

TE Vwgh Erkenntnis 2012/12/19 2009/08/0254

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.12.2012

Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

Norm

ASVG §35 Abs1;

ASVG §68 Abs1;

1. ASVG § 35 heute
 2. ASVG § 35 gültig ab 10.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2019
 3. ASVG § 35 gültig von 01.01.2016 bis 09.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 144/2015
 4. ASVG § 35 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
 5. ASVG § 35 gültig von 01.01.2011 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2010
 6. ASVG § 35 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
 7. ASVG § 35 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
 8. ASVG § 35 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
 9. ASVG § 35 gültig von 01.07.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 411/1996
1. ASVG § 68 heute
 2. ASVG § 68 gültig ab 01.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2010
 3. ASVG § 68 gültig von 01.07.2010 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2010
 4. ASVG § 68 gültig von 01.01.1992 bis 30.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 676/1991

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter, sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der U GmbH in I, vertreten durch Dr. Bernhard Haid, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Universitätsstraße 3, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 16. September 2009, Zl. BMSK-220326/0001-II/A/3/2009, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Tiroler Gebietskrankenkasse in 6020 Innsbruck, Klara-Pölt-Weg 2-4, 2. S K in N, 3. J B, 4. R E, 5. V H in P, 6. L D, 7. M K, 8. K K, 9. K K, Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter, sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der U GmbH in römisch eins, vertreten durch Dr. Bernhard Haid, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Universitätsstraße 3, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 16. September 2009, Zl. BMSK-220326/0001-

II/A/3/2009, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Tiroler Gebietskrankenkasse in 6020 Innsbruck, Klara-Pölt-Weg 2-4, 2. S K in N, 3. J B, 4. R E, 5. römisch fünf H in P, 6. L D, 7. M K, 8. K K, 9. K K,

1. 10.Ziffer 10

S L, 11. J M, 12. M M, 13. V M, 14. R P, 15. P R, 16. V T S L, 11. J M, 12. M M, 13. römisch fünf M, 14. R P, 15. P R, 16. römisch fünf T,

2. 17.Ziffer 17

J U in Wien, 18. R W in T, 19. V J, 20. T W in F, 21. K Z in T, 22. Z S, 23. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 24. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65-67, 25. M M in S), zu Recht erkannt: J U in Wien, 18. R W in T, 19. römisch fünf J, 20. T W in F, 21. K Z in T, 22. Z S, 23. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 24. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65-67, 25. M M in S), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 28,70 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Zum Sachverhalt und zur Vorgeschichte des Beschwerdefalles ist zunächst auf das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2007, Zl. 2004/08/0127, zu verweisen. Jenem Verfahren lag ein Bescheid der belangten Behörde vom 24. Mai 2004 zugrunde, mit dem ausgesprochen worden war, dass 27 namentlich angeführte Dienstnehmer in näher angeführten Zeiträumen nicht bei der dort erstmitbeteiligten Partei, deren Rechtsnachfolgerin die hier beschwerdeführende Partei ist, sozialversicherungs- und arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt gewesen seien. Aufgrund einer Beschwerde der hier mitbeteiligten Gebietskrankenkasse wurde dieser Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof in jenem Erkenntnis aus:

"Für die Dienstgebereigenschaft ist wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12325/A). Die belangte Behörde geht der Sache nach davon aus, dass die mitbeteiligten Fahrzeuglenker in einem Betrieb beschäftigt gewesen sind, der im Wesentlichen aus den von den mitbeteiligten Lenkern gefahrenen Lastkraftwagen bestanden haben dürfte, die in den fraglichen Zeiträumen - den Feststellungen der belangten Behörde zufolge - im Eigentum der erstmitbeteiligten Partei standen, deren Behauptungen zufolge an die 'belgische U' ... vermietet gewesen und in Belgien zum Verkehr zugelassen gewesen sind. Über diese Lastkraftwagen scheint überwiegend in Österreich, und zwar am Standort der erstmitbeteiligten Partei verfügt worden zu sein, und zwar von Personen, die sowohl bei der erstmitbeteiligten Partei als auch bei der 'belgischen U' Funktionen innehatten. Die Beantwortung der Frage, ob die erstmitbeteiligte Partei Dienstgeberin der mitbeteiligten Lenker gewesen ist, hängt daher maßgeblich davon ab, ob der solcherart konstituierte Betrieb der erstmitbeteiligten Partei wirtschaftlich zuzurechnen ist, d.h. ob die in Rede stehenden LKWs auf ihre Rechnung und Gefahr betrieben worden sind, mit anderen Worten, ob die erstmitbeteiligte Partei aus den in diesem Zusammenhang getätigten Umsatzgeschäften berechtigt und verpflichtet wurde (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 3. Juli 2002, Zl. 99/08/0173, und vom 20. November 2002, Zl. 98/08/0017). Wer berechtigt und verpflichtet wird ist eine Rechtsfrage, die aufgrund rechtlicher Gegebenheiten (z.B. Eigentum am Betrieb) beantwortet werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. April 2004, Zl. 2001/08/0130), wobei eine Änderung dieser Zuordnung durch Rechtsakte möglich ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2002, Zl. 98/08/0017)."Für die Dienstgebereigenschaft ist wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft vergleiche , das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12325/A). Die belangte Behörde geht der Sache nach davon aus, dass die mitbeteiligten Fahrzeuglenker in einem Betrieb beschäftigt gewesen sind, der im Wesentlichen aus den von den mitbeteiligten Lenkern gefahrenen Lastkraftwagen bestanden haben dürfte, die in den fraglichen Zeiträumen - den

Feststellungen der belangten Behörde zufolge - im Eigentum der erstmitbeteiligten Partei standen, deren Behauptungen zufolge an die 'belgische U' ... vermietet gewesen und in Belgien zum Verkehr zugelassen gewesen sind. Über diese Lastkraftwagen scheint überwiegend in Österreich, und zwar am Standort der erstmitbeteiligten Partei verfügt worden zu sein, und zwar von Personen, die sowohl bei der erstmitbeteiligten Partei als auch bei der 'belgischen U' Funktionen innehatten. Die Beantwortung der Frage, ob die erstmitbeteiligte Partei Dienstgeberin der mitbeteiligten Lenker gewesen ist, hängt daher maßgeblich davon ab, ob der solcherart konstituierte Betrieb der erstmitbeteiligten Partei wirtschaftlich zuzurechnen ist, d.h. ob die in Rede stehenden LKWs auf ihre Rechnung und Gefahr betrieben worden sind, mit anderen Worten, ob die erstmitbeteiligte Partei aus den in diesem Zusammenhang getätigten Umsatzgeschäften berechtigt und verpflichtet wurde vergleiche , die hg. Erkenntnisse vom 3. Juli 2002, Zl. 99/08/0173, und vom 20. November 2002, Zl. 98/08/0017). Wer berechtigt und verpflichtet wird ist eine Rechtsfrage, die aufgrund rechtlicher Gegebenheiten (z.B. Eigentum am Betrieb) beantwortet werden kann vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 21. April 2004, Zl. 2001/08/0130), wobei eine Änderung dieser Zuordnung durch Rechtsakte möglich ist vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 20. November 2002, Zl. 98/08/0017).

Die belangte Behörde hat zu diesen Fragen aber keine Feststellungen getroffen. Ohne derartige Feststellungen lässt sich aber die Frage, ob die mitbeteiligten Lenker zur erstmitbeteiligten Partei in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden sind, nicht beantworten."

