

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/9/20 2004/08/0087

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.09.2006

## Index

E1E;  
E3R E05204020;  
E6j;  
32/02 Steuern vom Einkommen und Ertrag;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
59/04 EU - EWR;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

11997E010 EG Art10;  
11997E226 EG Art226;  
11997E227 EG Art227;  
31971R1408 WanderarbeitnehmerV Art14 Abs1;  
31972R0574 WanderarbeitnehmerV DV Art11;  
61997CJ0202 Fitzwilliam VORAB;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs2 idF 1997/I/139;  
ASVG §4 Abs2 idF 1998/I/138;  
ASVG §4 Abs2 idF 2000/I/142;  
ASVG §4 Abs2 idF 2001/I/099;  
ASVG §539a Abs3;  
ASVG §539a;  
EStG 1988 §47 Abs1;  
EStG 1988 §47 Abs2;  
ZustG §26 Abs2;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn):2004/08/0106 E 22. November 2006

## 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 des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde des Dr. W in B, als Masseverwalter der I GmbH in G, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit,

Generationen und Konsumentenschutz vom 23. März 2004, Zl. 223.123/5-3/04, betreffend Versicherungspflicht nach dem AIVG und ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. H, K; 2. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77;

3. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1; 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65; 5. Arbeitsmarktservice Oberösterreich, 4021 Linz, Europaplatz 9), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit Beschluss des Landesgerichtes Ried im Innkreis vom 21. August 2001 wurde über das Vermögen der 1993 gegründeten I. GmbH mit Sitz in Österreich der Konkurs eröffnet und der Beschwerdeführer zum Masseverwalter bestellt. Der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der I. GmbH, Alfred K., war auch Geschäftsführer der 1992 gegründeten D. GmbH mit Sitz in Deutschland (mit der Alleingesellschafterin gleichen Familiennamens Anita K.). Im Jahr 1998 wurde die D. GmbH & CoKG mit Sitz in Deutschland gegründet. Komplementärin dieser Gesellschaft war die D. GmbH, einziger Kommanditist war Alfred K. Über das Vermögen der beiden zuletzt genannten Gesellschaften wurde am 18. Juli 2001 (ebenfalls) der Konkurs eröffnet. Der Erstmitbeteiligte war vom 29. Oktober 1998 bis 21. Juni 2001 als Maurer tätig und in Österreich vom 29. Oktober 1998 bis 16. Dezember 1998 als Dienstnehmer bei der österreichischen I. GmbH gemeldet.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit als Maurer bei der I. GmbH als Dienstnehmer (auch) in der Zeit vom 17. Dezember 1998 bis 21. Juni 2001 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei.

Der Erstmitbeteiligte sei deutscher und tschechischer Staatsbürger. Er sei vom 11. März 1999 bis 27. März 2000 (mit Wohnsitz) in Österreich gemeldet und im verfahrensgegenständlichen Zeitraum hier (tatsächlich) wohnhaft gewesen. Vom 17. Dezember 1998 bis 21. Juni 2001 sei er als Mitglied einer drei bis vier Mann umfassenden Putzkolonne (als Maurer) für die I. GmbH tätig gewesen, wobei überwiegend in Österreich gearbeitet worden sei. Er habe für seine Tätigkeit monatlich durchschnittlich ATS 20.000,- erhalten. Die Anweisungen und die Bekanntgabe der Einsatzorte bzw. Baustellen habe Alfred K. vorgenommen. Die Fahrzeuge und Betriebsmittel seien von der I. GmbH zur Verfügung gestellt worden.

Diese Feststellungen ergänzend, führte die belangte Behörde im Rahmen ihrer Beweiswürdigung aus, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund einer Zeitungsannonce in Tschechien von Alfred K. in Österreich als Maurer aufgenommen worden sei. Er habe Verträge in deutscher Sprache unterschrieben, die er nicht verstanden habe. Die Entlohnung sei einmal monatlich anhand einer Quadratmeterabrechnung "durch Herrn K. bar auf die Hand" vorgenommen worden. Für den Erstmitbeteiligten ("Kommanditisten") sei Alfred K. "der Chef" gewesen und "er wusste für die Firma I. tätig zu werden".

