[AZA 7]
H 138/99 Vr

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Bundesrichterin Leuzinger und
nebenamtlicher Richter Walser; Gerichtsschreiberin Weber Peter

Urteil vom 15. September 2000

in Sachen
1. F._____ GmbH,
2. R._____,
Beschwerdeführer, beide vertreten durch Fürsprecher Marc R. Bercovitz, Zentralstrasse 47, Biel,

gegen

Ausgleichskasse Zug, Baarerstrasse 11, Zug, Beschwerdegegnerin,

und

Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Zug

A.- Im Verlauf des Jahres 1996 führte die Ausgleichskasse des Kantons Zug bei der F._____ GmbH Arbeitgeberkontrollen durch. Aufgrund des Prüfungsberichts vom 26. November 1996 erliess die Ausgleichskasse gegenüber der F._____ GmbH am 10. Dezember 1996 eine Nachzahlungsverfügung, mit welcher für die Jahre 1991 bis 1994 paritätische bundes- und kantonalrechtliche Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 23'686. 05 (inkl. Verwaltungskosten und Verzugszins) eingefordert wurden. Erfasst wurden dabei unter anderem Entschädigungen an R._____ im Jahre 1994 im Betrag von Fr. 79'446. -. Dieser war als freier Aussendienstmitarbeiter bzw. Handelsreisender für die F._____ GmbH tätig. Mit separater Verfügung vom 3. März 1997 teilte die Ausgleichskasse R._____ direkt mit, dass die F._____ GmbH mit Verfügung vom 10. Dezember 1996 verpflichtet worden sei, für ihn paritätische Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 10'407. 45 nachzuzahlen.

B.-DievonderF. _____GmbHundvonR. _____hiegegeneingereichtenBeschwerdenwiesdas Verwaltungsgericht des Kantons Zug mit Entscheid vom 11. März 1999 ab, nachdem es die beiden Verfahren vereinigt hatte.

C.- Dagegen lassen sowohl die F._____ GmbH als auch R._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, in Aufhebung des Entscheides des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 11. März 1999 sowie der Verfügung der Ausgleichskasse vom 3. März 1997 sei festzustellen, dass R._____ als Selbstständigerwerbender im Sinne von Art. 9 AHVG gelte. Eventuell sei die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Während die Vorinstanz und die Ausgleichskasse auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen, hat sich das Bundesamt für Sozialversicherung nicht vernehmen lassen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Beschwerdeführer beantragen die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides vom 11. März 1999 sowie der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 3. März 1997. Bei dieser Verfügung handelt es sich indessen nicht um eine selbstständige Beitragsverfügung, sondern um die in Form einer Verfügung erfolgende Mitteilung an R._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2), dass die Beschwerdegegnerin mittels Nachzahlungsverfügung vom 10. Dezember 1996 die F._____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) verpflichtet hat, paritätische Sozialversicherungsbeiträge für im Jahr 1994 ausgerichtete Entgelte zu entrichten. Mit dieser Notifikationsverfügung ist die Beschwerdegegnerin nur der von der Rechtsprechung des Eidgenössischen Ver-

sicherungsgerichts verlangten Auflage nachgekommen, wonach derartige Beitragsverfügungen grundsätzlich dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zu eröffnen sind (BGE 113 V 3 Erw. 2 mit Hinweisen). Eigentliches Anfechtungsobjekt bildet somit die Nachzahlungsverfügung vom 10. Dezember 1996.
Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur soweit eingetreten werden, als Sozialversicherungsbeiträge kraft Bundesrechts streitig sind. Im vorliegenden Verfahren ist daher nicht zu prüfen, wie es sich bezüglich der Beitragsschuld gegenüber der Ausgleichskasse für kantonale Familienzulagen verhält (BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