Im fortgesetzten Verfahren holte die belangte Behörde ein Gutachten eines Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters, Dr. K, ein. Mit dem nunmehr angefochtenen Ersatzbescheid gab sie der Berufung der beschwerdeführenden Partei gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 63 VwGG teilweise Folge und stellte fest, dass die in einer "Anlage Neu" angeführten Fahrer "nur in den dort angeführten Zeiträumen bei der Dienstgeberin U GmbH & Co KG sozialversicherungs- und arbeitslosenversicherungspflichtig gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 AIVG" beschäftigt gewesen seien. Im fortgesetzten Verfahren holte die belangte Behörde ein Gutachten eines Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters, Dr. K, ein. Mit dem nunmehr angefochtenen Ersatzbescheid gab sie der Berufung der beschwerdeführenden Partei gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG in Verbindung mit Paragraph 63, VwGG teilweise Folge und stellte fest, dass die in einer "Anlage Neu" angeführten Fahrer "nur in den dort angeführten Zeiträumen bei der Dienstgeberin U GmbH & Co KG sozialversicherungs- und arbeitslosenversicherungspflichtig gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, ASVG und Paragraph eins, Absatz eins, AIVG" beschäftigt gewesen seien.

Diese - dem angefochtenen Bescheid angeschlossene - "Anlage Neu" lautet:

"Dienstnehmer

Zeitraum der Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG

B J

01.07.2000-31.07.2000

D L

01.05.2000-15.10.2000

E R

keine Pflichtversicherung zur U KG im streitgegenständlichen Zeitraum

G H

16.07.2000-31.08.2000

H V H römisch fünf

01.12.2000-31.12.2000

K M

01.05.2000-31.05.2000

K J

24.02.2001- 20.03.2001

K J

01.05.2000-30.09.2000

K K

01.05.2000-28.05.2000

K K

01.07.2000-30.11.2000

K J

01.11.2000-01.01.2001

K S

01.09.2000-20.09.2000

K G

keine Pflichtversicherung zur U KG im streitgegenständlichen Zeitraum

L S

01.05.2000-30.06.2000

M M

keine Pflichtversicherung zur U KG im streitgegenständlichen Zeitraum

M J

01.11.2000-01.01.2001

M M

01.06.2000-31.10.2000

M V M römisch fünf

24.02.2001-14.03.2001

P R

keine Pflichtversicherung zur U KG im streitgegenständlichen Zeitraum

R P

01.10.2000

T V T römisch fünf

01.05.2000-01.11.2000

U J

01.11.2000-28.02.2001

J V J römisch fünf

27.08.2001-31.08.2001

W R

29.11.1999-15.02.2000

W T

keine Pflichtversicherung zur U KG im streitgegenständlichen Zeitraum

Z K

01.10.1999- 18.10.1999

keine Pflichtversicherung zur U KG im streitgegenständlichen Zeitraum"

Zu den Verfahrensparteien führte die belangte Behörde aus, dass die von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse als Dienstgeberin herangezogene U GmbH & Co KG (im Folgenden: U KG) mit 9. September 2009 gelöscht worden sei: laut Firmenbuchauszug habe eine Vermögensübernahme gemäß § 142 UGB an die beschwerdeführende Partei stattgefunden. Es habe daher eine Gesamtrechtsnachfolge von der U KG auf die beschwerdeführende Partei stattgefunden und sei diese nunmehr Partei des Verfahrens. Die Frage der Dienstgebereigenschaft sei allerdings zeitraumbezogen zu betrachten. Zu den Verfahrensparteien führte die belangte Behörde aus, dass die von der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse als Dienstgeberin herangezogene U GmbH & Co KG (im Folgenden: U KG) mit 9. September 2009 gelöscht worden sei: laut Firmenbuchauszug habe eine Vermögensübernahme gemäß Paragraph 142, UGB an die beschwerdeführende Partei stattgefunden. Es habe daher eine Gesamtrechtsnachfolge von der U KG auf die beschwerdeführende Partei stattgefunden und sei diese nunmehr Partei des Verfahrens. Die Frage der Dienstgebereigenschaft sei allerdings zeitraumbezogen zu betrachten.

Zu den "Gesellschaftsverhältnissen" der beschwerdeführenden Partei führte die belangte Behörde aus, die beschwerdeführende Partei sei Komplementärin der damaligen U KG gewesen und habe als reine - nicht am Vermögen beteiligte - Geschäftsführungsgesellschaft fungiert. Handelsrechtlicher Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei sei U S. gewesen; dieser sei somit auch "Geschäftsführer der U KG" gewesen. Im streitgegenständlichen Zeitraum seien U S., die U S. BeteiligungsverwaltungsgmbH, M G., die M G. BeteiligungsverwaltungsgmbH, die U GüterbeförderungsgmbH und die U BeteiligungsverwaltungsgmbH (an der KG) als KommanditistInnen beteiligt gewesen. Alle Beteiligungen ließen sich auf drei natürliche Personen, nämlich M G., U S. und P G. zurückführen.

Bei der U S.A. handle es sich um eine Aktiengesellschaft nach belgischem Recht, Aktionäre seien die U GüterbeförderungsgmbH, P G. und U S. gewesen. Dem Verwaltungsrat der U S.A. hätten seit 1998 in den streitgegenständlichen Zeiträumen U S., P G. und M G. angehört. Zum delegierten Verwalter - diese Funktion entspreche dem Geschäftsführer nach österreichischem Recht - sei U S. bestellt worden. U S. sei sohin für alle operativ tätigen Gesellschaften der U-Gruppe der alleinige Geschäftsführer bzw. delegierte Verwalter gewesen. U S. habe sich in seiner Eigenschaft als delegierter Verwalter in unterschiedlichem Ausmaß in Belgien aufgehalten, manchmal fünf- bis sechsmal im Monat (durchschnittlich etwa zwei bis drei Mal).

Die damalige U KG mit Sitz in T sei im streitgegenständlichen Zeitraum im grenzüberschreitenden Güterbeförderungsgewerbe tätig gewesen und habe zu diesem Zweck, ebenso wie die U S.A., LKW-(Fern-)Fahrer beschäftigt.

Im Gutachten des Wirtschaftstreuhanders Dr. K. sei dargelegt worden, dass... (Unterstreichungen und Schreibweise wie im angefochtenen Bescheid):

"

- -Strichaufzählung
die belgische U S.A. in Belgien als eigenständiges Unternehmen betrachtet werden kann. Die Gesellschaft war im Handelsregister registriert, hat eine ordnungsgemäße Buchhaltung geführt und jährlich Jahresabschlüsse in Belgien erstellt. Die Gesellschaft hat Einkommens- und Umsatzsteuer sowie sonstige Abgaben abgeführt.
- -Strichaufzählung
Fahrzeuge waren auf die U S.A. angemeldet und auch in Belgien haftpflichtversichert.
- -Strichaufzählung
Die U S.A. hat sämtliche Fahrzeuge von der österreichischen U KG angemietet, die Wartungen der LKWs wurden ebenfalls von der österreichischen an die belgische Gesellschaft verrechnet.
- -Strichaufzählung
Das Personal wurde zum Großteil über die belgische Gesellschaft abgerechnet, Arbeitsspitzen wurden im Verrechnungsweg ausgeglichen. Hier wurden sowohl Personalkosten von Österreich nach Belgien als auch umgekehrt verrechnet. Die Verrechnung aller Kosten bzw. Einnahmen wurde exakt vorgenommen und der jeweiligen Gesellschaft zugeordnet.

- -Strichaufzählung

Die von der (belangten Behörde) gestellte Frage, welches Unternehmen die Transportleistungen der LKW-Lenker den Kunden in Rechnung gestellt (Pkt. 4.1.1.) habe, wurde vom Gutachter so beantwortet, dass, am Beispiel des Wirtschaftsjahres September 1999 - August 2000 betrachtet, sämtliche Erlöse der U S.A. an die U KG verrechnet wurden. Alle Erlöse wurden gegen das Verrechnungskonto U KG gebucht und folglich auch an die U KG verrechnet oder dieser gutgeschrieben. Im Wirtschaftsjahr 2000/2001 wurde ebenfalls der Großteil der Erlöse von der U S. A. an die U KG R verrechnet. Der Gutachter fasst wie folgt zusammen: Fakturiert wurden sämtliche Erlöse an die Endkunden direkt von der U KG R, wurde ein Transport von der U S. Die von der (belangten Behörde) gestellte Frage, welches Unternehmen die Transportleistungen der LKW-Lenker den Kunden in Rechnung gestellt (Pkt. 4.1.1.) habe, wurde vom Gutachter so beantwortet, dass, am Beispiel des Wirtschaftsjahres September 1999 - August 2000 betrachtet, sämtliche Erlöse der U S.A. an die U KG verrechnet wurden. Alle Erlöse wurden gegen das Verrechnungskonto U KG gebucht und folglich auch an die U KG verrechnet oder dieser gutgeschrieben. Im Wirtschaftsjahr 2000 aus 2001, wurde ebenfalls der Großteil der Erlöse von der U S. A. an die U KG R verrechnet. Der Gutachter fasst wie folgt zusammen: Fakturiert wurden sämtliche Erlöse an die Endkunden direkt von der U KG R, wurde ein Transport von der U S.

A. durchgeführt, so hat die U S. A. anteilig (z.B. 81%) des Umsatzes lukriert.

- -Strichaufzählung

Zu der Frage, von wem die durch die Leistungserstellung verursachten Aufwendungen (Pkt. 4.1.2.) getragen wurden, wurde ausgeführt, dass die Aufwendungen bzw. Kosten, die in der U S. A. angefallen seien, zum Teil an die U KG und zum Teil von den Lieferanten direkt an die U S. A. verrechnet wurden seien. Der Großteil der von der U KG an die U S. A. verrechneten Aufwendungen sind folgende Kosten:

LKW-Mieten: diese wurden zur Gänze von der U KG an die U S.A. verrechnet (Anmerkung der (belangten Behörde) die LKWs standen im Eigentum der U KG und waren an die U S. A. vermietet),

Wartungsgebühren diese wurden ebenfalls zur Gänze von der U KG an die U S.A. verrechnet, die U S. A. hat auch direkt Reparaturaufwendungen getragen.

Treibstoffe: die Treibstoffkosten der U S.A. wurden zu 94 % von der U KG verrechnet, die restlichen 6 % wurden von Fremdfirmen an die U S. A. verrechnet.

- -Strichaufzählung

Zu den Personalkosten (Pkt. 4.1.2): zu 1999/2000:

Die Personalkosten wurden ebenfalls zum Teil von der U KG an die U S. A. Belgien verrechnet. Für die Monate September 1999 - April 2000 wurden insgesamt ATS 884.000 an Personalkosten von der U KG an die U S. A. verrechnet. Dabei handelt es sich um Fahrer, die in der österreichischen U KG angestellt waren, jedoch LKWs der belgischen U lenkten. Pro Fahrer wurde ein Betrag von ATS 40.000 von der U KG an die U S.A. verrechnet.

Im Gegenzug wurde von der U S. A. ebenfalls Personal an die

U KG in der Höhe von ATS 520.000 die Monate Mai bis August verrechnet. Im Wirtschaftsjahr 2000/2001 wurden ebenfalls Personalkosten für den Zeitraum Mai bis August von der U KG an die U KG in der Höhe von ATS 520.000 die Monate Mai bis August verrechnet. Im Wirtschaftsjahr 2000 aus 2001, wurden ebenfalls Personalkosten für den Zeitraum Mai bis August von der U KG an die

U S. A. Belgien in der Höhe von ATS 828.000 verrechnet, diese wurden schließlich mit den LKW-Kosten zusammengefasst. Im Gegenzug wurde von der U S. A. ebenfalls Personal an die U KG in der Höhe von ATS 1,18 Mio die Monate September 2000 bis August 2001 verrechnet.

- -Strichaufzählung

Hinsichtlich der Frage, welches Unternehmen das Gewährleistungs- und Ausfallsrisiko getroffen hat, wurden im Gutachten folgende Feststellungen getroffen (Punkt 4.1.3):

Vorangestellt wurde, dass die U S.A. de facto nur Subtransporte für die U KG durchgeführt hat die Transportleistungen, die an die Kunden erbracht worden seien, haben die U KG durchgeführt. Die U KG R hat wiederum die U S.A. mit den Transporten beauftragt. Das Gewährleistungs- und Ausfallsrisiko gegenüber dem Endkunden kann daher nur bei der U KG in R liegen.

- -Strichaufzählung

Eine Darstellung der Verflechtung der beiden Betriebe miteinander ist aus der Darstellung zu Punkt 4.1.6 des Gutachtens abzulesen, wobei sowohl in der U S. A. als auch in der

U KG die U GüterbeförderungsgmbH auftritt in der letzteren Gesellschaft als Kommanditistin, in der ersteren Gesellschaft als Aktionärin, weitere Personen die in beiden Gesellschaften aufgetreten sind: Herr U (S.) und Herr P (G.), weiters ist auch noch Frau M (G.) als Kommanditistin der U KG und die Familie (G.) Privatstiftung gesellschaftlich beteiligt.

Unter Punkt 4.1.6.2 gibt der Gutachter an, dass die beiden Gesellschaften wirtschaftlich sehr eng miteinander verbunden sind. Betriebswirtschaftlich (und vereinfacht) betrachtet stelle sich die Verrechnung wie folgt dar: Die U S. A. in Belgien steht unter der Leitung der U KG.

Die U S. A. hat die LKW angemietet. Die U KG organisiert zum überwiegenden Teil Aufträge für die U S.A. Die U S.A. führt von der KG übernommene Transportaufträge als Subunternehmer durch."

Zusammenfassend werde daher festgehalten, dass es sich, wenn ein Frachtauftrag durch einen belgischen LKW durchgeführt worden sei, um einen Subunternehmerauftrag der U KG an die U S.A. gehandelt habe. Dazu würden von der belgischen Gesellschaft Fahrzeuge von der U KG angemietet. Personal werde zum Teil von der belgischen Gesellschaft selbst angestellt oder von der U KG angemietet. Im Gegenzug werde auch von der U S.A. angestelltes Personal an die U KG vermietet.

Auch bei vielen anderen Tätigkeiten bestehe eine enge Verknüpfung: es würden zum Teil auch andere Kosten wie Treibstoffe, Straßenverkehrsabgaben und Wartungsgebühren von der U KG an die U S.A. verrechnet, die Verrechnungen würden aus Sicht des Gutachters zwischen den Gesellschaften exakt getrennt und die Weiterverrechnungen sehr gewissenhaft (leistungsbezogen) vorgenommen. Die U S.A. habe aber auch Leistungen (bzw. Kosten) selbst in Anspruch genommen, so seien unter anderem Treibstoffe, Reparaturen, "Ecopoints" und LKW-Versicherungen direkt von den Lieferanten an die U S.A. verrechnet worden.

Hinsichtlich der - betriebswirtschaftlichen - Zurechnung der Betriebsmittel führte die belangte Behörde aus, dass die wesentlichen Betriebsmittel die LKW und die Auflieger seien; die LKW seien zu 100% im Eigentum der U KG R gewesen, diese habe die Fahrzeuge an die U S. A. vermietet. Die U S.A. sei nicht selbständig am Markt aufgetreten, um eigene Transportaufträge zu lukrieren. Nahezu 100% der Transportaufträge würden als Subunternehmer für die U KG durchgeführt. Die U S.A. sei mit keinem eigenen Anlagevermögen ausgestattet gewesen, das notwendige Betriebsvermögen sei von der U KG angemietet worden.