Zur Vermeidung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen für versicherungspflichtige Arbeitnehmer (wie den Erstmitbeteiligten) seien am 11. November 1998 und am 4. Februar 2000 mit einer größeren Anzahl von Treugebern (Arbeitnehmern) Treuhandvereinbarungen abgeschlossen worden, denen zu Folge Alfred K. deren Kommanditistenstellung (bei der D. GmbH & CoKG mit Sitz in Deutschland) treuhändisch halten sollte. Der Erstmitbeteiligte sei einer der Treugeber gewesen.

Für den Fall von Baustellenkontrollen habe Alfred K. den Arbeitern (ergänzend zu den Treuhandverträgen) schriftliche Verhaltensanweisungen in ihrer Muttersprache ausgehändigt.

Übersetzt hätten die Anweisungen folgendermaßen gelautet:

"Sie arbeiten selbständig (d.h. "für sich") in der BRD und wohnen in Österreich - die Firma heißt D. GmbH & CoKG - der Sitz der Firma befindet sich in A. bei Freilassing, zuständig ist D., der Aufträge vergibt und kontrolliert - unterliegen

keinen Instruktionen und Anweisungen von anderen Personen - über den Auftrag, den die Arbeiter annehmen entscheiden sie selbst!! einzelne Aufträge, die ausgeführt werden sollen, werden zuerst mit dem Vertreter Tomas S. und Jakob D. auf Aufenthaltsort in Österreich besprochen. Dann wird entschieden, welche Gruppen auf einzelnen Baustellen arbeiten werden - der Verdienst schwankt zwischen DM 30.000,- und DM 40.000,-, abhängig wie viel gearbeitet wird. Im Falle der Kontrolle so wenig wie möglich Angaben machen."

Diese Feststellungen ergänzend, führte die belangte Behörde im Rahmen ihrer Beweiswürdigung aus, dass Alfred K. die D. GmbH & CoKG auf Anraten seines Steuerberaters gegründet habe und diese als "Subunternehmer" für die österreichische I. GmbH tätig werden sollte. Die bei der D. GmbH & CoKG tätigen "Kommanditisten" hätten (in Österreich) Tätigkeiten ausgeübt, wie sie (sonst nur) "in Österreich zur Pflichtversicherung als Dienstnehmer gemeldete Arbeiter" ausüben würden. Die Beschäftigten seien im Büro der I. GmbH in Österreich aufgenommen und eingestellt worden. Den "Kommanditisten" sei mitgeteilt worden, dass ein Großteil der Arbeiten in Österreich abgewickelt würde und nur fallweise "über die Grenze" (in Deutschland) zu arbeiten wäre. Die Entlohnung sei in Österreich bar und ohne Ausstellung von Belegen erfolgt. Die Unterkünfte der Arbeiter, die Fahrzeuge, das Werkzeug und das Kleinmaterial habe die I. GmbH zur Verfügung gestellt. Die Abwicklung und Annahme der Aufträge bzw. die Einteilung der "Kolonnen" sei von Österreich aus vorgenommen worden. Alfred K. habe "mittels der D. GmbH & CoKG an die I. GmbH quartalsmäßig imaginäre Subleistungen fakturiert und mit diesen Geldern die tschechischen Arbeitnehmer bezahlt."

Im Insolvenzverfahren der D. GmbH & CoKG in Deutschland seien von den deutschen Sozialversicherungsträgern beim Masseverwalter Rechtsanwalt H. hinsichtlich des Erstmitbeteiligten Ansprüche geltend gemacht worden. Von der Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK) seien geschätzte Gesamtsozialversicherungsbeiträge zur Insolvenztabelle angemeldet worden. Diese Forderungsanmeldung sei vom (deutschen) Insolvenzverwalter bestritten worden, weil die vermeintlich bei der D. GmbH & CoKG beschäftigten Arbeitnehmer, somit auch der Erstmitbeteiligte, tatsächlich Arbeitnehmer der (österreichischen) I. GmbH gewesen wären. Von einem entsprechenden Feststellungsprozess zur Insolvenztabelle habe die AOK bisher abgesehen.