2.- Soweit die Beschwerdeführer mit ihrem Rechtsbegehren den Erlass einer selbstständigen Feststellungsverfügung über das Beitragsstatut des Beschwerdeführers 2 verlangen, kann auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ebenfalls nicht eingetreten werden.
Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ist eine Feststellungsverfügung zulässig, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Das bedeutet, dass der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung nur dann gegeben ist, wenn die gesuchstellende Person ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung ihres Rechtes hat, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und wenn dieses schutzwürdige Interesse nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 125 V 24 Erw. 1b, 121 V 317 Erw. 4a mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der angefochtenen Nachzahlungsverfügung vom 10. Dezember 1996 um eine rechtsgestaltende Verfügung, mit welcher das Beitragsstatut indirekt festgelegt worden ist. Entgegen der Vorinstanz und den Beschwerdeführern besteht mithin kein Anspruch auf Erlass einer selbstständigen Feststellungsverfügung. Wenn sie auf den Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (ZAK 1986 S. 573 Erw. 1a) verweisen, so gilt zu bemerken, dass dort ein Fall zu beurteilen war, in welchem noch keine Beitragsverfügung ergangen und auch nicht abzusehen war, dass eine solche ohne weiteres bewirkt werden konnte.

3.- Streitig ist vorliegend die Erfassung von R._____ als Unselbstständigerwerbenden, während der die Nachzahlungsverfügung vom 10. Dezember 1996 insgesamt bestätigende vorinstanzliche Entscheid im Übrigen nicht angefochten wird.
Da keine Versicherungsleistungen streitig sind, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob der vorinstanzliche Entscheid Bundesrecht verletzt, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in
Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

4.- Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit (Art. 5 und 9 AHVG sowie Art. 6 ff. AHVV; BGE 122 V 171 Erw. 3, 119 V 161 Erw. 2 mit Hinweisen; vgl.fernerBGE 123 V 162 Erw. 1) zutreffend dargelegt. Zu ergänzen ist, dass nach den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen über die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit Agenten oder Handelsvertreter normalerweise als Arbeitnehmer zu betrachten sind, es sei denn, dass die Gesamtheit der Umstände im Einzelfall für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit spricht. Bei der beitragsrechtlichen Beurteilung kommt es nicht darauf an, ob ein Handelsreisenden- oder Agenturvertrag im obligationenrechtlichen Sinne vorliegt. Vertreter sind im Allgemeinen frei, wie sie ihre Zeit einteilen und ihre Arbeit gestalten wollen; sie haben jedoch selten ein wirtschaftliches Risiko wie ein Unternehmer zu tragen. Ihr Risiko erschöpft sich in der Abhängigkeit von ihrem persönlichen Arbeitserfolg und ist nur dann als Risiko eines Selbstständigerwerbenden zu werten, wenn beträchtliche Investitionen oder Angestelltenlöhne getragen werden müssen (ZAK 1988 S. 377
Erw. 2b, ZAK 1986 S. 121 Erw. 2b und 575 Erw. 2b je mit weiteren Hinweisen).

5.- Nicht streitig ist, dass der Beschwerdeführer 2 auf der Basis eines Vertrages für die Beschwerdeführerin 1 tätig ist, der als Arbeitsvertrag überschrieben ist und in welchem er als Handelsreisender bezeichnet wird. Unter den Parteien ist weiter auch nicht umstritten, dass der Beschwerdeführer 2 als Arbeitnehmer qualifiziert werden müsste, wenn die Bestimmungen des Vertrages integral anwendbar wären. Bei diesem Vertrag handelt es sich, wie die Beschwerdeführer selber einräumen, um einen Musterarbeitsvertrag für Handelsreisende.
Der Beschwerdeführer 2 hat indessen bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, die Parteien seien

