattet.

9. Steuern und Abgaben

Die Berechtigung, im Sinn der vorliegenden Vereinbarung für AMC tätig zu werden, führt nicht zur Versicherungspflicht nach dem ASVG. Die sozialversicherungsrechtlichen und auch steuerlichen Verpflichtungen obliegen ausschließlich der/dem AMC-Vermittlungsberechtigten.

Die Höhe der Provisionen gilt daher unter der Bedingung vereinbart, daß AMC keine Dienstgeberbeiträge abzuführen hat und sich somit der Honoraranspruch nachträglich in dem Ausmaß vermindert, als AMC gegenüber spätere diesbezügliche Ansprüche geltend gemacht werden sollten."

Weiters befindet sich im Akt die Kopie einer "Mustersatz-Regelung", die folgendermaßen lautet:

"1. Die AMC überläßt Ihnen zur Durchführung von Präsentationen einen Mustersatz laut Mustersatzbestätigung.

2. Sie sind verpflichtet, den Ihnen zur Verfügung gestellten Mustersatz entsprechend den Anweisungen der AMC pfleglich und schonend zu behandeln.

Der Mustersatz ist ausschließlich im Rahmen der Präsentationen zu benutzen, d.h., daß nur zwei - von der AMC bestimmte - Gareinheiten zur Demonstration des Garens ohne Zusatz von Wasser bzw. Bratens ohne Zusatz von Fett in Gebrauch genommen werden dürfen.

3. Die Mustersatzmiete beträgt monatlich EUR 29,- inkl. Mehrwertsteuer und wird 48 Monate lang von Ihrer Provisionsabrechnung einbehalten.

Nach dem Erreichen des Gesamtbetrages - EUR 1.392,- inkl. Mehrwertsteuer - gehen die AMC Gar- und Serviereinheiten und Atmosfera zur persönlichen Nutzung in Ihr Eigentum über und Sie erhalten von der AMC Ihren Mustersatz neu bestückt.

Nach Übernahme der neuen Einheiten wird die Berechnung der Miete wie oben fortgesetzt.

4. Bei Beendigung der Zusammenarbeit mit der AMC ist der Mustersatz - sofern er noch nicht in Ihr Eigentum übergegangen ist - unverzüglich an die AMC zurückzustellen. Der Mustersatz muß sich in ordentlichem Zustand befinden. Sollte dieser Verpflichtung nicht rechtzeitig oder nicht vollständig nachgekommen werden, so ist die AMC berechtigt, eine Konventionalstrafe von EUR 363,- bis EUR 872,- zu fordern, unabhängig von der tatsächlichen Höhe des Schadens und einem allfälligen Verschulden. Die AMC ist berechtigt, einen darüber hinausgehenden tatsächlichen Schadensersatz zu verlangen.

Die bis dahin geleistete Mustersatzmiete wird nicht zurückbezahlt. Die AMC behält sich die Geltendmachung von Ansprüchen bei unsachgemäßer Benutzung und/oder unvollständiger Retournierung vor.

5. Im Falle des Diebstahls des Mustersatzes - oder Teilen daraus - ist die sofortige Anzeige bei der nächstgelegenen Polizei- oder Gendarmeriedienststelle zu erstatten. Bei Verlust des Mustersatzes trägt der Mitarbeiter in jedem Fall das volle Risiko."

Mit Schreiben vom 22. Juni 2003, eingelangt bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft am 4. Juli 2003, meldete sich die Erstmitbeteiligte zur Pflichtversicherung als "neue Selbständige" gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG an.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2003 wurde diese Versicherungserklärung von der Sozialversicherungsanstalt der

gewerblichen Wirtschaft der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse zur Abklärung, ob die Tätigkeit der Erstmitbeteiligten eine allfällige Pflichtversicherung als Dienstnehmer oder freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 oder 4 ASVG begründet, übermittelt.

Am 27. August 2003 gab die Erstmitbeteiligte vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse im Wesentlichen zur Protokoll, sie sei Ende Februar 2003 auf Grund eines Zeitungsinserates mit der Beschwerdeführerin in Kontakt getreten. Die Einschulungskurse im Ausmaß von ca. zwei Monaten hätten im Anschluss daran begonnen. Während der Einschulung habe sie Präsentationen gemeinsam mit W. durchgeführt. Es sei auch vorgekommen, dass andere Mitarbeiter der Beschwerdeführerin bei der Präsentation mitgegangen seien. Während der Einschulung habe die Erstmitbeteiligte bereits ein Entgelt erhalten. Zu einer geplanten "Fixanstellung" ab Mai 2003 sei es nicht gekommen, weil die Erstmitbeteiligte die Umsatzgrenzen bzw. eine gewisse Anzahl von Präsentationen innerhalb eines Monats nicht erreicht habe. Unter "Finanzierungsleasing" laut dem Vertrag sei zu verstehen, dass monatlich ein bestimmter Betrag von ihrer Provision einbehalten werde. Zu Beginn ihrer Tätigkeit habe sie einen Musterkoffer von einer früheren Mitarbeiterin übernommen. Der Musterkoffer sei nicht neu gewesen. Zu Punkt 7 des Vertrages sei zu bemerken, dass der Musterkoffer samt Geschirr bei Beendigung des Vertragsverhältnisses zurückgegeben werden müsse. Ihrer Meinung nach bekomme sie die einbehaltenen Kautionen bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht zurück. Zunächst habe die Erstmitbeteiligte von der Beschwerdeführerin eine Kundenkartei erhalten, verbunden mit dem Auftrag, die eingetragenen Kunden zu betreuen bzw. mit ihnen Präsentationstermine zu vereinbaren. Ob die bei Präsentationen zu verkochenden Produkte von der Erstmitbeteiligten beigestellt worden seien, sei je nach Kundenwunsch entschieden worden. Seitens der Beschwerdeführerin sei auch vorgegeben worden, bestimmte Gebiete "zu forcieren". Die Kundenbetreuung erfolge in der Regel über das "Büro", fallweise werde auch der "Präsentator" durch das "Büro" herangezogen, bestimmte Aufträge zu erledigen. Welcher "Präsentator" den Kunden bei Reparaturen oder neuerlichen Wünschen aufsuche, werde vom "Büro" entschieden. Das richte sich danach, wer den Kunden auf kürzestem Wege aufsuchen könne. Kleinere Reparaturen würden auch vor Ort durchgeführt. Solche Kundenbesuche würden nicht gesondert vergütet. Wöchentliche "Meetings" hätten im Büro Salzburg stattgefunden. Dabei seien die Teilnehmer motiviert worden, möglichst hohe Umsatzzahlen zu erreichen. An den "Meetings" hätten meistens drei bis vier Personen teilgenommen. Die "Meetings" hätten regelmäßig Montag Nachmittag stattgefunden und zwei bis drei Stunden gedauert. Es seien Bestellungen abgegeben, Probleme mit Kunden erörtert und Fragen zu den einzelnen Produkten abgeklärt worden. Ansprechpartner bei diesen "Meetings" sei W. gewesen. Die Bestellungen seien ausschließlich bei den "Meetings" zur Weiterbearbeitung W. übergeben worden. Für Präsentationen, bei denen kein Umsatz erzielt worden sei, habe es ebenfalls eine Bezahlung gegeben. Für verkaufte Produkte erhalte die Erstmitbeteiligte einen bestimmten Prozentsatz an Provisionen. Bei der Präsentation würden keine Verkäufe getätigt. Die Erstmitbeteiligte habe bei der Präsentation Termine mit den Besuchern vereinbart, nachher diese Kunden aufgesucht und die Bestellformulare der Beschwerdeführerin ausgefüllt. Sie hätte bei der Bestellung 8 % des Verkaufspreises direkt vom Kunden kassieren können, habe dies aber nie getan. Mit dem weiteren Inkasso und mit der Auslieferung des Geschirrs sei sie nicht befasst gewesen. Neukunden würden in die Kundenkartei der Beschwerdeführerin aufgenommen. Wenn eine Liste "abgearbeitet" sei, hole sich die Erstmitbeteiligte einen neuen Auszug aus der Kundenkartei. Die Zahl der zu knüpfenden Kundenkontakte sei der Erstmitbeteiligten im Wesentlichen freigestellt. Seitens der Beschwerdeführerin sei jedoch "sanft Druck ausgeübt worden", möglichst viele Präsentationen zu machen. Laut Vertrag habe es unter den Mitarbeitern "Wettbewerbe" gegeben. Dabei sei es um das Erreichen bestimmter Umsatzzahlen gegangen. Gegebenenfalls habe man ein Präsent, meist Produkte der Beschwerdeführerin, wie Salzstreuer, Kochlöffel etc., erhalten. Im Musterkoffer habe es zu den einzelnen Produkten genaue Beschreibungen gegeben, die der Präsentator habe beherrschen müssen. Die Produkte hätten sich eher wenig geändert, bei einer Änderung wäre auch der Musterkoffer zu ändern gewesen. Es sei nie darüber gesprochen worden, ob die Erstmitbeteiligte im Zuge einer Präsentation auch andere Produkte hätte verkaufen können. Die Arbeitszeit habe sie sich völlig frei einteilen können. Sie habe wöchentlich ca. zwei Präsentationen abgehalten mit einem Zeitaufwand von jeweils zwei bis drei Stunden ohne Fahrzeit. Sowohl für die Beschwerdeführerin als auch für die Kunden habe sie tagsüber immer erreichbar sein müssen. Ihre Handynummer hätten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Kunden gekannt. Die Erstmitbeteiligte habe weder Telefonkosten noch Fahrtkosten ersetzt bekommen noch habe sie Diäten erhalten. Die Kosten für die Produkte, die für die Präsentationen erforderlich seien, seien auch nicht ersetzt worden. Seitens der Beschwerdeführerin würde danach getrachtet, die Kunden dazu zu animieren, die Zutaten für die Präsentationen selbst zur Verfügung zu stellen. Über das Ende der Beschäftigung sei nicht gesprochen

worden. Die Erstmitbeteiligte sei aber davon ausgegangen, dass es sich um eine "Fixanstellung" handle. Ende Juli habe sie der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie die Präsentationen mit September 2003 beenden werde. Die bereits vereinbarten Präsentationstermine wolle sie aber noch einhalten.

Mit Schreiben vom 8. September 2003 brachte die Beschwerdeführerin in einer Stellungnahme vor, dass die Erstmitbeteiligte auf eigenes Ersuchen eine Kundenliste erhalten habe, was allerdings ein Ausnahmefall gewesen sei. Sie habe wegen eines Wohnsitzwechsels diese Adressenliste erbeten. Die überwiegende Mehrzahl der von der Erstmitbeteiligten getätigten Umsätze bei von ihr persönlich geworbenen Kunden sei im Rahmen ihrer Selbständigkeit begründet. Die organisatorische Einbindung der Erstmitbeteiligten sei auch insofern nicht gegeben, als bei nebenberuflich tätigen Beratern keine telefonische Erreichbarkeitspflicht vorliege und auch die Erstmitbeteiligte tagsüber mit Sicherheit nicht für Zwecke der Beschwerdeführerin habe erreichbar sein müssen. Die Erstmitbeteiligte habe einen Mustersatz mit der Nr. 490 ausgefolgt erhalten, sie entrichte für die Dauer der Vereinbarung eine Mustersatzmiete in der Höhe von monatlich EUR 29,--. Bei Beendigung der Beratervereinbarung sei auch der Mustersatz zu retournieren. Die Kundenbesuche würden von der Erstmitbeteiligten mit ihrem eigenen Pkw durchgeführt. Sie trage auch die Kosten dafür, somit übe sie ihre Tätigkeit mit eigenen Betriebsmitteln aus. Die Erstmitbeteiligte erhalte für jede Präsentation, auch wenn kein Umsatz erzielt werde, EUR 7,--. Sie erhalte damit keine laufende Entlohnung. Wenn sie keine Präsentation mache und keinen Umsatz vermittle, beziehe sie kein Einkommen. Von einem Dauerschuldverhältnis könne nicht gesprochen werden, da die Erstmitbeteiligte nur Entgelt erhalten habe, wenn sie tätig geworden sei und Erfolge erzielt habe. Das Entgelt hänge nicht von tatsächlich geleisteten Stunden ab. Wieviel Zeit die Erstmitbeteiligte benötige, um Erfolg zu haben und damit Entgelt zu erzielen, liege in ihrem Verantwortungsbereich.

Mit Bescheid vom 17. Dezember 2003 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass die Erstmitbeteiligte auf Grund ihrer Verkaufstätigkeit im Außendienst für die Beschwerdeführerin als freie Dienstnehmerin in der Zeit vom 5. März 2003 bis 31. März 2003 der Pflichtversicherung in der Teilversicherung (Unfallversicherung) und seit 1. April 2003 als freie Dienstnehmerin der Pflichtversicherung in der Vollversicherung (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) unterlegen sei.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin Einspruch. Darin führte sie im Wesentlichen aus, die Erstmitbeteiligte habe sich nicht zur Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet. Sie habe sich nicht verpflichtet, Verkaufsveranstaltungen abzuhalten. Es fehle somit die Verpflichtung zu einer Dienstleistung. Wenn sie bereits während der Schulung eine Bezahlung bezogen habe, dann habe sie schon zu dieser Zeit Präsentationen durchgeführt. Diese Präsentationen habe sie bereits nach der "Vereinbarung für nebenberuflich Provisionsberechtigte" abgegolten erhalten, bei Vermittlung eines Umsatzes in Form von Provisionen, bei Präsentationen ohne Vermittlung eines Umsatzes mit einem Aufwandersatz von EUR 7,-- pro Präsentation. Wenn die Erstmitbeteiligte geglaubt habe, für ihre Kunden erreichbar sein zu müssen, könne dies nur deshalb gewesen sein, weil sie sich dadurch bessere Verkäufe und damit mehr Provision erhofft habe. Zu einer Erreichbarkeit für die Kunden habe sie sich nicht verpflichtet. Die Vereinbarung enthalte eine bloße Zusage eines Entgelts für den Fall der Erbringung einer bestimmten Leistung, jedoch keine Verpflichtung zur Tätigkeit. Entgelt sei entsprechend der Vereinbarung bezahlt worden, und die Leistung sei im Wesentlichen persönlich erbracht worden. Als wesentliches Betriebsmittel (neben Auto, Lebensmittel und Telefon) sei der Mustersatz anzusehen. Dieser bestehe aus Töpfen und Pfannen, dem Koffer selbst mit "Flipchart" und Verkaufsmappe. Die Töpfe und Pfannen würden nach Bezahlung von 48 Monatsraten in das Eigentum der Auftragnehmerin übergehen, und sie bekomme den Mustersatz neu bestückt, der Zeitraum von 48 Monaten beginne für den neuen Mustersatz erneut zu laufen. Nur die Teile des Mustersatzes, die nicht in das Eigentum der Auftragnehmerin übergingen, seien der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Die Mustersatzmiete werde nicht erstattet, wenn der Mustersatz inklusive Töpfen und Pfannen zurückgegeben werde, weil die Töpfe und Pfannen noch nicht vollständig abgezahlt seien. Da nahezu ununterbrochen Mustersatzmiete bezahlt werde, sei die monatliche Mustersatzmiete teilweise als Kaufpreis für das wesentliche Betriebsmittel Töpfe und Pfannen und teilweise als Mietentgelt für den Koffer zum Transport und zur Präsentation zu verstehen. Die Auftragnehmerin miete bzw. kaufe somit das wesentlichste Betriebsmittel und verfüge damit darüber.

Mit Bescheid vom 25. Jänner 2005 gab der Landeshauptmann von Oberösterreich dem Einspruch der Beschwerdeführerin Folge und sprach aus, dass die Erstmitbeteiligte nicht als freie Dienstnehmerin anzusehen sei und folglich die Pflichtversicherung laut Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 17. Dezember 2003 nicht

begründet werde.

Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse Berufung.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge und stellte fest, dass die Erstmitbeteiligte auf Grund ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin in der Zeit vom 5. März 2003 bis 31. März 2003 der Pflichtversicherung in der Teilversicherung (Unfallversicherung) gemäß §§ 4 Abs. 4 iVm 5 Abs. 1 Z. 2, Abs. 2 und 7 Z. 3 ASVG unterlegen sei und seit 1. April 2003 der Pflichtversicherung in der Vollversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG unterliege. Nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und von Rechtsvorschriften legte die belangte Behörde in der Begründung im Wesentlichen dar, die Erstmitbeteiligte sei von der Beschwerdeführerin etwa zwei Monate eingeschult worden. Sie habe einen Musterkoffer von einer Kollegin übernommen und dafür Miete bezahlt. Sie sei verpflichtet, den Koffer bei Vertragsbeendigung der Beschwerdeführerin zurückzugeben. Der Erstmitbeteiligten sei eine Kundenkartei mit dem Auftrag übergeben worden, die eingetragenen Kunden zu betreuen bzw. Präsentationstermine zu vereinbaren. Sobald eine Liste abgearbeitet gewesen sei, habe sich die Erstmitbeteiligte einen neuen Auszug aus der Kundenkartei geholt. Seitens der Beschwerdeführerin sei vorgegeben worden, dass bestimmte Gebiete zu forcieren seien. Die Kundenbetreuung erfolge in der Regel über das "Büro", welches auch entscheide, welcher Präsentator den Kunden bei Reparaturen oder neuerlichen Wünschen aufzusuchen habe. Bei wöchentlichen "Meetings" werde die Erstmitbeteiligte "ermuntert", möglichst hohe Umsätze zu erzielen. Im Rahmen dieser Treffen würden Probleme mit Kunden und Fragen zu den einzelnen Produkten abgeklärt sowie Bestellungen zur Weiterbearbeitung übergeben. Die Erstmitbeteiligte sei weder mit dem Inkasso noch mit der Auslieferung des Geschirrs betraut. Die Bezahlung erfolge auf Provisionsbasis. Auch für Präsentationen, bei denen kein Umsatz erzielt werde, gebe es eine Bezahlung. Telefon- und Fahrtkosten würden von der Beschwerdeführerin nicht ersetzt. Die Erstmitbeteiligte könne sich die Arbeitszeit einteilen, müsse aber sowohl für die Beschwerdeführerin als auch für die Kunden tagsüber stets erreichbar sein. Gemäß Punkt 6 der schriftlichen Vereinbarung vom 27. Februar 2003 sei die Erstmitbeteiligte nicht weisungsgebunden und auch nicht in den Organismus der Beschwerdeführerin eingegliedert. Sie unterliege keinem Konkurrenz- oder Wettbewerbsverbot. Es bestehe keine Verpflichtung zu einer persönlichen Arbeitsleistung. Die Erstmitbeteiligte habe angegeben, dass sie sich die Arbeitszeit völlig frei einteilen könne. Ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet sei ihr ebenfalls nicht zugeteilt worden. Es liege eine schriftliche Vereinbarung vor, deren Gegenstand die Präsentation von Geschirr sei. Die Erreichung bestimmter Umsätze habe nichts mit der Frage zu tun, welches Vertragsverhältnis vorliege. Es komme auch nicht darauf an, ob eine solche Verpflichtung bestehe oder nicht. Bestünde eine solche Verpflichtung, spräche dies für das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses bzw. ein Dienstverhältnisses. Nach den niederschriftlichen Angaben habe die Verpflichtung bestanden, telefonisch erreichbar zu sein. Die Erstmitbeteiligte erbringe ihre Leistung im Wesentlichen selbst und erhalte dafür Entgelt für Präsentationen und für die Verkaufsvermittlung. Für Präsentationen ohne Verkäufe erhalte sie pro Präsentation EUR 7,--. Hiebei handle es sich um Entgelt, da damit Arbeitsleistungen abgegolten würden. Eine Aufwandsentschädigung sei weder vereinbart noch bezahlt worden. Die Erstmitbeteiligte habe sich zur Durchführung von nicht näher umschriebenen (bloß gattungsmäßig bestimmten) Heimvorführungen auf unbestimmte Zeit verpflichtet. Ein "Werk" sei dabei nicht ersichtlich. Die Erstmitbeteiligte habe auch angegeben, nur für einen Dienstgeber tätig gewesen zu sein, über keine eigene Unternehmensstruktur zu verfügen und die Präsentationen grundsätzlich selbst abhalten zu müssen. Die Betriebsmittel wie Mustersatz, Kundenkartei, Bestellscheine und Produktbeschreibungen seien von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden. Das eigene Mobiltelefon sei nicht als wesentliches Betriebsmittel anzusehen. Kraftfahrzeuge seien nur dann wesentliche Betriebsmittel, wenn sie ausschließlich betrieblich genützt würden, wofür keine Anhaltspunkte vorlägen. Das Vertragsverhältnis sei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden, somit liege ein Dauerschuldverhältnis vor. § 539a ASVG, der dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und den wahren wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen vor der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes und den Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts den Vorzug gebe, gebiete die Anwendung des § 4 Abs. 4 ASVG, wenn Personen ohne eigene unternehmerische Struktur laufend ihre Arbeitskraft einem Auftraggeber zur Verfügung stellten, dabei aber von den Parteien in Umgehungsabsicht jede Inanspruchnahme einer Dienstleistung als gesondertes "Werk" vereinbart werde. Dasselbe gelte, wenn es der die Dienstleistungen erbringenden Person "freigestellt" werde, ob sie eine ihrer Art nach bestimmte Dienstleistung erbringe oder nicht. Ein Anwendungsfall des § 4 Abs. 4 ASVG liege etwa vor, wenn sich ein Versicherungsvertreter nicht ausdrücklich zum Anwerben von Kunden verpflichtet habe, sondern ihm nur für den Fall von Vertragsabschlüssen Provisionen zugesagt worden seien und er regelmäßig einer solchen Tätigkeit nachgehe. Von einem Missbrauch von

Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts sei jedenfalls auszugehen, wenn der Auftragnehmer die Betriebsmittel vom Auftraggeber miete und die Miete in Form eines höheren Entgelts wieder retourniert erhalte. Die Erstmitbeteiligte habe gebrauchtes Geschirr übernehmen müssen, sodass eine "Miete" in Frage zu stellen sei. In den Vertrag sei lediglich die Berechtigung zur Präsentation und keine Verpflichtung aufgenommen worden. Im Zusammenhang mit den weiteren Vertragsbestimmungen, insbesondere Punkt 5 und Punkt 7, sei dies damit zu erklären, dass die Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG habe umgangen werden sollen. Nach den tatsächlichen Gegebenheiten müsse von einer periodisch wiederkehrenden Leistungsverpflichtung im Umfang von zumindest zwei Präsentationen ausgegangen werden. Folglich liege ein durchlaufendes Dienstverhältnis vor.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete, ebenso wie die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse, einen Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen. Die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt erklärte ausdrücklich, auf die Erstattung einer Gegenschrift zu verzichten. Die übrigen Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 4 ASVG in der hier zeitraumbezogen maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 99/2001 hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

"Vollversicherung

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

...

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer 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.

...

(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 oder nach § 3 Abs. 3 GSVG 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 freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausgeübt wird oder

d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

...

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

Wenn das Entgelt einen im § 5 Abs. 2 ASVG näher genannten Betrag nicht übersteigt, besteht für Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 ASVG gleichgestellte Personen auf Grund des § 5 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit § 7 Z. 3 ASVG eine Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung.

§ 2 GSVG in der hier zeitraumbezogen maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 139/1998 lautet auszugsweise:

"Pflichtversicherung in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung

§ 2. (1) Auf Grund dieses Bundesgesetzes sind, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen pflichtversichert:

...

4. selbständig erwerbstätige Personen, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte im Sinne der §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG 1988), BGBl. Nr. 400, erzielen, wenn auf Grund dieser betrieblichen Tätigkeit nicht bereits Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz oder einem anderen Bundesgesetz in dem (den) entsprechenden Versicherungszweig(en) eingetreten ist. Solange ein rechtskräftiger Einkommensteuerbescheid oder ein sonstiger maßgeblicher Einkommensnachweis nicht vorliegt, ist die Pflichtversicherung nur dann festzustellen, wenn der Versicherte erklärt, daß seine Einkünfte aus sämtlichen der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeiten im Kalenderjahr die in Betracht kommende Versicherungsgrenze (§ 4 Abs. 1 Z 5 oder Z 6) übersteigen werden. In allen anderen Fällen ist der Eintritt der Pflichtversicherung erst nach Vorliegen des rechtskräftigen Einkommensteuerbescheides oder eines sonstigen maßgeblichen Einkommensnachweises im nachhinein festzustellen.

..."

§ 10 ASVG in den hier zeitraumbezogen maßgebenden Fassungen BGBl. I Nr. 140/2002 und 142/2004 lautet auszugsweise wie folgt:

"Beginn der Pflichtversicherung

§ 10. (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, 11 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.

...

(1a) Abweichend von Abs. 1 beginnt die Pflichtversicherung der im § 4 Abs. 4 bezeichneten Personen im Fall der Erlassung eines Bescheides gemäß § 410 Abs. 1 Z 8 mit dem Tag der Erlassung dieses Bescheides.

..."

§ 194a GSVG in der hier zeitraumbezogen maßgebenden Fassung

BGBl. I Nr. 139/1998 lautet:

"Feststellungsbescheid

§ 194a. Der Versicherungsträger hat in Verwaltungssachen auf Antrag mit Bescheid festzustellen, ob die in § 2 Abs. 1 Z 4 erster Satz genannten Voraussetzungen vorliegen. Dabei darf das Vorliegen der Pflichtversicherung gemäß § 4

Abs. 4 ASVG als Vorfrage nicht beurteilt werden. Der Versicherungsträger hat vielmehr die Einleitung des Verfahrens beim zuständigen Krankenversicherungsträger zu beantragen und das eigene Verfahren bis zur Rechtskraft der Entscheidung im Verwaltungsverfahren auszusetzen (zu unterbrechen). Der zuständige Krankenversicherungsträger hat binnen einem Monat ab Zustellung des Antrages des Versicherungsträgers zu entscheiden, widrigenfalls der Versicherungsträger über die Vorfrage selbst zu entscheiden hat. Die Entscheidung über die Vorfrage ist für den darüber als Hauptfrage zur Entscheidung zuständigen Krankenversicherungsträger solange bindend, als er nicht selbst einen Bescheid erläßt (§ 10 Abs. 1a ASVG)."

§ 410 ASVG in den hier zeitraumbezogen maßgebenden Fassungen BGBl. I Nr. 138/1998 und 142/2004 lautet auszugsweise:

"Bescheide der Versicherungsträger

in Verwaltungssachen

§ 410. (1) Der Versicherungsträger hat in Verwaltungssachen, zu deren Behandlung er nach § 409 berufen ist, einen Bescheid zu erlassen, wenn er die sich aus diesem Bundesgesetz in solchen Angelegenheiten ergebenden Rechte und Pflichten von Versicherten und von deren Dienstgebern oder die gesetzliche Haftung Dritter für Sozialversicherungsbeiträge feststellt und nicht das Bescheidrecht der Versicherungsträger in diesem Bundesgesetz ausgeschlossen ist. Hienach hat der Versicherungsträger in Verwaltungssachen insbesondere Bescheide zu erlassen:

...

8. wenn er entgegen einer bereits bestehenden Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG auf Grund ein und derselben Tätigkeit die Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 als gegeben erachtet,

..."

§ 6 GSVG in den hier zeitraumbezogen maßgebenden Fassungen BGBl. I Nr. 103/2001 und 142/2004 lautet auszugsweise:

"Beginn der Pflichtversicherung

§ 6.

...

(4) Bei den im § 2 Abs. 1 Z 4 genannten Personen beginnt die Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung

1. mit dem Tag der Aufnahme der betrieblichen Tätigkeit; hat jedoch der Versicherte die Meldung nicht innerhalb der Frist gemäß § 18 erstattet, mit Beginn des Kalenderjahres, in dem die Beitragsgrundlage die Grenzen des § 25 Abs. 4 Z 2 übersteigt, es sei denn, der Versicherte macht glaubhaft, daß er die betriebliche Tätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt begonnen hat;

2. bei Personen, bei denen die Ausübung der betrieblichen Tätigkeit von einer berufsrechtlichen Berechtigung abhängt, mit dem Tag der Erlangung der maßgeblichen Berechtigung."

Die Beschwerdeführerin bringt vor, auf Grund des § 410 Abs. 1 Z. 8 ASVG dürfe eine Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG nicht rückwirkend festgestellt werden. Es wäre daher zu erheben gewesen, ob auf Grund der maßgeblichen Einkünfte eine Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG begründet worden ist.

Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass sich aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG eindeutig ergibt, dass eine Pflichtversicherung im Sinne dieser Bestimmung nur dann vorliegt, wenn die Tätigkeit nicht bereits eine entsprechende Pflichtversicherung nach dem GSVG oder einem anderen Bundesgesetz (etwa also auch nach § 4 Abs. 4 ASVG) auslöst. Aus der oben dargestellten Rechtslage ergibt sich, dass grundsätzlich sowohl die Pflichtversicherung nach dem ASVG als auch jene nach dem GSVG gleichsam automatisch und ohne bescheidmäßige Feststellung eintreten.

Mit der 23. Novelle zum GSVG, BGBl. I Nr. 139/1998, wurde in das GSVG ein § 194a eingefügt. Die Materialien zu dieser Bestimmung (RV 1235 BlgNR 22. GP, S. 23f) führen dazu Folgendes aus:

"Durch diese Änderung soll Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, die Möglichkeit eröffnet

werden, außerhalb des Verfahrens zur Feststellung der Versicherungspflicht einen Feststellungsbescheid darüber zu erwirken, ob die Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 Z 4 erster Satz GSVG erfüllt sind, obwohl noch nicht feststeht, ob die Versicherungsgrenzen des § 4 Abs. 1 Z 5 oder Z 6 GSVG erreicht werden. Ob eine Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG besteht, kann erst beurteilt werden, wenn die Frage nach dem Bestehen eines Ausnahmegrundes nach § 4 Abs. 1 Z 5 GSVG beantwortet werden kann. Das Bestehen einer solchen Ausnahme von der Pflichtversicherung hängt von der Höhe der Einkünfte im betreffenden Kalenderjahr ab, die mit dem Einkommenssteuerbescheid - somit zwei bis drei Jahre nach dem Eingang der Einkünfte - festgestellt wird. Es besteht jedoch bereits bei der Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit ein Bedürfnis der von diesen Bestimmungen betroffenen Personen nach einer Entscheidung über das Bestehen einer Pflichtversicherung. Nachdem eine solche Entscheidung zu dieser Zeit noch nicht möglich ist, soll zunächst eine Entscheidung darüber ermöglicht werden, ob die Erwerbstätigkeit zu einer Pflichtversicherung führen wird, wenn die erst später feststellbare Höhe der Einkünfte eine Ausnahme nach § 4 Abs. 1 Z 5 GSVG ausschließen sollte. (...)

Im Zuge der Erlassung eines Feststellungsbescheides nach § 194a GSVG hat die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, wenn als Vorfrage das Vorliegen einer Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu beurteilen ist, den zuständigen Krankenversicherungsträger um Einleitung eines entsprechenden Verfahrens zu ersuchen und das eigene Verfahren zu unterbrechen. Um die mit dem Feststellungsbescheid bezweckte und erforderliche Rechtssicherheit gewährleisten zu können, soll die Frist für die Feststellung, ob eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG vorliegt, mit einem Monat beschränkt werden. Entscheidet der Krankenversicherungsträger nicht innerhalb dieser Frist, so geht die Entscheidungsbefugnis auf die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft über. Die Entscheidung des Versicherungsträgers soll sodann solange bindende Wirkung für den Krankenversicherungsträger entfalten, als dieser selbst nicht einen Bescheid erläßt (§ 10 Abs. 1a ASVG). Eine Wiederaufnahme und damit ein Aufrollen des Versicherungsverhältnisses soll aus verwaltungsökonomischen Gründen, aber vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit für Versicherte und Auftraggeber bzw. Dienstnehmer im Falle der Erlassung eines Feststellungsbescheides ausgeschlossen sein."

Der genannten Bindung des Krankenversicherungsträgers und dem Ausschluss der Wiederaufnahme für den vor der Erlassung eines eigenen Bescheids liegenden Zeitraum trägt begleitend § 410 Abs. 1 Z. 8 ASVG Rechnung. Erachtet der Krankenversicherer (später) entgegen einer bereits bestehenden Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG auf Grund ein und derselben Tätigkeit die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG für gegeben, so beginnt diese - nach § 410 Abs. 1 Z. 8 ASVG festzustellende - Pflichtversicherung gemäß § 10 Abs. 1a ASVG erst mit dem Tag der Erlassung des Feststellungsbescheides.

§ 194a GSVG sieht somit ausdrücklich nur für den Fall eines entsprechenden Antrags und solange die Feststellung der Versicherungspflicht nicht möglich ist, die Feststellung von Tatbestandselementen nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG vor. Ebenso nur auf Grund des genannten Antrags ist für den Fall, dass als Vorfrage das Bestehen einer Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu beurteilen ist, ein besonderer, von der Grundregel des (gemäß § 194 GSVG iVm § 357 Abs. 1 ASVG anzuwendenden) § 38 AVG abweichender Verfahrensablauf vorgesehen. Dem Krankenversicherungsträger ist nur in dieser frühen Verfahrensphase unter Ausschluss einer Vorfragenbeurteilung durch die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft Gelegenheit zu geben, über das Vorliegen einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG abzusprechen. Macht er von dieser Befugnis nicht fristgerecht Gebrauch, so soll die Vorfragenbeurteilung durch die Sozialversicherungsanstalt für das laufende Versicherungsverhältnis endgültig maßgebend sein und die Versicherungspflicht gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG so lange bestehen, bis der Krankenversicherungsträger einen Bescheid erlässt, mit dem die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG festgestellt wird (§ 10 Abs. 1a ASVG).

Dies gilt jedoch in Ermangelung einer diesbezüglichen gesetzlichen Grundlage nicht auch außerhalb des gemäß § 194a GSVG eingeleiteten Verfahrens. Eine Gesetzeslücke, die im Sinn einer analogen Anwendung des § 194a GSVG zu schließen wäre, besteht nicht, zumal es der Behörde unbenommen bleibt, für den Fall, dass ein Feststellungsverfahren vor dem Krankenversicherungsträger anhängig ist oder gleichzeitig anhängig gemacht wird, ihr eigenes Feststellungsverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG auszusetzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2007, Zl. 2004/08/0257).

Wie sich aus diesen Darlegungen ergibt, setzt die Heranziehung des § 410 Abs. 1 Z. 8 ASVG voraus, dass bei Säumigkeit der Gebietskrankenkasse zunächst eine Vorfragenbeurteilung durch die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen

Wirtschaft nach dem GSVG erfolgt ist, aufgrund der eine Versicherungspflicht auf Grund des § 4 Abs. 4 ASVG verneint und eine solche nach § 2 Ab s. 1 Z. 4 GSVG bejaht wurde. Dies war hier aber nicht der Fall. § 410 Abs. 1 Z. 8 ASVG und § 10 Abs. 1a ASVG sind daher im gegenständlichen Fall entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht anzuwenden.

Die Beschwerdeführerin macht weiters geltend, sie habe ein "Mustervertragsverhältnis" durch die Wiener Gebietskrankenkasse prüfen und sich auf Grund von deren Aussage, dass keine Pflichtversicherung nach dem ASVG bestehe, darauf verlassen dürfen, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben keine Feststellung der Pflichtversicherung der Erstmitbeteiligten nach dem ASVG, noch dazu rückwirkend, erfolgen würde.

Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass die Beschwerdeführerin nicht einmal behauptet, dass ein rechtskräftiger Abspruch der Wiener Gebietskrankenkasse hinsichtlich der Tätigkeit der Erstmitbeteiligten vorgelegen wäre. Eine bloße Auskunft (und wäre sie auch unrichtig) vermag aber nicht die Wirkung zu haben, dass Bestimmungen des öffentlichen Rechtes auf Grund eines "Grundsatzes von Treu und Glauben", den die Beschwerdeführerin behauptet, nicht mehr zu Anwendung gelangen könnten. Das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin geht daher im hier gegenständlichen Fall in dem nicht ein Verschulden bei einer allfälligen Meldepflichtverletzung zu beurteilen ist, ins Leere.

Des Weiteren beruft sich die Beschwerdeführerin auf das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 28. Oktober 1997, Zl. 4 Ob 316/97t. In diesem Urteil hat der Oberste Gerichtshof die Tätigkeit eines Warenpräsentators als gewerbsmäßig im Sinne der Gewerbeordnung beurteilt. Es führte aus, dass die Ausübung eines freien Gewerbes ohne die erforderliche Anmeldung eine Verwaltungsübertretung begründe und dass das Ausüben eines Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung, die erst den Zugang zur Ausübung ermöglicht, gegen § 1 UWG verstoße. Erspare sich der Betreffende durch die Unterlassung der Gewerbeanmeldung Aufwendungen, dann sei mit dem Verstoß gegen die Gewerbeordnung auch ein sittenwidriger Wettbewerbsvorteil verbunden. Die Beschwerdeführerin legt dar, dass auch die Tätigkeit der Erstmitbeteiligten, ebenso wie jene der Beklagten in dem dem zitierten Urteil des Obersten Gerichtshofes zu Grunde liegenden Fall, bei völlig freier Tätigkeits- und Zeiteinteilung mit der Möglichkeit stattgefunden habe, die Tätigkeit jederzeit abzubrechen, wobei die Tätigkeit im Wesentlichen auf reiner Provisionsbasis erfolgt sei. Auch die Erstmitbeteiligte hätte daher einer Gewerbeberechtigung bedurft, da sie selbständig tätig gewesen sei.

Der Beschwerdeführerin ist einzuräumen, dass die Tätigkeit eines Warenpräsentators möglicherweise eines Gewerbescheines bedarf. Solange ein Warenpräsentator einen solchen Gewerbeschein aber nicht besitzt, ist er nicht nach § 2 Abs. 1 Z. 1 GSVG pflichtversichert, weil er nicht Mitglied einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft ist. Diese Personen sind demnach entweder nach § 4 Abs. 4 ASVG pflichtversichert, wenn sie in einem freien Dienstverhältnis zu einem Dienstgeber stehen, oder nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG. Der Umstand, dass freie Dienstnehmer selbständig erwerbstätig sind und daher unter Umständen einen Gewerbeschein benötigen, spricht somit nicht dagegen, dass die Kriterien des § 4 Abs. 4 ASVG erfüllt sind. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin schließt nicht schon die bloße Tatsache, dass die Tätigkeit als Warenpräsentator zu den freien Gewerben gehört, wenn sie regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag zu erzielen, die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG aus, selbst wenn ein Warenpräsentator ohne die erforderliche Anmeldung bei der Gewerbebehörde tätig wird oder die Anmeldung aus anderen Gründen nicht erforderlich ist. Es ist vielmehr im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 4 Abs. 4 ASVG erfüllt sind.

Die Beschwerdeführerin vertritt aber die Auffassung, dass kein Dienstvertrag, sondern ein Werkvertrag vorgelegen sei; auch damit ist sie nicht im Recht:

Ein Werkvertrag liegt dann vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Bei einem freien Dienstvertrag geht es im Gegensatz dazu um die Verpflichtung, eine Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen zu erbringen, die vom Besteller konkretisiert werden und die - im Gegensatz zum Beschäftigungsverhältnis - ohne persönliche Abhängigkeit des Leistungserbringers vom Arbeitsempfänger vorgenommen werden. Der freie Dienstnehmer muss sich zur kontinuierlichen Arbeitsleistung für bestimmte oder unbestimmte Zeit verpflichten. Die Verpflichtung besteht also darin, gattungsmäßig umschriebene Arbeiten, die von Seiten des Bestellers konkretisiert werden, wiederholt durch einige Zeit hindurch auszuführen. Die Verpflichtung aus

einem Werkvertrag besteht hingegen darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Die beiden Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Ein wiederkehrendes Tätigwerden allein kann allerdings auch im Rahmen einer "Kette" kurzfristiger Werkverträge erfolgen, wobei dann aber jeder einzelne dieser Verträge die Kriterien eines Werkvertrages erfüllen muss. Ein Werkvertrag muss auf einen bestimmten abgrenzbaren Erfolg abstellen und somit einen Maßstab erkennen lassen, nach welchem die Ordnungsgemäßheit der Erbringung des Werkes beurteilt werden kann. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. zur Unterscheidung von Werkvertrag und freiem Dienstvertrag z.B. die hg. Erkenntnisse vom 20. Dezember 2001, Zl. 98/08/0062, vom 5. Juni 2002, Zl. 2001/08/0107 u.a., vom 3. Juli 2002, Zl. 2000/08/0161, vom 13. August 2003, Zl. 99/08/0170, vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0045, vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131, vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0053, und vom 24. Jänner 2006, Zl. 2004/08/0101, jeweils mit weiteren Nachweisen zur Judikatur und Literatur).

Ausgehend von den genannten Grundsätzen ist im vorliegenden Fall weder auf Grund des schriftlichen Vertrages noch auf Grund des von der belangten Behörde festgestellten Sachverhaltes oder auf Grund des Beschwerdevorbringens erkennbar, worin der von der Erstmitbeteiligten zu erreichende Erfolg, die Herstellung eines "Werkes", bestanden haben sollte. Weder ist ersichtlich, dass nach Erreichen eines solchen Erfolges ein Werkvertrag beendet gewesen wäre (und allenfalls ein neuer begonnen hätte), noch kann man erkennen, anhand welcher Kriterien das Erreichen des Erfolges, die Herstellung des Werkes, hätte beurteilt und gemessen werden sollen. Zu bemerken ist schließlich, dass auch dann, wenn bei einer Präsentation im Normalfall kein Umsatz erzielt wurde, eine Bezahlung der Erstmitbeteiligten erfolgte. Es lag daher, anders als in den Fällen der von der Beschwerdeführerin zitierten hg. Erkenntnisse vom 20. Dezember 2001, Zl. 98/08/0062 (Erstellung von Nachträgen für eine bestimmte Stoffliste zu bestimmten Zeitpunkten und Neuausgabe derselben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt), und vom 3. Juli 2002, Zl. 2000/08/0161 (Her

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at