Bei einer Lohnsteuerprüfung habe das Finanzamt Braunau am Inn für eine Reihe von Arbeitern, darunter auch für den Erstmitbeteiligten, eine Lohnsteuerpflicht der I. GmbH im verfahrensgegenständlichen Zeitraum festgestellt und sämtliche "Firmen, die pro Putzkolonne gegründet" worden seien, als "Scheinfirmen" angesehen. Der Lohnsteuerprüfer habe dem beschwerdeführenden Masseverwalter eine Liste der betroffenen Dienstnehmer ausgehändigt. Mit Lohnsteuerbescheid des Finanzamts Braunau am Inn vom 7. September 2001 sei ausgesprochen worden, dass für alle in Österreich ausbezahlten Löhne Lohnsteuer in festgestellter Höhe (pauschal 20 %) nachzuzahlen sei. Dieser Bescheid sei dem beschwerdeführenden Masseverwalter auf "normalem" Postweg zugesendet worden und rechtskräftig geworden. Im Insolvenzverfahren der I. GmbH sei diese Forderung vom Finanzamt Braunau am Inn angemeldet und vom beschwerdeführenden Masseverwalter nicht bestritten worden.

Diese Feststellungen ergänzend, führte die belangte Behörde im Rahmen ihrer Beweiswürdigung aus, dass der beschwerdeführende Masseverwalter im Verwaltungsverfahren vorgebracht habe, dass ihm der Lohnsteuerbescheid vom 7. September 2001 nie zugestellt worden sei. Dies werde jedoch "als bloße Schutzbehauptung" gewertet.

Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichtes München II vom 5. November 2002 sei Alfred K. wegen Betruges, Einschleusens von Ausländern und Steuerhinterziehung verurteilt worden. Die Verurteilung wegen Betruges sei dem Urteil zu Folge auf Grund nicht entrichteter Sozialversicherungsbeiträge nach den §§ 263, 53 des deutschen Strafgesetzbuches erfolgt, wobei im Hinblick auf die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten festgestellt worden sei, dass die D. GmbH & CoKG in Deutschland als Arbeitgeber anzusehen wäre und deutsches Sozialversicherungsrecht zur Anwendung käme.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass die deutsche strafgerichtliche Verurteilung für die österreichische Vollziehung keine Bindungswirkung entfalte. Der Erstmitbeteiligte sei unstreitig in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt im Rahmen eines Dienstverhältnisses tätig geworden. Zu prüfen sei die Dienstgebereigenschaft der I. GmbH und die Frage, ob österreichisches oder deutsches Sozialversicherungsrecht zur Anwendung komme. Gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. b Z. i der Verordnung Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der

Gemeinschaft zu- und abwandern, unterliege eine Person den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohne, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil im Gebiet dieses Staates ausübe oder wenn sie für mehrere Unternehmen oder mehrere Auftraggeber tätig sei, die ihren Wohnsitz im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten hätten.

Die Anwendbarkeit dieser Verordnung ergebe sich aus der deutschen Staatsbürgerschaft des Erstmitbeteiligten. Der Erstmitbeteiligte sei im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in Österreich wohnhaft gewesen. Er sei zum Teil in Deutschland, hauptsächlich jedoch in Österreich beschäftigt gewesen. Es komme daher österreichisches Sozialversicherungsrecht zur Anwendung.

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass es sich bei der Unterkunft des Erstmitbeteiligten lediglich um eine "Arbeiterunterkunft einfachster Art" gehandelt habe und sich dessen "tatsächlicher" Wohnsitz in Tschechien befunden habe, komme österreichisches Recht zur Anwendung. Art. 14 Abs. 2 lit. b Z. ii der Verordnung Nr. 1408/71 zu Folge unterliege eine Person in einem solchen Fall den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet das Unternehmen oder der Arbeitgeber, das bzw. der sie beschäftigt, seinen Sitz oder Wohnsitz hat.

Der Erstmitbeteiligte sei nicht für die D. GmbH & CoKG tätig gewesen. Die Gründung dieser Gesellschaft und der Abschluss der Treuhandverträge zwischen Alfred K. als "Treuhandhaber" und den "Treuhabern" (den Arbeitnehmern) als Kommanditisten sei ausschließlich zum Zweck der Umgehung der Sozialversicherungspflicht der Dienstnehmer der I. GmbH und zum Zweck des Einsparens der Lohnnebenkosten erfolgt. Aus dem Meldeverlauf bei der zweitmitbeteiligten Gebietskrankenkasse sei die Meldung zur Pflichtversicherung von insgesamt 86 Dienstnehmern der I. GmbH in den Jahren 1997 und 1998 ersichtlich gewesen. In den Jahren 1999 bis 2001 habe sich die Zahl der gemeldeten Dienstnehmer in Folge der Gründung der deutschen D. GmbH & CoKG auf 56 verringert. 14 "Kommanditisten" (Treuhaber) seien bereits vor dieser Gründung als Dienstnehmer bei der I. GmbH gemeldet gewesen. Die abgeschlossenen Treuhandvereinbarungen seien als Scheinverträge zu qualifizieren und daher für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ohne Belang, weil für die Beurteilung von Sachverhalten der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform maßgeblich sei.

Gemäß § 35 ASVG gelte derjenige als Dienstgeber, für dessen Rechnung der Betrieb geführt werde, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis stehe. Die deutsch-tschechischen Arbeitnehmer seien in den Büroräumlichkeiten der I. GmbH in Österreich aufgenommen worden, die Arbeiten seien zu einem Großteil in Österreich ausgeführt worden, die Fahrzeuge und Betriebsmittel seien von der I. GmbH zur Verfügung gestellt worden wie auch die Entlohnung in Österreich erfolgt sei und die Dienstnehmer in Firmenunterkünften der I. GmbH wohnhaft gewesen seien. Daher sei die I. GmbH als Dienstgeberin des Erstmitbeteiligten anzusehen. Unerheblich sei, ob es sich bei der D. GmbH & CoKG um eine reine "Briefkastenfirma" gehandelt habe oder ob - wie in diesem Fall - einige Dienstnehmer zur Pflichtversicherung gemeldet gewesen seien, um den Anschein einer eigenen Geschäftstätigkeit zu erwecken und den Schein einer Gesellschaft von "selbständigen Kommanditisten" zu wahren. Die von der D. GmbH & CoKG in Rechnung gestellten "imaginären Subleistungen" (für die I. GmbH) und die Bezahlung der tschechischen Arbeitnehmer mit den für die Leistungen erhaltenen Geldern würden in das Bild passen, wonach diese buchhalterischen Maßnahmen und die vom deutschen Steuerberater verfassten Steuererklärungen Teil des Systems der Umgehung der österreichischen Sozialversicherungspflicht gewesen seien.

Da von den zuständigen deutschen Sozialversicherungsträgern bisher kein Feststellungsprozess durchgeführt worden sei, erfolge durch die Feststellung, dass die I. GmbH als Dienstgeber des Erstmitbeteiligten anzusehen sei, auch keine Begründung einer EUwidrigen Doppelversicherung für ein und denselben Sachverhalt in Deutschland und in Österreich.

Die Frage der Lohnsteuerpflicht sei für die Beurteilung der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 ASVG eine grundsätzlich von den zuständigen Finanzbehörden zu beurteilende Vorfrage. Auf Grund der mit Lohnsteuerbescheid vom 7. September 2001 des Finanzamtes Braunau am Inn rechtskräftig festgestellten Lohnsteuerpflicht (Vorschreibung von Beiträgen unter anderem auch für den Erstmitbeteiligten) im verfahrensgegenständlichen Zeitraum sei die belangte Behörde an die Beurteilung dieser Vorfrage gebunden.

Schon aus diesem Grund sei gemäß § 4 Abs. 2 letzter Satz ASVG im verfahrensgegenständlichen Zeitraum die Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten festzustellen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und beantragt unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet und beantragt die Abweisung der Beschwerde als unbegründet. Die übrigen mitbeteiligten Parteien haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1.1. Die Beschwerde bringt vor, dass grundsätzlich ein Bezug zu Österreich gegeben sei, allerdings auch der deutsche Sozialversicherungsträger mit entsprechender Begründung aus dem gegenständlichen Sachverhalt Sozialversicherungsbeiträge mit dem Argument beanspruche, es würden Dienstverhältnisse zur D. GmbH & CoKG vorliegen. Zu demselben Ergebnis sei auch das rechtskräftige deutsche Strafurteil gelangt, wobei berücksichtigt worden sei, dass auch "von österreichischer Seite Sozialversicherungspflicht beansprucht wurde". Dieses Strafurteil könne nicht völlig unbeachtet bleiben. Eine doppelte Vorschreibung sei in jedem Fall rechtswidrig. Der Standpunkt des deutschen Sozialversicherungsträgers sei vorweg nicht unzutreffend. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bloß um ein System zur Umgehung der österreichischen Sozialversicherungspflicht gehandelt habe.

1.2. Artikel 13 der Verordnung (EWG) 1408/71 lautet:

"Allgemeine Regelung

(1) Vorbehaltlich der Artikel 14c und 14f unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

c) ... "

Für die Beschäftigungszeiten des Erstmitbeteiligten ist in Ansehung des auf die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten bezogenen rechtlichen Verhältnisses zwischen dem in Österreich (und teilweise in Deutschland) arbeitenden Erstmitbeteiligten zur D. GmbH & CoKG mit Sitz in Deutschland bzw. der I. GmbH mit Sitz in Österreich die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige anzuwenden (vgl. zum Anwendungsvorrang der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in einem Entsendungsfall das hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2005, Zl. 2002/08/0165). Diese legt im Art. 13 Abs. 1 fest, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen. Für die Frage, welche Rechtsvorschriften das sind, wird in Art. 13 Abs. 2 Buchstabe A der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 als Ausgangspunkt das Beschäftigungslandprinzip (Territorialitätsprinzip) zu Grunde gelegt. Dieser Grundsatz steht unter dem Vorbehalt, dass die folgenden Art. 14 bis 17 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nichts anderes bestimmen.

1.3. Die Kollisionsnormen der Art. 13 bis 17 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 legen mit der Anwendbarkeit der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates zugleich auch dessen (internationale) Zuständigkeit zur Vollziehung fest. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass zwei Mitgliedstaaten in Bezug auf denselben Sachverhalt durchaus auch gleichzeitig ihre Zuständigkeit in Anspruch nehmen und die in ihrem Bereich geltende Rechtsordnung anwenden und so zu divergierenden Entscheidungen kommen können. Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO), ABl. L 12 vom 16.1.2001, S. 1, die solche Konsequenzen im Bereich der Zivil- und Handelssachen zurückdrängt, gilt nach deren Art. 1 Abs. 1 nicht für Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten und schließt in Art. 2 Abs. 2 lit. c die Anwendung auf die soziale Sicherheit aus.

1.4. Nur in einem Teilbereich und nur unter der Voraussetzung der Ausstellung eines Formblatts E 101 (Entsendebescheinigung) ordnet die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eine - zeitlich auf 12 bzw. 24 Monate begrenzte - Verpflichtung der Rücksichtnahme im Hinblick auf Entscheidungen des gegenbeteiligten Mitgliedstaates an:

Nach Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unterliegt ein Arbeitnehmer, der im Gebiet eines

Mitgliedstaates von einem Unternehmen, dem er gewöhnlich angehört, beschäftigt wird und der von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates entsandt wird, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und er nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist. Geht eine solche Arbeit, deren Ausführung aus nicht vorhersehbaren Gründen die ursprünglich vorgesehene Dauer überschreitet, über zwölf Monate hinaus, so gelten nach Art. 14 Abs. 1 Buchstabe b leg. cit. die Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats bis zur Beendigung dieser Arbeit weiter, sofern die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sich der Betreffende für die Arbeit begeben hat, oder die von dieser Behörde bezeichnete Stelle dazu ihre Genehmigung erteilt. Diese Genehmigung ist vor Ablauf der ersten zwölf Monate zu beantragen. Sie darf nicht für länger als zwölf Monate erteilt werden. Nach Art. 11 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 (Wanderarbeitnehmer - Durchführungsverordnung) stellt der Träger, den die zuständige Behörde desjenigen Mitgliedstaats bezeichnet, dessen Rechtsvorschriften weiterhin anzuwenden sind, auf Antrag des Arbeitnehmers oder seines Arbeitgebers ua in den Fällen des Artikels 14 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eine Bescheinigung (das Formblatt E 101) darüber aus, dass und bis zu welchem Zeitpunkt diese Rechtsvorschriften weiterhin für den Arbeitnehmer gelten. Nach Abs. 2 leg. cit. ist die ua in Artikel 14 Abs. 1 Buchstabe b der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vorgesehene Genehmigung vom Arbeitnehmer zu beantragen. Hat ein Mitgliedstaat auf Antrag des Arbeitnehmers oder seines Arbeitgebers eine derartige Entsendebescheinigung ausgestellt, so ist der zuständige Träger des Mitgliedstaats, in den der Arbeitnehmer entsandt wird, nach dem Urteil des EuGH vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache 202/97 (Fitzwilliam) an die Angaben in der Bescheinigung gebunden und kann daher den fraglichen Arbeitnehmer nicht seinem eigenen System der sozialen Sicherheit unterstellen, solange die Bescheinigung nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt wird. Für die Mitgliedstaaten gilt der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach Art. 10 EG-V. Sie würden ihre Verpflichtungen zur Zusammenarbeit verletzen, wenn sie sich nicht an die Angaben in der Bescheinigung gebunden sähen (Rz 51 und 52 des genannten Urteils). Der an die Entsendebescheinigung gebundene Mitgliedstaat kann bei Zweifeln über die Richtigkeit der Anwendung der EG-Verordnungen durch den Entsendestaat die "Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer" um Vermittlung anrufen (Rz 57 des genannten Urteils). Führt dies nicht zum Erfolg, kann er schließlich ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 f EG-V anstrengen (vgl. Rixen, Neue Entwicklungen im koordinierenden Sozialrecht der EU: Zur Bindungswirkung der E-101- Bescheinigung bei Arbeitnehmer-Entsendungen, SGB 2002, 93 ff, der die Bindung des Mitgliedstaates der Beschäftigung auch in Bezug auf die vom Herkunftsstaat behauptete Erfüllung der Ausstellungsvoraussetzungen der Bescheinigung hervorhebt, und Eichenhofer, Anknüpfungen im internationalen Sozialrecht, ZESAR 2002, 21 ff).

Da im vorliegenden Fall - ganz abgesehen von der 12 Monate überschreitenden Tätigkeit des Erstmitbeteiligten in Österreich - eine Entsendebestätigung weder beantragt noch ausgestellt wurde, kann in der Inanspruchnahme der Zuständigkeit durch einen österreichischen Sozialversicherungsträger - auch was die Entscheidung über die anzuwendende Rechtsordnung betrifft - keine Rechtswidrigkeit erblickt werden.

1.5. Da die Ausnahme von dem im Art. 13 Abs. 2 Buchstabe A der Verordnung Nr. 1408/71 (EWG) verankerten Grundsatz, dass der Arbeitnehmer den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates unterliegt, in dessen Gebiet er im Lohn- oder Gehaltsverhältnis tatsächlich tätig ist (Territorialitätsprinzip), im Fall des Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 (Entsendung nach Österreich) neben dem Erhalt der arbeitsrechtlichen Bindung des Arbeitnehmers zum Unternehmen, das ihn in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates entsendet hat, und der Bindung dieses Unternehmens an den Herkunftsmitgliedstaat (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 5. November 2003, Zl. 2000/08/0134) vor allem eine 12 Monate voraussichtlich nicht übersteigende Dauer dieser Arbeit voraussetzt, die vorliegende unstrittig überwiegend in Österreich ausgeübte Tätigkeit diesen Zeitrahmen voraussichtlich und tatsächlich aber bei Weitem überschritten hat (nur fallweise sollte "über die Grenze", dh im "Herkunftsstaat" Deutschland gearbeitet werden) und da auch Art. 14 Abs. 2 Buchstabe b erster Gedankenstrich der genannten Verordnung in Anbetracht des - nicht bestrittenen - Wohnorts des Erstmitbeteiligten in Österreich (vgl. Art. 1 Buchstabe h der genannten Verordnung) auf die österreichische Rechtsordnung verweist, kommt eine Anwendung der deutschen Rechtsordnung nicht in Frage.

2.1. Der beschwerdeführende Masseverwalter bestreitet nicht, dass der Erstmitbeteiligte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wurde. Strittig ist, wer als Dienstgeber des Beschwerdeführers anzusehen ist.

2.2. Mit dem Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 1997 (ASRÄG 1997), BGBl. I Nr. 139/1997, das in seinem Art. 7 die 54. Novelle zum ASVG enthält, wurde dem § 4 Abs. 2 ASVG mit Wirkung ab 1. Jänner 1998 (§ 572 Abs. 1 Z. 1 ASVG) folgender Satz angefügt:

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

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

"Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist."

Der zweite Satz des § 4 Abs. 2 ASVG wurde schließlich mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 (§ 589 Abs. 1 ASVG, § 593 Abs. 1 Z. 5 ASVG) durch das Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl. I Nr. 142/2000, und die 58. Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 99/2001, dahingehend geändert, dass er lautet:

"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."

Eine wesentliche Bedeutung dieser Bestimmungen liegt darin, dass für jene Zeiträume, für welche die Lohnsteuerpflicht der betreffenden Person nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 mit Bescheid der Finanzbehörde festgestellt ist, damit auch die Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG bindend feststeht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. Juni 2002, ZI. 2001/08/0107).

Die belangte Behörde stützt ihren Bescheid auf eine solche Bindung und führt dazu aus, der Lohnsteuerbescheid sei dadurch rechtskräftig geworden, dass er dem Masseverwalter auf "normalem" Postweg zugeschickt worden und kein Rechtsmittel erhoben worden sei. Die Angabe, er habe den Bescheid nicht erhalten, sei eine Schutzbehauptung.

Bei Zustellungen ohne Zustellnachweis gemäß § 26 Abs. 1 ZustG hat aber die Behörde die Tatsache der Zustellung nachzuweisen. Gelingt dies nicht, muss die Behauptung der Partei über die nicht erfolgte Zustellung als richtig angenommen werden. Die Behörde muss also bei Zustellungen ohne Zustellnachweis die Folgen dafür auf sich nehmen, dass der Behauptung der Partei, sie habe ein Schriftstück nicht empfangen, nicht wirksam entgegengetreten werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. März 2003, ZI. 2001/13/0302). Dies ist hier der Fall, denn der bloße Hinweis, die Behauptung der nicht erfolgten Zustellung sei eine "Schutzbehauptung" des beschwerdeführenden Masseverwalters, kann den fehlenden Zustellnachweis nicht ersetzen. Umstände, aus denen sich mit einer für die Beweisführung ausreichenden Sicherheit ergeben würde, dass dem beschwerdeführenden Masseverwalter der Lohnsteuerbescheid tatsächlich zugekommen ist, vermochte die belangte Behörde nicht zu ermitteln. Daraus, dass der Masseverwalter die angemeldeten Steuerforderungen nicht bestritten hat - wofür er in der Beschwerde Gründe angibt, die mit dem Lohnsteuerbescheid nichts zu tun haben - kann eine Zustellung nicht abgeleitet werden.

2.3. Die belangte Behörde hat - unabhängig von der angenommenen Bindung an den Lohnsteuerbescheid - den unter Einschaltung des Alfred K. aus Treuhänder geschlossenen Gesellschaftsvertrag zwischen dem Erstmitbeteiligten als Kommanditisten und der Komplementärin der D. GmbH & CoKG in Deutschland gemäß § 539a Abs. 1 ASVG aus dem Grund einer beabsichtigten "Umgehung der Sozialversicherungspflicht" insgesamt als "Scheinvertrag" qualifiziert und ein Dienstverhältnis mit der I. GmbH in Österreich angenommen. Der beschwerdeführende Masseverwalter bestreitet nicht, dass der Erstmitbeteiligte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in Österreich wohnhaft und überwiegend in Österreich als Mitglied einer drei bis vier Mann umfassenden Putzkolonne (als Maurer) für die I. GmbH tätig gewesen ist, dass er von Alfred K. in Österreich als Maurer aufgenommen wurde, dass Alfred K. Anweisungen und die Bekanntgabe der Einsatzorte bzw. Baustellen vorgenommen habe, dass die Fahrzeuge und Betriebsmittel von der I. GmbH zur Verfügung gestellt worden sind, dass er seinen Lohn von Alfred K. bar auf die Hand erhalten hat und dass der Erstmitbeteiligte wusste, " für die Firma I. tätig zu werden".

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher

Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Ein Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes im Sinne des § 539a Abs. 2 ASVG, durch den Verpflichtungen nach dem ASVG, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden können, liegt jedenfalls dann vor, wenn die Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse anders als mit der Absicht der Umgehung gesetzlicher Verpflichtungen nicht erklärt werden kann. An Stelle der nach der erwähnten Gesetzesstelle unbeachtlichen Konstruktion tritt gemäß § 539a Abs. 3 ASVG jene, die den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessen gewesen wäre. Gemäß § 539a Abs. 4 ASVG sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Dezember 2005, Zl. 2003/08/0201).

Die Begründung des angefochtenen Bescheides lässt sich im Wesentlichen dahin zusammenfassen, dass der Erstmitbeteiligte nicht für die D. GmbH & CoKG, sondern für die I. GmbH tätig gewesen ist. Die Gründung der D. GmbH & CoKG sei ausschließlich zum Zweck der Umgehung der Sozialversicherungspflicht der Dienstnehmer der I. GmbH und zum Zweck des Einsparens der Lohnnebenkosten erfolgt. Die abgeschlossenen Treuhandvereinbarungen seien als Scheinverträge zu qualifizieren, die Verträge zwischen der I. GmbH und der D. GmbH & CoKG und die dazugehörigen Zahlungen seien ebenfalls Scheinkonstruktionen ("imaginäre Zahlungen"). Daher sei die I. GmbH als Dienstgeberin des Erstmitbeteiligten anzusehen.

Der Verwaltungsgerichtshof schließt sich dem an:

Vorauszuschicken ist, dass eine Bindung an das deutsche Strafurteil (hier: in der Frage der Dienstgebereigenschaft) nicht besteht (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 11. Dezember 2003, Zl. 2002/21/0087, und vom 15. Dezember 2005, Zl. 2002/18/0224).

Der beschwerdeführende Masseverwalter hat die massiven Anhaltspunkte für die Annahme des Vorliegens einer Scheingesellschaft und von Scheingeschäften nicht in Zweifel gezogen. Auch der Umstand, dass bei der zweitmitbeteiligten Gebietskrankenkasse in den Jahren 1997 und 1998 insgesamt 86 Dienstnehmer der I. GmbH gemeldet waren, deren Zahl sich in den Jahren 1999 bis 2001 nach der Gründung der D. GmbH & CoKG auf 56 verringerte, wobei 14 "Kommanditisten" schon vor dieser Gründung als Dienstnehmer bei der I. GmbH gemeldet gewesen sind, wurde von der belangten Behörde schlüssig dahingehend beurteilt, dass Alfred K. meinte, bei sonst völlig gleichbelebenden betrieblichen Gegebenheiten für die bisherigen Dienstnehmer der I. GmbH im Ausland eine beitragschonende gesellschaftsvertragliche Anknüpfung schaffen zu können.

Auf dem Boden der Feststellungen der belangten Behörde ist diese daher zu Recht vom Bestehen einer Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten als Dienstnehmer der I. GmbH gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG, § 35 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG ausgegangen.

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

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VerordnungBGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. September 2006

### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 61997J0202 Fitzwilliam VORAB

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2004080087.X00

### **Im RIS seit**

18.01.2007

### **Zuletzt aktualisiert am**

11.11.2011

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)