bei Abschluss des Vertrages unter Zeitdruck gestanden und hätten deshalb einen Musterarbeitsvertrag für Handelsreisende übernommen, ohne sich über dessen Rechtsnatur wie auch einige den tatsächlichen Verhältnissen widersprechende Bestimmungen grössere Gedanken zu machen. Beide Beschwerdeführer bestätigen dies in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und weisen besonders darauf hin, dass der Beschwerdeführer 2 weisungsunabhängig arbeite und auch in arbeitsorganisatorischer Hinsicht völlig frei von der Beschwerdeführerin 1 sei. Dies betreffe namentlich auch seine Arbeits- und Ferienzeiten. Ebenso bestünden keine finanzierten Weiterbildungsmöglichkeiten. Schliesslich sei der Beschwerdeführer 2 auch völlig frei in der Wahl der von ihm vertriebenen Produkte und Marken. Allerdings sind die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers 2 in der vorinstanzlichen Beschwerdeschrift und der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht in jeder Beziehung deckungsgleich, und es wird in beiden Rechtsschriften jeweils beispielhaft auf besondere Abreden hingewiesen, die nicht mit dem schriftlichen Vertrag übereinstimmen. Letztlich
besteht somit nicht restlos Klarheit darüber, in welchen Punkten vom schriftlichen Vertrag abweichende Vereinbarungen getroffen wurden und wie diese im Einzelnen lauten. Es erscheint auch einigermassen erstaunlich, dass die Beschwerdeführer diesen immerhin aus dem Jahre 1994 stammenden Vertrag bisher offenbar nie an die von ihnen behaupteten tatsächlichen Gegebenheiten angepasst haben.
Indessen braucht die Frage des tatsächlichen Vertragsinhalts dann nicht weiter geprüft zu werden, wenn sich selbst aufgrund der Behauptungen der Beschwerdeführer zum Vertragsinhalt ergibt, dass die Tätigkeit des Beschwerdeführers 2 nicht als selbstständige Erwerbstätigkeit eingestuft werden kann.

6.- a) Die Rechtsprechung geht bei der Einstufung von Agenten oder Handelsvertretern davon aus, dass diese im Allgemeinen frei sind, wie sie ihre Zeit einteilen und ihre Arbeit gestalten wollen. Es wird somit ganz allgemein eine relative arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit angenommen. Seit jeher hat die Rechtsprechung erklärt, dass eine selbstständige Erwerbstätigkeit nur dann gegeben ist, wenn neben diese relative arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit auch noch ein echtes Unternehmerrisiko tritt (vgl. hiezu vorstehend Erw. 5, sowie Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl. , Bern 1996, S. 135 Rz. 4.71). Die Beschwerdeführer können somit nichts zugunsten ihrer Auffassung ableiten, wenn sie dartun, dass der Beschwerdeführer 2 bezüglich der Gestaltung der Arbeits- und Ferienzeiten frei und gegenüber der Beschwerdeführerin 1 überhaupt nicht weisungsgebunden sei. Diese Elemente sprechen nach der Rechtsprechung noch nicht zugunsten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. Anders könnte es sich nur dann verhalten, wenn die arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit über das für die betreffende Tätigkeit übliche Mass hinausgehen würde (vgl. Käser, a.a.0., S. 136 Rz. 4.72). Solche Verhältnisse sind im
vorliegenden Fall nicht dargetan. Insbesondere stellen die Beschwerdeführer nicht in Frage, dass dem Beschwerdeführer 2 ein Verkaufsgebiet zugewiesen ist (Ziff. 3 des Arbeitsvertrages). Bezüglich einer Konkurrenzklausel, deren Fehlen ebenfalls ein Indiz für eine weitergehende Unabhängigkeit sein kann, ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer 2 in einem Fragebogen zuhanden der Ausgleichskasse des Kantons Bern ausgeführt hat, er dürfe aufgrund des mit der Beschwerdeführerin 1 abgeschlossenen Vertrages diese nicht direkt konkurrenzieren. Dagegen stehe es ihm frei, andere Produkte zu vertreiben. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird das Vorhandensein einer Konkurrenzklausel vollständig bestritten. Diese Behauptung steht indessen in klarem Widerspruch zu den vom Beschwerdeführer 2 selber der Ausgleichskasse des Kantons Bern gegenüber schriftlich abgegebenen Erklärungen, bei welchen er zu behaften ist. Es ist somit davon auszugehen, dass er in einem beschränkten Ausmass, aber immerhin gerade in Bezug auf die Produkte, die er für die Beschwerdeführerin 1 vertreibt, einem Konkurrenzverbot untersteht und in dieser Beziehung in der Gestaltung seiner Vertretertätigkeit nicht frei ist.
Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer 2 selber bestätigt, ausschliesslich für die Beschwerdeführerin 1 tätig zu sein. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen, ohne indessen von diesen abhängig zu sein, für die Annahme selbstständiger Erwerbstätigkeit spricht. Massgebend ist dabei nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Auftraggebern anzunehmen, sondern die tatsächliche Auftragslage (BGE 122 V 172 Erw. 3c). Auch wenn der Beschwerdeführer 2 für andere Auftraggeber tätig sein und Produkte vertreiben kann, die diejenigen der Beschwerdeführerin 1 nicht konkurrenzieren, kann deshalb aus diesem Umstand nichts zugunsten einer selbstständigen Tätigkeit abgeleitet werden, da sich die tatsächliche Auftragslage seit Aufnahme der vertraglichen Beziehungen zwischen den Beschwerdeführern so darstellt, dass der Beschwerdeführer 2 ausschliesslich für die Beschwerdeführerin 1 tätig ist.