Die "belgische Gesellschaft" (gemeint: die U S.A.) sei unter anderem zum Zweck der Lukrierung von Transportgenehmigungen, sogenannten CEMT-Genehmigungen im EU-Raum, gegründet worden. Sie habe im verfahrensgegenständlichen Zeitraum daher auch selbst LKW einzusetzen gehabt und habe somit auch über eigenes fahrendes Personal verfügen müssen, da diese (CEMT-Genehmigungen) jeweils nur von der berechtigten Gesellschaft selbst genutzt werden hätten können.

Die U S.A. habe ihren Sitz in Belgien, 4731 R, L-Straße 329, in einem an diese belgische Firma vermieteten Büro (etwa 20 - 25 m2) im Wohnhaus des E K., der selbst von diesem Privathaus aus ein Transportunternehmen betreibe und die Firma in Belgien vertrete, ohne dass sich dort eine für ein Transportgewerbe typische Infrastruktur wie Parkplätze oder Serviceeinrichtungen befunden hätten. Die U S.A. sei nach belgischen Vorschriften als Frachtfirma zugelassen, im belgischen Handelsregister eingetragen und bei der "sozialen Sicherheit" in Belgien angemeldet und verfüge über Transportgenehmigungen für rund 15 Motorfahrzeuge und 17 Auflieger, die in Belgien angemeldet seien. Die Aufgaben von E K. seien die Beantragung von Beschäftigungsbewilligungen für Nicht-EU Fahrer, die Erlangung von Transportgenehmigungen und Kundenkontakte. Teilweise disponiere er auch für die belgische U S.A. und führe sonstige Behördengänge durch.

Die Buchhaltung der belgischen Firma werde von M G. als Angestellter der P Steuerberatungsgesellschaft m.b.H. & Co. KG in Österreich erstellt. Die Lohnverrechnung sowie Jahresabschlüsse würden hingegen in Belgien durch "H. H & Co PGmbH, Steuerberater" erstellt.

Die Lohnauszahlung an nicht belgische Fahrer habe bis ca. Oktober 2000 durch die U KG im Auftrag der U S.A. bar oder im Überweisungswege erfolgt, da die belgische U S.A. der beschwerdeführenden Partei gegenüber einerseits regelmäßig große Forderungen gehabt habe, die damit befriedigt würden, andererseits innerhalb der U-Gruppe eine "Clearingvereinbarung" zwecks Ersparnis von Auslandsüberweisungsspesen und Verkürzung der Bankwege in der Form bestehe, dass für Österreich Lohnauszahlungen im Verrechnungswege durch die beschwerdeführende Partei erfolgt seien (bloße Zahlungsfunktion). Die diesbezüglichen Lohnauszahlungen seien mit Forderungen der belgischen U S.A. aus Subfrachtlöhnen gegenverrechnet und in den jeweiligen Buchhaltungen datums- und spiegelgleich verbucht worden.

Seit Oktober 2000 verfüge die U S.A. aber neben ihren Bankkonten in Belgien auch über ein eigenes Bankkonto in Österreich und es würden daher die Löhne an nicht belgische Fahrer seither nicht mehr über die beschwerdeführende Partei ausbezahlt. Wie aus dem Gutachten ersichtlich sei, seien die von der U KG lukrierten Aufträge sowohl mit auf die U KG als auch auf die U S.A. zugelassenen LKW und mit bei der U KG und bei der U S.A. angestellten Fahrern in unterschiedlichen Kombinationen ausgeführt worden.

Auf der Homepage der U Gruppe finde sich weder eine Telefonnummer noch eine E-Mail-Adresse der belgischen U S.A. Beim Standort Belgien finde sich lediglich die Telefonnummer und E-Mail-Adresse der beschwerdeführenden Partei, die belgische U S.A. verfüge aber über eine eigene Telefonnummer sowie Faxanschluss (Anschluss im Haus des K.) bzw. Mobiltelefon des K.

Die Fahrzeuge der belgischen U S.A. würden hauptsächlich von Österreich (R) aus durch deren delegierten Verwalter, U S., disponiert (Übernahme der Fracht) und betankt. Im Zuge der Subunternehmereigenschaft der U S.A. für die beschwerdeführende Partei seien an die der U S.A. zuzurechnenden Fahrer auch die notwendigerweise mit der Erteilung dieser Transportaufträge verbundenen Anweisungen erfolgt.

Bei den in der Anlage zum angefochtenen Bescheid angeführten Fahrern handle es sich um tschechische, deutsche und österreichische Staatsbürger. Seitens der U S.A. sei mit dem jeweiligen Fahrer ein schriftlicher Dienstvertrag abgeschlossen und von U S. als delegiertem Verwalter unterzeichnet worden. Die Arbeitszeit betrage demnach 39 Stunden pro Woche.

Die Freie Krankenkasse in E/Belgien habe mit folgenden Bescheinigungen nach dem Abkommen zwischen der Republik Österreich und dem Königreich Belgien über Soziale Sicherheit vom 4. April 1977, BGBl. Nr. 612/1978, festgestellt, dass die genannten Beschäftigten in Belgien - bezogen auf die Beschäftigung bei der U S.A. - versichert seien: Die Freie Krankenkasse in E/Belgien habe mit folgenden Bescheinigungen nach dem Abkommen zwischen der Republik Österreich und dem Königreich Belgien über Soziale Sicherheit vom 4. April 1977, Bundesgesetzblatt Nr. 612 aus 1978,, festgestellt, dass die genannten Beschäftigten in Belgien - bezogen auf die Beschäftigung bei der U S.A. - versichert seien:

"Name

von

bis

J K

21.03.2001

26.06.2001

J K

01.01.2001

31.12.2002

V H römisch fünf H

01.01.2001

31.12.2002

J M

01.01.2001

31.12.2002.

S K

21.09.2000

26.04.2001

Z S

01.07.2000

31.12.2001

G K

01.09.1998

31.12.2002

V T römisch fünf T

01.11.2000

31.12.2001"

Seitens des Office National de Securite Sociale in Brüssel seien im Dezember 2005 bzw. im Jänner 2006 die im Folgenden angeführten Formulare E 101 betreffend die Dienstgeberin U S.A. ausgestellt worden:

"Dienstnehmer

Beschäftigungszeiträume

E101 ausgestellt ab:

Zeitraum der Pflichtversicherung in Österreich

Drittstaats-angehöriger

B J

01.07.2000-31.07.2000

-

01.07.2000-31.07.2000

D L

01.05.2000- 15.10.2000

-

01.05.2000-15.10.2000

E R

27.08.2000-31.08.2000

27.08.2001

27.08.2000-1.08.2000-

ja

G H

16.07.2000-31.08.2000

16.07.2001

16.07.2000-31.08.2000

nein

H V H römisch fünf

01.12.2000- 31.08.2001

15.03.2001

01.12.2000- 31.12.2000

ja

K M

01.05.2000-31.05.2000

01.05.2000-31.05.2000

K J

24.02.2001-31.05.2001

21.03.2001

24.02.2001-20.03.2001

ja

K J

01.05.2000- 30.09.2000

-

01.05.2000-30.09.2000

-

K K

01.05.2000-18.08.2000

29.05.2000

01.05.2000-28.05.2000

nein

K K

01.07.2000-30.11.2000

-

01.07.2000-30.11.2000

K J

01.11.2000-31.08.2001

02.01.2001

01.11.2000-01.01.2001

ja

K S

01.09.2000- 30.11.2000

21.09.2000

01.09.2000- 20.09.2000

nein

K G

01.09.1999-31.08.2001?

01.09.1999

01.01.1999-31.08.2001

nein

L S

01.05.2000-30.06.2000

-

01.05.2000-30.06.2000

ja

M M

01.1999-30.11.1999

04.02.2000-31.12.2000

01.03.2001-31.08.2001

18.01.1999

01.03.2001

-

nein

M J

01.11.2000-31.08.2001

02.01.2001

01.11.2000-01.01.2001

ja

M M

01.06.2000-31.10.2000

-

01.06.2000-31.10.2000

-

M V M römisch fünf

24.02.2001-30.06.2001

15.03.2001

24.02.2001-14.03.2001

ja

P R

21.03.2001- 23.04.2001

21.03.2001

-

nein

R P

01.10.2000- 31.08.2001

02.10.2000

nein

T V T römisch fünf

01.05.2000- 30.06.2001

02.11.2000

01.05.2000- 01.11.2000

ja

U J

01.11.2000-28.02.2001

-

01.11.2000-28.02.2001

-

J V J römisch fünf

27.08.2001-31.08.2001

-

27.08.2001-31.08.2001

-

W R

29.11.1999-15.02.2000

09.01.2001-23.03.2001

09.01.2001

29.11.1999-15.02.2000

nein

W T

16.07.2001-25.07.2001

16.07.2001

-

nein

Z K

01.10.1999-31.12.1999

19.10.1999

01.10.1999-18.10.1999

nein

Z S

10.04.2000-31.08.2000

10.04.2000

-

ja"

Seitens der Finanzbehörden (Großbetriebsprüfung Innsbruck) seien die "Dienstverhältnisse zur U S.A. anerkannt und mehrere vom Verfahren berührte LKW-Fahrer mit den von der belgischen U ausbezahlten Löhnen als solche nicht der Lohnsteuerabzugspflicht unterliegenden ausländischen (belgischen) Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit zur Einkommensteuer veranlagt" worden. Zur Steuerfreistellung der österreichischen Dienstnehmer hätten die jeweiligen zuständigen österreichischen Finanzämter den Fahrern Ansässigkeitsbescheinigungen ausgestellt und diese seien den belgischen Behörden zur Steuerfreistellung auch bereits vorgelegt worden. Gegenüber der beschwerdeführenden Partei sei seitens der österreichischen Finanzbehörden bisher kein Bescheid betreffend die Lohnsteuerpflicht der vom Verfahren umschlossenen Fahrer erlassen worden.

Zur Beweiswürdigung führte die belangte Behörde aus, dass die wesentlichen "Fakten des Sachverhalts" durch die mit dem schlüssigen Gutachten vorgelegten Unterlagen belegt und im Wesentlichen in den Stellungnahmen der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse bzw. der U KG auch nicht bestritten worden seien.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der Art. 13 und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 aus, dass aus der Übersicht betreffend die ausgestellten Formulare E 101 hervorgehe, dass in bestimmten Zeiträumen Bestätigungen über die anzuwendenden Rechtsvorschriften ausgestellt und in bestimmten Zeiträumen die belgischen Vorschriften für anwendbar erklärt worden seien. Die Bescheinigungen der Freien Krankenkasse und die E 101-Formulare würden sich zeitlich decken. Ausnahme sei der Fünftmitbeteiligte, bei ihm sei (nur) auf die Bescheinigung der Freien Krankenkasse abgestellt worden. In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der Artikel 13 und Artikel 14, Absatz eins, Litera a, der Verordnung Nr. 1408/71 aus, dass aus der Übersicht betreffend die ausgestellten Formulare E 101 hervorgehe, dass in bestimmten Zeiträumen Bestätigungen über die anzuwendenden Rechtsvorschriften ausgestellt und in bestimmten Zeiträumen die belgischen Vorschriften für anwendbar erklärt worden seien. Die Bescheinigungen der Freien Krankenkasse und die E 101-Formulare würden sich zeitlich decken. Ausnahme sei der Fünftmitbeteiligte, bei ihm sei (nur) auf die Bescheinigung der Freien Krankenkasse abgestellt worden.

Ungeachtet einer "Mit-Dienstgebereigenschaft" der U KG R könne für die in den Tabellen genannten Personen in den genannten Zeiträumen nicht die österreichische Pflichtversicherung festgestellt werden, weil dies der Bindungswirkung des "E 101" widersprechen würde. Im Sinne der Verordnung Nr. 574/72 (EWG) bescheinige das Formular E 101 nämlich, den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften welchen Staates eine Person unterworfen sei. Sei in einem Mitgliedstaat ein Formular E 101 ausgestellt worden, so sei der Versicherungsträger eines anderen Mitgliedstaates an die Angaben in der Bescheinigung gebunden und könne daher den fraglichen Arbeitnehmer nicht seinem eigenen System der sozialen Sicherheit unterstellen, solange die Bescheinigung nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt werde.

Die Zeiträume, in denen "österreichische Pflichtversicherung" nach dem ASVG aufgrund der gegenständlichen Beschäftigung festgestellt werden könne, sei daher auf jene Zeiträume zu beschränken, von denen vom Office National de Securite Social kein E 101 ausgestellt worden sei.

Einige der vom gegenständlichen Verfahren umfassten Personen seien im Zeitraum der Beschäftigung keine Staatsbürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union gewesen. Im gegenständlichen Zeitraum sei die VO (EG) Nr. 859/2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 und der VO (EWG) 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, noch nicht in Kraft gewesen; diese Erweiterung sei erst auf Zeiträume nach dem 1. Juni 2003 anzuwenden gewesen. Einige der vom gegenständlichen Verfahren umfassten Personen seien im Zeitraum der Beschäftigung keine Staatsbürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union gewesen. Im gegenständlichen Zeitraum sei die VO (EG) Nr. 859 aus 2003, zur Ausdehnung der Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 und der VO (EWG) 574/72 auf

Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, noch nicht in Kraft gewesen; diese Erweiterung sei erst auf Zeiträume nach dem 1. Juni 2003 anzuwenden gewesen.

Im genannten Zeitraum habe vielmehr für Drittstaatsangehörige mangels Anwendbarkeit der VO (EWG) 1408/71 in der Beziehung zu Belgien das Sozialversicherungsabkommen gegolten, das auch die Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen vorsehe. Für eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip und damit für eine Entsendung unter Beibehaltung der Pflichtversicherung im Entsendestaat bestehe somit eine rechtliche Grundlage im Abkommen. Allerdings sehe das Abkommen nicht die Ausstellung einer Bescheinigung wie des E 101 vor.

Auch wenn im konkreten Fall die Ausstellung von Bescheinigungen E 101, die erst im Jahr 2005 im Nachhinein erfolgt sei, "vordergründig ohne Rechtsgrundlage" erfolgt sei, komme dennoch der dem Koordinationsrecht in Angelegenheiten der Sozialversicherung der EU inwohnende Grundsatz auch hier zum Tragen, dass für ein und dieselbe Tätigkeit nur in einem Staat Pflichtversicherung bestehen könne und dass die Entscheidung des Mitgliedstaats, der sich zuerst für zuständig erkläre, zu akzeptieren sei, bis diese Erklärung widerrufen werde. Die Erklärung - wenn auch auf dem für diesen Zeitraum falschen Formular - des belgischen Versicherungsträgers, dass die Genannten in Belgien versichert seien, sei daher zu respektieren.

Soweit daher für Zeiträume, die im erstinstanzlichen Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse als Zeiträume der Pflichtversicherung angeführt seien, "E 101 (Bescheinigungen nach dem Abkommen zwischen der Republik Österreich und dem Königreich Belgien über Soziale Sicherheit)" vorlägen, seien diese Zeiträume auszuschneiden gewesen, weil hier keinesfalls österreichische Sozialversicherungszuständigkeit gegeben sei. Bei manchen Beschäftigten ergäben sich die im angefochtenen Bescheid festgestellten Zeiten der Pflichtversicherung in Österreich daraus, dass der im E 101 angeführte Zeitraum sich nicht mit dem Beschäftigungszeitraum decke.

Zur Dienstgebereigenschaft der beschwerdeführenden Partei führte die belangte Behörde unter Bezugnahme auf das im ersten Rechtsgang ergangene aufhebende hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2007, Zl. 2004/08/0127, Folgendes aus:

"Wenn zwei - juristische oder physische - Personen durch Vertrag sich verpflichten, ihre Mühen oder ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zum gemeinschaftlichen Erwerb gegründet, d.h. es liegt der Sache nach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, geregelt in §§ 1175 ff ABGB, vgl. Rieder/Humer, Gesellschaftsrecht, facultas-Universitätsverlag, Wien 2009, Seite 69ff." Wenn zwei - juristische oder physische - Personen durch Vertrag sich verpflichten, ihre Mühen oder ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zum gemeinschaftlichen Erwerb gegründet, d.h. es liegt der Sache nach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, geregelt in Paragraphen 1175, ff ABGB, vergleiche , Rieder/Humer, Gesellschaftsrecht, facultas-Universitätsverlag, Wien 2009, Seite 69ff.

Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) - soweit keine Innengesellschaft vorliegt - kommt allen Gesellschaftern die Dienstgebereigenschaft zu. (...)

Die (belangte Behörde) geht davon aus, dass im gegenständlichen Fall - unter Betrachtung des oben festgestellten Sachverhaltes - eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, konkret eine Außengesellschaft vorliegt, dies aus folgenden Erwägungen:

1.)

- -Strichaufzählung

Die U S.A. in Belgien hat zum gemeinsamen Erwerb folgende Betriebsmittel eingebracht: CEMT-Genehmigungen, die 'Öko-Punkte' sowie

- -Strichaufzählung

teilweise die Arbeitsleistung der Dienstnehmer, die mit ihr einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. Teilweise wurden auch von der U KG verpflichtete Beschäftigte an die U S.A. zur Arbeitsleistung überlassen.

- -Strichaufzählung

Die U KG hat die für ein Transportunternehmen notwendige Infrastruktur an Abstellflächen für LKW und Reparaturkapazitäten eingebracht.

- -Strichaufzählung

Die U KG in R (Österreich) hat ihre Marktpräsenz als eingesessenes Transportunternehmen eingebracht und

darauf aufbauend die Beauftragung für Transportleistungen erreicht und mit den Auftraggebern die Verträge abgeschlossen.

- -Strichaufzählung

Die Aufträge wurden zum Teil über die Sub-Beauftragung der U S.A. ausgeführt.

- -Strichaufzählung

Die U S.A. war fast ausschließlich als Subauftragnehmerin der U KG tätig.

- -Strichaufzählung

Die U S.A. hatte keine eigenen Anlagegüter, die im Eigentum der U KG stehenden LKWs wurden - auch als Voraussetzung, um die in Belgien lukrierten Ökopunkte und Transportgenehmigungen rechtens nutzen zu können, von der U S.A. angemietet.

- -Strichaufzählung

Die LKW-Fahrer wurden von U (S.) disponiert, der in beiden Gesellschaften eine leitende Funktion (Organstellung) inne hatte.

Aus all diesen Fakten lässt sich somit ein Einbringen der Betriebsmittel zur Erreichung eines gemeinsamen Betriebszieles feststellen.

2.) Die U S. A. ist - ebenso wie die U KG - nach Außen aufgetreten, und zwar jeweils dort, wo es für ein optimales Betriebsergebnis günstig war, die U KG am Markt und die U S.A. gegenüber den belgischen Behörden und um die Beschränkungen im Güterverkehrsumfang zu lukrieren.

Im täglichen Geschäftsleben wurden keine genauen Firmenwortlaute (Gesellschaftsbezeichnungen) verwendet, lediglich die Marke 'U'. Auf der Homepage unter www.unitrans.at (Stand 18.03.2002) werden drei Standorte der U aufgezählt: R (T) mit der U TransportgesmbH & Co KG, E (Belgien) mit der U SA und Naturns (Italien) mit der Transhöbling S.A.L.

Unter der Rubrik 'Unser Stolz' werden die zum Teil langjährigen Mitarbeiter, der langjährige Kundenstock, der überdurchschnittlich neue Fuhrpark, die Gesellschafterstruktur, die Konzernenerfolge und der Einsatz für die Branche angeführt.

Dazu ist darauf hinzuweisen, zumindest ein Teil der Mitarbeiter Dienstverträge mit der U S. A., ein Teil mit der U KG hatten, die U KG zwar Eigentümerin des Fuhrparks war, diese aber teilweise an die U S. A. vermietet hatte; hier wird nach Außen hin mit den gemeinsam inne gehaltenen Betriebsmitteln geworben.

Zwischen den beiden rechtlich selbständigen Gesellschaften liefen - wie im Sachverhalt auf Basis des Gutachtens genau dargestellt - verschiedene Verrechnungsströme.

Wie im Gutachten aufgezeigt, wurden die Mitarbeiter wechselweise an die verschiedenen Gesellschaften zur Dienstleistung zugeteilt und in der Folge wurde zwischen den Gesellschaften eine Abrechnung durchgeführt.

Die hier aufgezählten Faktoren werden also - wie schon unter

1.) angeführt - von den beiden Gesellschaften zum gemeinsamen Erwerb und zum gemeinsamen Betriebserfolg eingebracht.

Die (belangte Behörde) sieht aus all diesen Elementen das gemeinsame Auftreten am Markt und den gemeinsamen Einsatz von Betriebsmitteln. (vgl. Unterlagen über den Internetauftritt in der blauen Mappe) das Vorliegen einer Außengesellschaft als gegeben an. Die (belangte Behörde) sieht aus all diesen Elementen das gemeinsame Auftreten am Markt und den gemeinsamen Einsatz von Betriebsmitteln. vergleiche , Unterlagen über den Internetauftritt in der blauen Mappe) das Vorliegen einer Außengesellschaft als gegeben an.

(...)

Der Verwaltungsgerichtshof hat im aufhebenden Erkenntnis der Behörde aufgetragen zu klären, ob 'der solcherart konstruierte Betrieb der U KG wirtschaftlich zuzurechnen ist, d.h. ob die in Rede stehenden LKWs auf ihre Rechnung und Gefahr betrieben worden sind, anders ausgedrückt, ob die U KG aus den in diesem Zusammenhang getätigten Umsatzgeschäften berechtigt und verpflichtet wurde'.

Unter Beachtung der oben dargestellten Ergebnisse im Gutachten ist festzustellen, dass die LKWs auf gemeinsame Rechnung und Gefahr betrieben worden sind, vordergründig wurden sie - aufgrund des Mietverhältnisses - auf Rechnung der U S.A. geführt, wenn auch im Eigentum der U KG stehend, die Umsatzgeschäfte im Transportbereich berechtigten und verpflichteten die U KG, wobei die U S.A. als Subunternehmerin beteiligt wurde und ihrerseits zur Erfüllung der Rahmenbedingungen (Öko-Punkte, CEMT-Transportgenehmigungen) beitrug.

Unter Bedachtnahme auf die Judikatur zur Frage der Dienstgebereigenschaft, aber vor allem auf Basis des durch die Feststellungen des Gutachtens ergänzten Sachverhaltes, gelangt die Behörde nunmehr zu der Auffassung, dass die gegenständliche Spedition auf gemeinsame Rechnung und Gefahr im Sinne einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführt wurde, auch auf Rechnung der U KG (und auch auf Rechnung der U S.A.). Die (beschwerdeführende Partei) ist somit in den eingeschränkten Zeiträumen und bezüglich der in der Anlage Neu angeführten Beschäftigten als Dienstgeberin anzusehen."

Zur persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie der Entgeltlichkeit der verfahrensgegenständlichen Beschäftigungen führte die belangte Behörde aus, es sei im Verfahren unstrittig, dass die in der Anlage genannten Fahrer in den angeführten Zeiträumen als Dienstnehmer (LKW-Fahrer) im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG anzusehen seien. Schon aufgrund der Notwendigkeiten der Betriebsorganisation handle es sich um eine Beschäftigung von LKW-Fahrern in persönlicher Abhängigkeit. Eine wesentliche Beteiligung an den Betriebsmitteln habe im Ermittlungsverfahren nicht festgestellt werden können, wirtschaftliche Abhängigkeit sei somit gegeben. Die Entgeltlichkeit über der Geringfügigkeitsgrenze sei nicht strittig. Zur persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie der Entgeltlichkeit der verfahrensgegenständlichen Beschäftigungen führte die belangte Behörde aus, es sei im Verfahren unstrittig, dass die in der Anlage genannten Fahrer in den angeführten Zeiträumen als Dienstnehmer (LKW-Fahrer) im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG anzusehen seien. Schon aufgrund der Notwendigkeiten der Betriebsorganisation handle es sich um eine Beschäftigung von LKW-Fahrern in persönlicher Abhängigkeit. Eine wesentliche Beteiligung an den Betriebsmitteln habe im Ermittlungsverfahren nicht festgestellt werden können, wirtschaftliche Abhängigkeit sei somit gegeben. Die Entgeltlichkeit über der Geringfügigkeitsgrenze sei nicht strittig.

Die in der "Anlage Neu" angeführten Fahrer würden in den dort genannten Zeiträumen der Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG aufgrund der Beschäftigung beim (damaligen) Dienstgeber U KG unterliegen.

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 Verwaltungsakten vor, nahm jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand und stellte den Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Die beschwerdeführende Partei replizierte auf diese Gegenschrift. Die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt verzichtete auf die Erstattung einer Gegenschrift. Die weiteren mitbeteiligten Parteien haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Unter einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist zunächst das dienstliche Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu dem Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG zu verstehen. Ob jemand in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 ASVG steht, ist immer nur in Bezug auf eine andere Person, nämlich - vom Fall der Indienstnahme durch Mittelpersonen abgesehen - den Dienstgeber zu prüfen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. November 2005, Zl. 2005/08/0096). 1. Unter einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ist zunächst das dienstliche Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG zu dem Dienstgeber im Sinne des Paragraph 35, Absatz eins, ASVG zu verstehen. Ob jemand in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 4, ASVG steht, ist immer nur in Bezug auf eine andere Person, nämlich - vom Fall der Indienstnahme durch Mittelpersonen abgesehen - den Dienstgeber zu prüfen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 16. November 2005, Zl. 2005/08/0096).

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2011, Zl. 2008/08/0030, uva). Gemäß Paragraph 35, Absatz eins, ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter

an Stelle des Entgeltes verweist. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2011, Zl. 2008/08/0030, uva). Obwohl es für die (abschließende) Beantwortung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, nicht ausreicht festzustellen, wem das Eigentum an den Betriebsmitteln, mit deren Hilfe der Betrieb geführt wird, zukommt, so ist dennoch das Eigentum (Miteigentum) entsprechend dem Gegenstand der Betriebsführung schon nach sachenrechtlichen Grundsätzen die primär ausschlaggebende rechtliche Gegebenheit für die Zurechnung von Rechten und Pflichten aus der Betriebsführung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0296). Obwohl es für die (abschließende) Beantwortung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, nicht ausreicht festzustellen, wem das Eigentum an den Betriebsmitteln, mit deren Hilfe der Betrieb geführt wird, zukommt, so ist dennoch das Eigentum (Miteigentum) entsprechend dem Gegenstand der Betriebsführung schon nach sachenrechtlichen Grundsätzen die primär ausschlaggebende rechtliche Gegebenheit für die Zurechnung von Rechten und Pflichten aus der Betriebsführung (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0296). Eine sozialversicherungsrechtlich relevante Änderung der sich aus den Eigentumsverhältnissen ergebenden Zurechnung setzt rechtswirksame (und rechtswirksam bleibende) dingliche (z.B. durch Einräumung eines Fruchtgenussrechtes) oder obligatorische Rechtsakte (z.B. durch Abschluss eines Pachtvertrages oder einer besonderen, einem Pachtvertrag nahekommenden Vereinbarung zwischen Miteigentümern) mit der Wirkung voraus, dass statt des Eigentümers (der Miteigentümer) ein Nichteigentümer (bzw. bei Vereinbarungen zwischen Miteigentümern einer der Miteigentümer allein) aus der Führung des Betriebes berechtigt und verpflichtet wird (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. Oktober 2002, Zl. 99/08/0157 und vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0240). Eine sozialversicherungsrechtlich relevante Änderung der sich aus den Eigentumsverhältnissen ergebenden Zurechnung setzt rechtswirksame (und rechtswirksam bleibende) dingliche (z.B. durch Einräumung eines Fruchtgenussrechtes) oder obligatorische Rechtsakte (z.B. durch Abschluss eines Pachtvertrages oder einer besonderen, einem Pachtvertrag nahekommenden Vereinbarung zwischen Miteigentümern) mit der Wirkung voraus, dass statt des Eigentümers (der Miteigentümer) ein Nichteigentümer (bzw. bei Vereinbarungen zwischen Miteigentümern einer der Miteigentümer allein) aus der Führung des Betriebes berechtigt und verpflichtet wird (vergleiche, etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. Oktober 2002, Zl. 99/08/0157 und vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0240).

2. Im gegenständlichen - fortgesetzten - Verfahren ist im Wesentlichen die Dienstgebereigenschaft der U KG als Rechtsvorgängerin der nunmehr beschwerdeführenden Partei in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen strittig. Wie der Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis vom 4. Juli 2007, Zl. 2004/08/0127, ausgeführt hat, reichten die Feststellungen der belangten Behörde im ersten Verfahrensgang nicht aus, um die Frage zu beurteilen, ob die mitbeteiligten LKW-Lenker zur U KG in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden sind.

Im fortgesetzten Verfahren hat die belangte Behörde ein Sachverständigengutachten eingeholt und - im Wesentlichen auf diesem Gutachten aufbauend - weitere Feststellungen dazu getroffen, wem der in Rede stehende Betrieb wirtschaftlich zuzurechnen war. Nach diesen Feststellungen war der verfahrensgegenständliche Betrieb folgendermaßen konstituiert:

Sowohl die U KG als auch die U S.A. waren im verfahrensgegenständlichen Zeitraum im Güterbeförderungsgewerbe tätig und beschäftigten zu diesem Zweck LKW-Fahrer. Die verwendeten LKW standen im Eigentum der U KG, waren jedoch (zum Teil) an die U S.A. vermietet. Eigenes Anlagevermögen der U S.A. bestand nicht. Die durch die U S.A. von der U KG angemieteten LKW waren auf die U S.A. angemeldet und in Belgien haftpflichtversichert. Wartungen dieser LKW wurden von der U KG an die U S.A. verrechnet. Die U S.A. trat nicht selbständig am Markt auf, um eigene Transportaufträge abzuschließen, sondern führte "(n)ahezu 100% der Transportaufträge" als Subunternehmerin für die U KG durch. Sämtliche Erlöse wurden direkt von der U KG fakturiert; wurde ein Transport von der U S.A. durchgeführt, so hat diese einen Anteil des Umsatzes lukriert. Das Gewährleistungs- und Ausfallsrisiko gegenüber Endkunden lag bei der U KG. Das von der belangten Behörde herangezogene Gutachten kam weiters zu dem Schluss, dass betriebswirtschaftlich betrachtet die U S.A. unter der Leitung der U KG gestanden sei.

Diese Feststellungen werden in der Beschwerde nicht bestritten.

In rechtlicher Hinsicht ging die belangte Behörde davon aus, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorliege, deren Gesellschafterinnen die U S.A. und die U KG seien. Beide Gesellschafterinnen hätten Betriebsmittel zur Erreichung

eines gemeinsamen Betriebsziels eingebracht. Für die Frage der Dienstgebereigenschaft sei es allerdings rechtens, bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur eine Gesellschafterin als Dienstgeberin in Anspruch zu nehmen.

3. Die beschwerdeführende Partei wendet sich in ihrer Beschwerde im Wesentlichen gegen diese Rechtsansicht der belangten Behörde und bestreitet das Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Vermögensverhältnisse zwischen der U KG und der U S.A. seien strikt getrennt gewesen, die zur Verfügung stehenden Betriebsmittel seien einer gemeinschaftlichen Nutzung unzugänglich gewesen und die Leistungen zwischen der U KG und der

U S.A. seien jeweils lückenlos verrechnet worden. Zudem sei die beschwerdeführende Partei im Rahmen des fortgesetzten Verfahrens nicht mit der Rechtsansicht konfrontiert worden, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorliege, diesbezüglich liege daher eine Verletzung des Parteihörs vor.

Selbst unter der Annahme einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts könne zudem nicht darauf geschlossen werden, dass die Pflichtversicherung der mitbeteiligten Dienstnehmer zu jedem einzelnen der Gesellschafter bestehe.

4. Anknüpfungspunkt für die Dienstgebereigenschaft im Sinne des § 35 ASVG ist der Betrieb, in dem der Dienstnehmer beschäftigt ist. Ungeachtet der festgestellten rechnungsmäßigen Trennung zeigt der gesamte festgestellte Sachverhalt, dem die Beschwerde auch nicht entgegentritt, einen einheitlichen Güterbeförderungsbetrieb, in dem im Eigentum der beschwerdeführenden Partei stehende LKW nach Erfordernis - insbesondere zur Erlangung von Beförderungsgenehmigungen - an die U S.A., in deren Eigentum keine eigenen Anlagegüter standen, vermietet und auch Dienstnehmer zwischen den Gesellschaften überlassen wurden, und bei dem trotz formaler rechtlicher und verrechnungstechnischer Trennung zwischen den Unternehmen ein einheitlicher Marktauftritt gegenüber Endkunden - gegenüber denen mit einer Ausnahme ausschließlich die beschwerdeführende Partei in Erscheinung trat - erfolgte. Umstände, die gegen das Vorliegen eines einheitlichen Betriebes sprechen, wurden von der beschwerdeführenden Partei in der Beschwerde nicht dargetan. 4. Anknüpfungspunkt für die Dienstgebereigenschaft im Sinne des Paragraph 35, ASVG ist der Betrieb, in dem der Dienstnehmer beschäftigt ist. Ungeachtet der festgestellten rechnungsmäßigen Trennung zeigt der gesamte festgestellte Sachverhalt, dem die Beschwerde auch nicht entgegentritt, einen einheitlichen Güterbeförderungsbetrieb, in dem im Eigentum der beschwerdeführenden Partei stehende LKW nach Erfordernis - insbesondere zur Erlangung von Beförderungsgenehmigungen - an die U S.A., in deren Eigentum keine eigenen Anlagegüter standen, vermietet und auch Dienstnehmer zwischen den Gesellschaften überlassen wurden, und bei dem trotz formaler rechtlicher und verrechnungstechnischer Trennung zwischen den Unternehmen ein einheitlicher Marktauftritt gegenüber Endkunden - gegenüber denen mit einer Ausnahme ausschließlich die beschwerdeführende Partei in Erscheinung trat - erfolgte. Umstände, die gegen das Vorliegen eines einheitlichen Betriebes sprechen, wurden von der beschwerdeführenden Partei in der Beschwerde nicht dargetan.

Da somit in wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne des § 539a Abs. 1 ASVG ein einheitlicher Betrieb vorlag, der jedenfalls auch auf Rechnung der beschwerdeführenden Partei geführt wurde, kann im Ergebnis der Beurteilung der belangten Behörde, dass die beschwerdeführende Partei als Dienstgeberin der mitbeteiligten Dienstnehmer im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG in den im angefochtenen Bescheid näher dargelegten Zeiträumen anzusehen war, nicht entgegengetreten werden. Da somit in wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne des Paragraph 539 a, Absatz eins, ASVG ein einheitlicher Betrieb vorlag, der jedenfalls auch auf Rechnung der beschwerdeführenden Partei geführt wurde, kann im Ergebnis der Beurteilung der belangten Behörde, dass die beschwerdeführende Partei als Dienstgeberin der mitbeteiligten Dienstnehmer im Sinne des Paragraph 35, Absatz eins, ASVG in den im angefochtenen Bescheid näher dargelegten Zeiträumen anzusehen war, nicht entgegengetreten werden.

Ob die mitbeteiligten LKW-Lenker ihr Entgelt direkt von der

U KG ausbezahlt bekamen oder von einem Dritten (etwa der U S.A.) war schließlich für die Beurteilung der Dienstgebereigenschaft im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG (wie schon der Wortlaut der Bestimmung zeigt) nicht von Relevanz (vgl. unter vielen das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2011, Zl. 2008/08/0030). U KG ausbezahlt bekamen oder von einem Dritten (etwa der U S.A.) war schließlich für die Beurteilung der Dienstgebereigenschaft im Sinne des Paragraph 35, Absatz eins, ASVG (wie schon der Wortlaut der Bestimmung zeigt) nicht von Relevanz vergleiche , unter vielen das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2011, Zl. 2008/08/0030).

5. Die beschwerdeführende Partei bringt vor, dass "(a)llfällige Sozialversicherungsansprüche" ihr gegenüber jedenfalls verjährt seien und nicht mehr geltend gemacht werden könnten.

Mit diesem Vorbringen verkennt die beschwerdeführende Partei, dass im vorliegenden Fall einzig die Feststellung der Versicherungspflicht und nicht etwa die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen Gegenstand des Verfahrens ist.

Die Regelung über die Verjährung der Beiträge in § 68 ASVG ist auf die Feststellung der Pflichtversicherung nicht anzuwenden. Die Pflichtversicherung kann daher auch für Zeiträume festgestellt werden, für die das Recht auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen nach § 68 Abs. 1 ASVG - möglicherweise - verjährt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. November 2011, Zl. 2008/08/0152, mwN) Mit diesem Vorbringen verkennt die beschwerdeführende Partei, dass im vorliegenden Fall einzig die Feststellung der Versicherungspflicht und nicht etwa die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen Gegenstand des Verfahrens ist. Die Regelung über die Verjährung der Beiträge in Paragraph 68, ASVG ist auf die Feststellung der Pflichtversicherung nicht anzuwenden. Die Pflichtversicherung kann daher auch für Zeiträume festgestellt werden, für die das Recht auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen nach Paragraph 68, Absatz eins, ASVG - möglicherweise - verjährt ist vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 16. November 2011, Zl. 2008/08/0152, mwN)

6. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens für die hg. Verfahren der Zlen. 2009/08/0254 und 2009/08/0255 gemeinsam vorgelegt, weshalb der Vorlageaufwand hier nur zur Hälfte zuzusprechen war. 6. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens für die hg. Verfahren der Zlen. 2009/08/0254 und 2009/08/0255 gemeinsam vorgelegt, weshalb der Vorlageaufwand hier nur zur Hälfte zuzusprechen war.
Wien, am 19. Dezember 2012

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2012:2009080254.X00

Im RIS seit

24.01.2013

Zuletzt aktualisiert am

10.04.2013

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at