b) Nach dem Gesagten kann nicht von einer über das für die betreffende Tätigkeit übliche Mass hinausgehenden Unabhängigkeit gesprochen werden. Damit hängt die Frage des Beitragsstatuts des Beschwerdeführers 2 davon ab, ob er ein eigentliches Unternehmerrisiko zu tragen hat.
Der Beschwerdeführer 2 ist, mit einer Ausnahme im ersten Arbeitsjahr, für die Beschwerdeführerin 1 auf reiner Provisionsbasis tätig. Seine Einkünfte sind somit abhängig von seinem persönlichen Arbeitserfolg. Dies gilt rechtsprechungsgemäss nur dann als Risiko eines Selbstständigerwerbenden, wenn beträchtliche Investitionen oder Angestelltenlöhne getragen werden müssen. Beizufügen ist, dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Beschwerdeführer 2 ein eigentliches Delkredere-Risiko zu tragen hat, denn in Art. 12 der vertraglichen Vereinbarung ist festgelegt, dass dieser weder für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Kunden einzustehen hat, noch diesem die Kosten der Einbringung von Forderungen ganz oder teilweise belastet werden dürfen. Ein eigentliches Delkredere-Risiko ist damit gerade wegbedungen worden, und die Beschwerdeführer behaupten nicht, dass diese vertragliche Abmachung nicht anwendbar wäre (vgl. dazu auch ZAK 1986 S. 576 Erw. 3b).

aa) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer 2 in N._____ ein Einfamilienhaus gemietet hat, dabei den oberen Stock zusammen mit seiner Lebenspartnerin und der gemeinsamen Tochter bewohnt und den unteren Stock für seine geschäftliche Tätigkeit eingerichtet hat. Dabei seien zwei Büroräume, ein Showroom zur Vorführung der jeweiligen Sommer- bzw. Winterkollektionen sowie ein Lagerraum eingerichtet worden.
Die Beschwerdeführer kritisieren die Feststellungen der Vorinstanz zum Umfang bzw. zur Angemessenheit dieser geschäftlichen Räumlichkeiten. Entscheidend ist nicht dieser Punkt. Unter dem Aspekt des Unternehmerrisikos ist vielmehr wesentlich, dass es sich um wohnungsfremde Räume handeln muss und dass damit zusätzliche Mietkosten entstehen, die ins Gewicht fallen. Gerade Letzteres hat der Beschwerdeführer 2 nicht dargetan. Er macht nirgends geltend, dieses Haus nur wegen der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 gemietet zu haben und beziffert zudem einen allfälligen Mehraufwand bezüglich der Mietzinsen nicht. Auch wenn die fraglichen Räumlichkeiten über das Ausmass eines normalen Wohnungsraums hinausgehen, bleibt die Tatsache bestehen, dass es sich dabei nicht um wohnungsfremde Räume handelt und ein ins Gewicht fallender zusätzlicher Mietzinsaufwand nicht spezifiziert geltend gemacht wird. Damit kann nicht auf ein entsprechendes Unternehmerrisiko geschlossen werden. Zudem wird nicht vorgetragen, dass der Beschwerdeführer 2 für die Einrichtung dieser Räumlichkeiten besondere Investitionen hätte tätigen müssen.

bb) Weiter führt der Beschwerdeführer 2 an, die nötigen Telekommunikationsmittel auf eigene Rechnung angeschafft zu haben, sowie die Kosten für Marketingkonzepte und Promotionsanlässe selber getragen zu haben. Zahlenmässige Angaben zu diesen Kosten macht er nicht. Er geht davon aus, dass es sich hier um übliche Investitionen handle, die allein schon deshalb als beträchtlich zu qualifizieren seien, weil sie sich im üblichen Rahmen der branchenspezifischen Investitionen halten. Dem kann so nicht gefolgt werden. Die Rechtsprechung verlangt für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ausdrücklich beträchtliche Investitionen. Wie in der bereits zitierten Rechtsprechung mehrfach festgehalten wurde, können die üblichen Einrichtungskosten von Büros in den eigenen Mieträumen in der Regel nicht als erhebliche Investitionen gewertet werden. Diese müssen auch in absoluten Zahlen erheblich sein, um ein Unternehmerrisiko begründen zu können. Der Beschwerdeführer 2 hat derartige, ins Gewicht fallende Investitionen weder belegt noch beziffert. Beizufügen ist zudem, dass dem Beschwerdeführer 2 aufgrund von Art. 11 des Vertrages mit der Beschwerdeführerin 1 im ersten Jahr eine Provision von Fr. 72'000. - garantiert wurde, was es ihm entsprechend
seinen eigenen Angaben ermöglichte, die üblichen Einrichtungskosten zu finanzieren. Auch wenn diese Kosten damit letztlich zu seinen Lasten gingen, war es für ihn doch wirtschaftlich gesehen nicht nötig, eigene Mittel für den Aufbau seiner geschäftlichen Aktivitäten zu investieren. Ein eigentliches Unternehmerrisiko war damit noch entsprechend reduziert.

cc) Was überdies die vom Beschwerdeführer 2 zu tragenden Auto- und Reisekosten anbelangt, ist in Anwendung der Rechtsprechung festzustellen, dass die Tatsache, dass ein Reisevertreter für die aus der Reisetätigkeit entstehenden Unkosten selber aufzukommen hat, dessen Qualifizierung als Unselbstständigerwerbender nicht entgegensteht (ZAK 1988 S. 378).

dd) Bereits im vorinstanzlichen Verfahren hat der Beschwerdeführer 2 ausgeführt, dass er für spezielle Anlässe wie Messen oder lokale Sportveranstaltungen Helfer benötige, welche temporär von ihm angestellt werden und zum Teil ehrenamtlich helfen, teils mit Produkten aus dem Sortiment der F._____ GmbH entschädigt werden und teils gegen bescheidenes Entgelt arbeiten. Er macht damit geltend, dass er Angestelltenlöhne zu tragen habe. Ein eigentliches Unternehmerrisiko vermögen diese aber nicht zu begründen. Der Beschwerdeführer 2 zieht die von ihm erwähnten Helfer nur fallweise und gelegentlich zu im Rahmen eines temporären Arbeitsverhältnisses. Zudem hat er selber ausgesagt, dass diese Helfer zum Teil ehrenamtlich arbeiten oder mit Produkten aus dem Sortiment der F._____ GmbH entschädigt werden. Ins Gewicht fallende Lohnkosten sind damit nicht dokumentiert, was aber nötig wäre, damit diese Kosten als eigentliches Unternehmerrisiko qualifiziert werden könnten.

7.- Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, wenn sie in Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss gelangt ist, dass diejenigen Elemente überwiegen, welche für die Annahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit sprechen.

8.- Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 134 OG e contrario; Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

II. Die Gerichtskosten von Fr. 1’000. - werden den Beschwerdeführern auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Sozialversicherungsrechtliche Kammer, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 15. September 2000

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: