

TE Bvwg Erkenntnis 2017/12/4 L501 2005177-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.12.2017

Entscheidungsdatum

04.12.2017

Norm

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §4 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

Spruch

L501 2005177-1/47E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Irene ALTENDORFER als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch die ALLRAT Wirtschaftstreuhandgesellschaft m.b.H., gegen den Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 17.07.2012, Zl. 20305-V/14.977/6-2012, betreffend die Feststellung der Pflicht(Voll)versicherung in der Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung gemäß § 4 Abs. 1 und 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) sowie § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) von Herrn XXXX , VSNR. XXXX , für den Zeitraum 01.01.2005 bis 31.12.2008 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 17.07.2012, Zl. 20305-V/14.977/6-2012, wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) aufgehoben und festgestellt, dass Herr XXXX , VSNR. XXXX , aufgrund der für die XXXX als freier Dienstnehmer ausgeübten entgeltlichen Tätigkeit im Zeitraum 01.01.2005 bis 31.12.2008 der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 4 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) unterliegt sowie von 01.01.2008 – 31.12.2008 überdies der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG).

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

I.1. Nachdem die ALLRAT Wirtschaftstreuhandgesellschaft m.b.H. bereits im Rahmen der bei der beschwerdeführenden Partei (in der Folge bP) durchgeführten Prüfung als Vertreterin der bP aufgetreten war, erhob sie mit Schreiben vom 15.10.2010 "auftrags und im Namen der abgabepflichtigen Gesellschaft" Einspruch gegen den Prüfbericht und die Beitragsvorschreibungen vom 08.10.2010 und beantragte die Ausstellung eines Bescheides.

Mit Bescheid vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 43/11, wurde von der Salzburger Gebietskrankenkasse (in der Folge belangte Behörde) festgestellt, dass Herr XXXX (in der Folge Mitbeteiligter, kurz MB) aufgrund der für die beschwerdeführende Partei (in der Folge bP) ausgeübten Tätigkeit in der Zeit von 01.01.2005 bis 31.12.2008 als Dienstnehmer der Pflicht(Voll)versicherung in der Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass im Rahmen einer bei der bP durchgeführten Sozialversicherungsprüfung gemäß § 41 a ASVG (Prüfzeitraum 01.01.2005 – 31.12.2008) Melde- und Beitragsdifferenzen betreffend den MB festgestellt worden seien. Die bP betreibe ein Planungsbüro auf Basis der Gewerbeberechtigung planender Baumeister und biete Planung, Einreichung für Baubewilligungen sowie Bauüberwachung und Abrechnung an. Die bP habe 1988 mit dem MB, der seit dem Jahr 1986 das freie Gewerbe Einrichtungsberater ausübe, vereinbart, Planungsaufträge, die er mangels gewerberechtlicher Befugnis nicht übernehmen dürfe, der bP zu vermitteln und gemeinsam mit ihr zu betreuen. Um die bP im Zusammenhang mit den Planungsaufträgen jederzeit unbeschränkt vor den öffentlichen Behörden vertreten zu können, sei der MB – ohne Gesellschafter zu sein – zum handelsrechtlichen Geschäftsführer der bP bestellt worden. Für die vermittelten Einreich- und Planungsaufträge habe der MB jeweils nach Jahresabschluss eine Erfolgs- bzw. Betreuungsprovision auf Basis der erzielten Umsatzerlöse lukriert sowie monatlich die unmittelbaren Kundenaufwendungen (Verköstigung, Kundenwerbung, Nächtigungen) nach Rechnungslegung ersetzt erhalten. Die diesbezüglich von der bP vorgelegte schriftliche Vereinbarung stamme ihrem äußeren Schein nach mit hoher Wahrscheinlichkeit aus einem Zeitraum nach 1988 und sei nicht unterzeichnet. Die bP und der MB hätten das Provisionsmodell so erklärt, dass der MB nur jene Aufträge an die bP weitergebe, die er als Einzelunternehmer nicht alleine bewältigen könne. Alle anderen Aufträge behielte sich der MB als (gleichsam parallel existierender) Einzelunternehmer vor und nutze er zu deren Bearbeitung wiederum die Infrastruktur der bP. Dafür erhalte er einmal im Jahr eine Rechnung, von welcher die Vermittlungsprovisionen abgezogen werde. Tatsächlich habe jedoch der MB die bP nach außen vertreten und auch die innere Organisation gestaltet, überwacht und gesteuert. Er sei regelmäßig - wenn auch nicht monatlich - für seine Tätigkeiten als Geschäftsführer bezahlt worden, indem er für die verschafften Planungsaufträge eine jährliche Erfolgsprovision erhalten habe. Die Provision sei zwar nicht in bar oder mittels Überweisung zugeflossen, es hätten sich hierdurch aber die Kosten für die von seinem Einzelunternehmen genutzte Infrastruktur der bP verringert. Dies stelle einen geldwerten Vorteil da. Der MB trage im Verhältnis zur bP kein wirtschaftliches Risiko, da er jeden erlangten Auftrag entweder der bP übergeben oder den Gewinn aus dem Planungsauftrag selbst im eigenen Einzelunternehmen lukrieren könne; je nachdem, ob er die Provision oder den Gewinn aus dem Einzelunternehmen höher einschätze. Lediglich am Anfang seiner einzelnen "Vermittlungen" trete er nach außen als Einzelunternehmer auf. Die Infrastruktur der bP benutze er insofern, als er zur Erlangung seiner Provision die Gewerbeberechtigung von der bP ausleihe, um seine Tätigkeit überhaupt ausführen zu können. Das Prüforgan habe den MB ohne Vorankündigung zumindest dreimal im Unternehmen angetroffen. Im Prüfungszeitraum sei die bP im 2. Stock des Privathauses des MB einquartiert gewesen, während das Büro des MB als Einzelunternehmer im 1. Stock gelegen sei. Allein diese räumliche Nähe ließe darauf schließen, dass der MB die Geschäftsführung nicht nur aus dem Grund seines verwaltungsbehördlichen Auftretens benötigt habe. Der MB sei daher im Zeitraum 2005 - 2008 als Geschäftsführer im Ausmaß der Provisionsbezüge Bezieher von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gewesen. Beweiswürdigend wurde ausgeführt, dass die Feststellungen auf dem im Rahmen der GPLA teilweise vor Ort festgestellten Sachverhalt, den Angaben des MB sowie den vorgelegten Schriftstücken beruhen würden. Nach Zitierung der rechtlichen Bestimmungen wurde festgestellt, dass ein sich nur auf die Provisionsvermittlung beziehender, originärer Werkvertrag nicht vorgelegt worden sei und zudem ein Werkvertrag (ebenso ein Auftrag) bereits begrifflich nicht vorliegen könne.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 42/11, wurde festgestellt, dass die bP als Dienstgeberin im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG verpflichtet ist, die mit Beitragsvorschreibung vom 09.11.2010 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge sowie Verzugszinsen zu entrichten. Nach Anführung der

entsprechenden Gesetzesbestimmungen wurde abschließend ausgesprochen, dass der Bescheid auf den Versicherungspflichtbescheid, die Beitragsvorschriften vom 09.11.2010 und 08.08.2011 (Gutschrift) und den Prüfbericht vom 11.11.2010, welche jeweils einen integrierten Bestandteil des Bescheides darstellen, Bezug nimmt.

Begründend wurde ausgeführt, dass der MB mit Versicherungspflichtbescheid für den Zeitraum von 01.01.2005 - 31.12.2008 in die Pflicht(Voll)versicherung gemäß § 4 Abs. 2 einbezogen worden sei, sodass die entsprechende Nachverrechnung der diesbezüglichen Beiträge evident sei. Nach Darstellung des prozentuellen Verhältnisses der Provisionsansprüche zu den Forderungen für die Infrastrukturnutzung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum und Wertung der Provisionen als geldwerten Vorteil aus einem abhängigen Dienstverhältnis wurde festgehalten, dass der MB als Geschäftsführer im Ausmaß der Provisionsbezüge Bezieher von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gewesen ist.

Im Akt der belangten Behörde findet sich ein Zustellnachweis, auf welchem sich im Feld "Empfänger" der Name der bP, im Feld "Übernahmebestätigung" der handschriftlich eingetragene Tag der Übernahme (24.08.2011), die Unterschrift des übernehmenden Geschäftsführers XXXX sowie das angekreuzte Feld "Arbeitgeber" neben dem durchgestrichen "Arbeitnehmer" befinden; neben der im Formular vorgesehenen GZ findet sich die gedruckte Zahl XXXX, darunter der handschriftliche Vermerk "046- XXXX XXXX -CF 42/11 u. 43/11"; als Absender scheint die belangte Behörde auf.

Mit Schreiben vom 24.08.2011 wurde von der Vertretung der bP auftrags und im Namen der beitragspflichtigen Gesellschaft gegen den "Bescheid vom 19.08.2011, Kto. Nr. XXXX, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 43/11" (zitiert gemäß Original), fristgerecht Einspruch erhoben; der Betreff dieses Schreibens enthält folgende Aufzählung: Kto. Nr. XXXX, GZ.: 046- XXXX XXXX /CF 43/11, Name der bP, Einspruch gegen Bescheid vom 19. August 2011, Antrag auf Aussetzung der Einhebung. Die bP bestritt die Dienstnehmereigenschaft des MB und monierte insbesondere eine unrichtige Sachverhaltsdarstellung sowie eine mangelnde Berücksichtigung der vorgelegten Gesellschafterbeschlüsse und Vereinbarungen, die in der Folge im Einspruch wörtlich wiedergegeben werden (Vereinbarung vom Dezember 1988 und Ergänzung zum Generalversammlungsbeschluss vom 13.10.2004). Sowohl der gewerberechtliche Geschäftsführer als auch der Einrichtungsberater MB seien auf Basis eines Werkvertrages bzw. Auftragsverhältnisses für die bP tätig und habe zu keinem Zeitpunkt eine Eingliederung bzw. Weisungsgebundenheit der Genannten in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers (bP) bestanden. Beide würden ihre Leistungen auf Basis der gewerberechtlichen bzw. freiberuflichen (Diplomingenieur und Baumeister) Grundlagen als selbständige Unternehmer ohne jedwede wirtschaftliche Abhängigkeit und Weisungsbindung (§ 47 Abs.2 EStG 1972) erbringen. Die dem MB für die Nutzung der Infrastruktur verrechneten Kosten seien im verfahrensgegenständlichen Zeitraum immer höher gewesen als die dem MB laut Werkvertrag gebührenden Provisionen, sodass es zu keiner Auszahlung gekommen sei. Aus dem Umstand der Provisionsvereinbarung sei keineswegs ein "Anspruchslohn" im Sinne des ASVG abzuleiten. Die Ausführungen der belangten Behörde zum wirtschaftlichen Risiko würden überdies dem Vorliegen eines Dienstverhältnisses widersprechen. Dass die Prüforgane den MB im Prüfungszeitraum von ca. fünf Wochen dreimal im Unternehmen angetroffen hätten, sei keine dienliche Grundlage für die unterstellte "Weisungsgebundenheit und Abhängigkeit bzw. Unterordnung", zumal die Prüfungstage vorab vereinbart und abgesprochen gewesen seien. Zudem habe die belangte Behörde nicht berücksichtigt, dass es bei der bP immer einen der Gesellschafterversammlung weisungsgebundenen handelsrechtlichen Geschäftsführer im Dienstverhältnis gegeben habe. Der "zusätzlich" eingetragene Geschäftsführer MB sei mit der notwendigen Handlungsvollmacht vor Behörden für die Gesellschaft ausgestattet gewesen. Die Ausführungen im Bescheid in Bezug auf das Vorliegen von Scheingeschäften und Scheinhandlungen seien zurückzuweisen. Abschließend wurde beantragt, den berufenen Bescheid aufzuheben, die zu Unrecht vorgeschriebenen Beitragsfestsetzungen wieder gutzuschreiben sowie die zu Unrecht festgesetzten Beiträge bis zur Erledigung des Einspruches von der Einhebung auszusetzen.

Mit Vorlagebericht vom 16.04.2012 legte die belangte Behörde den Einspruch samt Akt der Landeshauptfrau von Salzburg als Rechtsmittelinstanz vor; der Betreff des Schreibens lautete:

Einspruch vom 25.08.2012 gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 19.08.2011 zu GZ 046- XXXX XXXX /CF 43/11. Der Vorlagebericht, der ausschließlich auf die Ausführungen im Bescheid verweist, wurde der bP zur Äußerung übermittelt.

In ihrer Stellungnahme vom 03.05.2012 wiederholte sie im Wesentlichen ihre Ausführungen vom Einspruch und verwies insbesondere auf einen Bescheid des Unabhängigen Finanzsenats vom 26.03.2012, welcher sämtliche

betroffenen Bescheide ersatzlos aufgehoben habe. Die MB sei von den Gesellschaftern ausdrücklich weisungsfrei gestellt worden (Gesellschafterbeschluss). Für die betrieblichen, kaufmännischen und handelsrechtlichen Belange sei Frau XXXX (in der Folge Frau M.), Ehefrau des MB, zur Geschäftsführerin bestellt worden; sie sei den Weisungen der Gesellschafter unterlegen. Die ungebührliche Äußerung des GLA Prüfers, Frau M. sei zur Geschäftsführung nicht fähig, werde entgegeng gehalten, dass es weder Auftrag noch Befähigung eines GLA Prüfers sei, die Fähigkeiten und fachlichen Möglichkeiten einer bestellten Geschäftsführerin zu bewerten. Der MB habe für die Erbringung der Werkleistungen eigene Betriebsmittel gestellt und für die genutzten Betriebsmittel der bP (insbesondere KFZ, CAD-Computer-Drucker) im Rahmen seiner Tätigkeit als Werkauftragnehmer als auch vorwiegend im Rahmen seiner selbständigen gewerblichen Tätigkeit Kostenersatz geleistet. Abschließend wird beantragt die berufenen Bescheide aufzuheben bzw. der (nicht entschiedenen) Berufungsanträge zur Aufhebung der Bescheide stattzugeben. Über Aufforderung übermittelte die bP mit Schreiben vom 11.06.2012 den Bescheid des Unabhängigen Finanzsenates vom 26.03.2012, Berufung und Vorlageantrag gemäß § 276 (2) BAO vom 04.10.2010, Bescheide betreffend Aufhebung von Nebengebühren vom 10.05.2012, Haftungsbescheide vom 16.09.2010, Bescheide betreffend Nebengebühren vom 10.04.2012, Niederschrift über die Schlussbesprechung gemäß § 149 Abs. 1 BAO Sozialversicherungsprüfung, Lohnsteuerprüfung und Kommunalsteuerprüfung.

Mit dem verfahrensgegenständlich bekämpften Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 17.07.2012, Zl. 20305-V/14.977/6-2012, wurde der Einspruch gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 19.08.2011, Zl. 046/XXXX XXXX /CF 43/11, als unbegründet abgewiesen. In der Begründung wurde u.a. festgehalten, dass die bP gegen den Nachverrechnungsbescheid der belangten Behörde vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 42/11, kein Rechtsmittel ergriffen habe und dieser demnach in Rechtskraft erwachsenen sei.

Gegen diesen Bescheid erhob die bP mit Schreiben vom 26.07.2012 fristgerecht Berufung an den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit der eingangs die Rechtskraft des Nachverrechnungsbescheides der belangten Behörde vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 42/11, bestritten sowie im Wesentlichen das bisherige Vorbringen wiederholt wird. Ergänzend wird ausgeführt, dass jeder von dem MB an die bP weitervermittelte Hochbauauftrag einen eigenen Werkauftrag darstelle, der oftmals über mehrere Monate bzw. auch Jahre abgewickelt werde. Provisionsansprüche würden nur von vollständig abgewickelten Aufträgen abgerechnet werden. Der MB habe sein Büro unabhängig und räumlich getrennt vom Büro der bP betrieben. Er habe für Privatfahrten einen weiteren PWK zur Verfügung, weshalb er den LKW Chrysler ausschließlich für betriebliche Fahrten als selbständiger Einrichtungsplaner verwendet habe. Abgedruckt ist zudem ein "Zitat" des MB, wonach er einen Auftrag nur dann an die bP vermittele, wenn es sich erkennbar um ein Hochbau-Projekt handle und er den Auftrag von Beginn weg im eigenen Interesse und nicht im Auftrag der bP begleite, da der Teil des Innenarchitekten – Einrichtungsplaners zeitlich gegen Ende des Gesamtauftrages komme. Er habe nach Abzug der Provisionsansprüche noch Kosten für den Chrysler, den er für seine selbständige Auftragsabwicklung verwende, zu ersetzen gehabt. Er könne nicht von der bP wirtschaftlich abhängig sein, seine Umsätze und Gewinne hätten im Jahr 2005 U 143.173,24, G 78.234,98, 2006 U 70.765,00, G 38.872,96, 2007 U 108.844,46, G 39.815,95, 2008 U 88.975,00, G 35.862,78 betragen. Die im Rahmen des Einspruchs vom 24.08.2011 wörtlich wiedergegebene "Ergänzung zum Generalversammlungsbeschluss vom 13.10.2004" wurde der Berufung als Beilage angefügt und enthält diese am Ende folgende handschriftliche Vermerke: ‚Diese Vereinbarung wurde am 04.12.2004 von mir gefertigt‘, Unterschrift des Gesellschafters XXXX XXXX (in der Folge Gesellschafter L.) und ‚wurde von mir ebenfalls unterschrieben‘, Unterschrift XXXX (in der Folge Herr W.), Sohn des MB.

Das Verfahren über die Berufung der bP gegen den Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 17.07.2012, Zl. 20305-V/14.977/6-2012, betreffend die Feststellung der Versicherungspflicht des MB wurde mit Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 29.12.2012, GZ. BMASK-429024/0001-II/A/3/2012, gemäß § 38 AVG bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage bezüglich der Lohnsteuerpflicht durch die zuständige Abgabenbehörde ausgesetzt.

I.2. Mit Schreiben an die belangte Behörde vom 21.09.2012 beantragte die bP unter Hinweis auf die von ihr erhobene Berufung die Aussetzung der Einhebung der nicht rechtskräftigen Vorschreibungen. Mit E-Mail vom 02.10.2012 teilte die belangte Behörde der Vertretung der bP wie folgt mit: "Wie am gestrigen Tage telefonisch besprochen, übermittle ich Ihnen im Anhang nochmals den Beitragspflichtbescheid zu GZ 046/ XXXX XXXX /CF 42/11 sowie den Rsb Rückschein nicht fristauslösend zu Ihrer Information. Das Passwort kommt in einem separaten E-Mail."

Mit Schreiben vom 02.10.2012 betonte die bP neuerlich, dass sie gegen beide ungebührlichen Bescheide der belangten

Behörde Einspruch bzw. Berufung eingelegt habe. Während die belangte Behörde für ein und denselben Sachverhalt zwei Bescheide ausgestellt habe, wären die Einsprüche in einem Schreiben und Antrag eingebracht worden. Auf dem Rückscheinkuvert sei die GZ. XXXX angeführt gewesen und habe sie unter Anführung der GZ XXXX den Einspruch ordnungsgemäß an die LH von Salzburg gerichtet und den Antrag gestellt, den berufenen Bescheid aufzuheben und die zu Unrecht vorgeschriebenen Beitragsfestsetzungen wieder gutzuschreiben. Desgleichen sei der Antrag auf Aussetzung der Einhebung gestellt worden.

Mit Schreiben vom 04.10.2012 erläuterte die belangte Behörde die von ihr vorgenommene Erlassung von zwei Bescheiden (Versicherungspflicht- und Beitragspflichtbescheid), die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Geschäftszahlen in Abgrenzung zur Dienstgeberkontonummer XXXX sowie die Erwägungen zur eingetretenen Rechtskraft des Beitragspflichtbescheides vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 42/11. Die Anfügung einer Beilage (Beitragspflichterledigung vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 42/11) kann dem Akt nicht entnommen werden.

Mit einem am 16.10.2012 eingelangten Schreiben hielt die bP ihren Antrag auf Aussetzung der Einhebung der nicht rechtskräftigen Vorschreibungen aufrecht und brachte vor, dass eine Zuordnung der Berufung aufgrund Anführung der GZ. XXXX immer gegeben gewesen sei. Mit E-Mail vom 16.10.2012 teilte die belangte Behörde mit, dass die Landeshauptfrau mit Bescheid vom 17.07.2012 über die Rechtskraft des Beitragspflichtbescheides abgesprochen habe und es der bP frei stehe, einen Antrag auf Wiederaufnahme gemäß § 69 AVG zu stellen. Mit E-Mail vom 16.10.2012 wiederholte die bP ihr Vorbringen zum Nichteintritt der Rechtskraft. Mit Schreiben vom 10.10.2012, eingelangt am 06.11.2012, beantragte die bP die Wiederaufnahme des Beitragspflichtverfahrens nach Beantwortung der Vorfrage im Versicherungspflichtverfahren.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 12.02.2013, GZ. 046- XXXX XXXX /UK 07/13, wurde der Antrag auf Wiederaufnahme vom 10.10.2012 abgewiesen, da die zuständige Rechtsmittelinstanz das Versicherungspflichtverfahren ausgesetzt hat und sohin über die Vorfrage – die Versicherungspflicht des MB – noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist.

Mit E-Mail vom 22.02.2013 teilte die belangte Behörde der bP mit, dass das anhängige Exekutionsverfahren eingestellt werde, da bereits € XXXX ,-- überwiesen worden seien und für den Rest ein Antrag des MB an die SVA auf Rückerstattung des bestehenden Guthabens zu ihren Gunsten vorliege.

Gegen die Abweisung des Antrages auf Wiederaufnahme erhob die bP mit Schreiben vom 18.02.2013 Berufung an die Landeshauptfrau von Salzburg, in der sie im Wesentlichen ihre Ausführungen zur mangelnden Rechtskraft des Beitragspflichtbescheides wiederholte und ergänzend mitteilte, dass der Beitragspflichtbescheid vom 19.08.2011 in einem Kuvert unter Anführung der GZ XXXX zugestellt worden sei, wobei ein weiterer Bescheid laut dem übernehmenden Geschäftsführer in diesem Kuvert nicht enthalten gewesen sei. Im August 2011 sei die Beitragsvorschreibung der zu unrecht vorgeschriebenen Beiträge mit GZ XXXX der Gesellschaft zugestellt worden. Mit Berufung vom 24.08.2011 sei gegen die Beitragsvorschreibungen und die unrichtigen Feststellungen Einspruch erhoben und der Antrag auf Aussetzung der Einhebung gestellt worden. Im Zuge der Exekutionsführung der belangten Behörde sei ein Betrag von € 51.187,28 an die belangte Behörde überwiesen und hinsichtlich der Dienstnehmeranteile die SVA angewiesen worden, von dem dort bestehenden Guthaben einen Betrag von € 55.000,-- der belangten Behörde zu übergeben. Die Übertragung sei jedoch seitens der SVA verweigert worden, da gegenständlich ein Dienstverhältnis nicht vorliege.

Das Rechtsmittel wurde von der belangten Behörde der Landeshauptfrau von Salzburg vorgelegt. Im Rahmen des von der Landeshauptfrau von Salzburg gewährten Parteiengehörs wiederholte die bP mit Schreiben vom 10.05.2013 im Wesentlichen ihr diesbezügliches Berufungsvorbringen.

Mit Schreiben vom 12.08.2013 wandte sich die bP an das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz um "im Berufungsverfahren betreffend Einspruch gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 12.02.2013, GZ. 046- XXXX XXXX /UK 07/13" (Anmerkung: betrifft die Wiederaufnahme des Beitragspflichtverfahrens; dieses war zu diesem Zeitpunkt bei der Landeshauptfrau von Salzburg anhängig) die Sachverhaltsdarlegung zu ergänzen. Sie wiederholte im Wesentlichen ihre bereits diesbezüglich in den Schreiben vom 18.02.2013 und 10.05.2013 an die Landeshauptfrau von Salzburg enthaltenen Ausführungen. In einem Aktenvermerk des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz ist diesbezüglich festgehalten, dass die bP

dahingehend informiert wurde, dass das bei der Behörde anhängige Verfahren (Anmerkung: betrifft Berufung gegen den Sozialversicherungspflichtbescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 17.07.2012, Zl. 20305-V/14.977/6-2012) mit Bescheid vom 29.12.2012 rechtskräftig ausgesetzt worden sei.

I.3. Nach Übergang der Zuständigkeit auf das Bundesverwaltungsgericht teilte die Vertretung auftrags und im Namen der bP mit Schreiben vom 13.07.2015 im "Beschwerdeverfahren betreffend Einspruch gegen die Bescheide der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 12.02.2013, GZ-046- XXXX XXXX /UK 07/13," (Anmerkung: betrifft die Wiederaufnahme des Beitragspflichtverfahrens) mit, die Sachverhaltsdarlegung zu ergänzen und den Antrag auf Entscheidung durch den Senat und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung stellen zu wollen. Nach Darlegung der Geschehnisse und Auflistung der Beilagen (A bis C beziehen sich auf Schreiben im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme des Beitragspflichtverfahrens, D bis H auf die Exekutionsführung) moniert die bP erneut das Unterbleiben eines Verbesserungsauftrages gemäß § 13 AVG hinsichtlich ihres Einspruches vom 24.08.2011 betreffend den Beitragspflichtbescheid der belangten Behörde und führt Argumente an, die ihrer Ansicht nach gegen eine positive Lösung der als Vorfrage zu klärenden Sozialversicherungspflicht des MB sprechen.

Mit Schreiben vom 30.10.2015 übermittelte die bP diverse Saldenlisten, ein Formular Auftragsbestätigung, eine Gegenüberstellung der Gesamtumsätze der bP und den auf Vermittlungen des MB beruhenden Umsätzen, den Gesellschaftsvertrag vom 21.06.1988 in Kopie, das Protokoll Generalversammlung 28.10.1993 in Kopie, den Gesellschaftsvertrag 28.10.1993 in Kopie, den Gesellschafterbeschluss vom 12.4.1999 in Kopie, Außerordentliche Generalversammlung 13.10.2004 in Kopie, Vereinbarung vom 4.12.2004 zwischen Gesellschafter L. – Herrn W. (Anmerkung: kein Original, sondern nur mit den handschriftlichen Notizen "Diese Vereinbarung wurde von mir gefertigt []), den Gesellschafterbeschluss vom 10.08.2006, 05.08.2007, 06.08.2008 und 30.07.2010, jeweils in Kopie. Hinsichtlich der Vereinbarung zwischen der "ARGE-Arbeitsgemeinschaft – Innenverhältnis" bP und dem MB aus dem Jahr 1988 wurde mitgeteilt, dass das Original im Zuge der mehrmaligen Übersiedlung der Gesellschaft bzw. in Folge von Betriebsprüfungen nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist bereits entsorgt worden sein dürfte. Die Originale seien bei vorhergehenden abgabenbehördlichen Prüfungen vorgelegt worden. Ergänzend wurde ausgeführt, dass für einen durch den MB verursachten Schaden dieser Ersatz leisten müsse bzw. seine Betriebshaftpflichtversicherung Deckung geben müsse. Die Eintragung im Firmenbuch für Prokura bzw. Geschäftsführung sei aus zivilrechtlichen Gründen (Verhandlungen und Vertretung vor Baubehörden bzw. Landesbehörden) erfolgt und erhalte der MB hierfür kein Entgelt.

Mit Schreiben vom 12.01.2017 übermittelte die bP drei ihrer Ansicht nach für das gegenständliche Verfahren relevante Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes (2013/15/0202, Ro 2014/08/0045, 2010/08/0240).

Mit Schreiben vom 01.02.2017 wurde der belangten Behörde zu den im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht seitens der bP vorgelegten Unterlagen und Ausführungen Parteiengehör gewährt.

I.4. Mit Schreiben des Verwaltungsgerichts vom 08.09.2017 wurde die Vertretung der bP aufgefordert mitzuteilen, auf welche Weise sie in den Besitz bzw. in Kenntnis des Inhalts des Briefes gelangt sei, der mit dem unter Punkt I.1. beschriebenen Zustellnachweis der bP übersandt worden sei; konkret ob sie den Briefinhalt im Original (etwa auf dem Postweg oder durch persönliche Aushändigung) oder in Kopie (etwa per E-Mail, Fax oder Aushändigung einer Kopie) erhalten habe.

Mit Schriftsatz vom 25.09.2017 teilte die Vertretung der bP mit, dass ihr der Bescheid der belangten Behörde vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 43/11, am 24.08.2011 per E-Mail, der Bescheid der belangten Behörde vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 42/11, von der belangten Behörde als Beilage zum Schreiben vom 04.10.2012 übersandt worden sei.

Mit Schreiben des Verwaltungsgerichts vom 14.11.2017 wurde die belangte Behörde von der Stellungnahme der Vertretung der bP vom 25.09.2017 in Kenntnis gesetzt und um Mitteilung ersucht, ob hinsichtlich der Bescheide vom 19.08.2011, Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 43/11 und Zl. 046/ XXXX XXXX /CF 42/11, noch anderweitige Zustellungen vorgenommen worden seien.

Mit Schriftsatz vom 27.11.2017 gab die belangte Behörde bekannt, dass der Versicherungspflichtbescheid auch dem MB übermittelt worden sei, eine anderweitige Zustellung jedoch nicht erfolgt sei.

Auf Anfrage des Verwaltungsgerichts teilte die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft mit, dass der MB

bis 30.06.2016 als "Neuer Selbständiger" gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG pflichtversichert gewesen sei, und übermittelte dessen damaligen Antrag. Auf diesem Antrag war vom MB angekreuzt worden, dass er für die angeführte Tätigkeit "Einrichtungsberater" über keine berufsrechtliche Berechtigung verfügt. Die Wirtschaftskammer teilte auf Anfrage mit, dass der MB bis dato kein Mitglied der Wirtschaftskammer gewesen sei. Den Parteien wurde zu diesen Informationen Parteiengehör gewährt.

I.5. Finanzrechtliche Verfahren: Bei der für die Jahre 2005 bis 2008 stattgefundenen gemeinsamen Prüfung lohnabhängiger Abgaben (GPLA) beurteilte der Prüfer die Leistungsbeziehungen zwischen der GmbH einerseits und dem MB andererseits als Dienstverhältnis. Folglich erließ das Finanzamt betreffend die Jahre 2005 – 2008 entsprechende Lohnsteuerhaftungsbescheide sowie Bescheide über die Festsetzung von Dienstgeberbeitrag (DB) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ). Die gegen diese Bescheide erhobene Berufung legte das Finanzamt ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat vor. Mit Bescheid vom 26.03.2012, RV/0654-S/10, hob der Unabhängige Finanzsenat die angefochtenen Bescheide auf und verwies die Sache an die Abgabenbehörde zurück, weil der Sachverhalt in wesentlichen Teilen nicht ausreichend festgestellt worden war. Das Finanzamt erließ sodann am 05.09.2012 neuerlich Bescheide über die Festsetzung des Dienstgeberbeitrages und des Zuschlages zum Dienstgeberbeitrag für die Jahre 2005 – 2008, jedoch keine Lohnsteuerhaftungsbescheide. Die gegen diese Bescheide erhobene Berufung wurde wiederum ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt und mit Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts vom 24.07.2014, GZ. RV/6100559/2012, dahingehend erledigt, als die Bemessungsgrundlagen und die Höhe des DB und DZ abgeändert wurden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Feststellungen:

II.1.1. Nachdem die ALLRAT Wirtschaftstreuhandgesellschaft m.b.H. bereits im Rahmen der im Vorfeld durchgeführten GPLA Prüfung als Vertreterin der bP aufgetreten war, beantragte sie mit Schreiben vom 15.10.2010 "auftrags und im Namen der abgabepflichtigen Gesellschaft" die Ausstellung eines Bescheides.

Im Akt der belangten Behörde findet sich ein Zustellnachweis auf welchem sich im Feld "Empfänger" der Name der bP sowie ihre Adresse in XXXX , im Feld "Übernahmebestätigung" der handschriftlich eingetragene Tag der Übernahme (24.08.2011), die Unterschrift des übernehmenden Geschäftsführers XXXX sowie das angekreuzte Feld "Arbeitgeber" neben dem durchgestrichen "Arbeitnehmer" befinden; neben der im Formular vorgesehenen GZ findet sich die gedruckte Zahl XXXX , darunter der handschriftliche Vermerk "046- XXXX XXXX /CF 42/11 u. 43/11"; als Absender scheint die belangte Behörde auf. Der Inhalt des mit dem beschriebenen Zustellnachweis übersandten Briefes wurde vom Geschäftsführer der bP, Herrn XXXX (Herrn W.), übernommen.

Im Akt befindet sich ein Zustellnachweis, auf dem der Name des Mitbeteiligten MB als Empfänger sowie die GZ. 046/ XXXX XXXX /CF 43/11 aufscheinen. Die Übernahme des hiermit zugestellten Briefes wurde im Feld "Übernahmebestätigung" von der Ehefrau des MB durch ihre Unterschrift bestätigt.

II.1.2. Die bP wurde am 21.06.1988 von Herrn L. und Herrn Ing. XXXX (in der Folge Herr Ing. T.) als GmbH mit Sitz in Salzburg gegründet. Im Firmenbuch ist sie unter der FN XXXX (ehemals Landesgericht Salzburg HRB XXXX) eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist laut Gesellschaftsvertrag: Durchführung von Planungen aller Art, Betrieb und Ausübung des Baumeistergewerbes, Betrieb eines Innenarchitekturbüros. Herr L., zugleich Leitender Angestellter der Vertretung der bP, war bis einschließlich 2015 Mehrheitsgesellschafter (99 %) der bP, Herr Ing. T. bis 2004 Minderheitsgesellschafter (1%). Den Gesellschaftsanteil von Herrn Ing. T. übernahm in der Folge Herr W., Sohn des MB (im Firmenbuch eingetragen am 06.11.2004). Mit notariellem Abtretungsvertrag vom 16.09.2015 trat Herr L. seinen Geschäftsanteil an Herrn W. (sodann Mehrheitsgesellschafter) und an Frau XXXX (sodann Minderheitsgesellschafterin) ab.

Der MB war im Firmenbuch vom Gründungszeitpunkt bis zum 06.11.2004 als selbständig vertretungsbefugter Prokurist und anschließend bis zum 05.01.2010 als selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer eingetragen. Herr Ing. T. vertrat die bP laut Firmenbuch ab 05.07.1988 als Prokurist selbständig, ab 17.04.1999 gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen.

Die Ehefrau des MB, Frau M., fungierte vom Gründungszeitpunkt bis zum 16.04.1999 als selbständig

vertretungsbefugte Geschäftsführerin der bP. Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum hatte die bP drei handelsrechtliche Geschäftsführer, nämlich den MB (alleinvertretungsbefugt), dessen Gattin Frau M., vertretungsberechtigt gemeinsam mit einem weiteren GF oder Prokuristen, und deren Sohn Herrn W., ebenfalls vertretungsbefugt gemeinsam mit einem weiteren GF oder Prokuristen. Frau M. und Herr W. waren im streitgegenständlichen Zeitraum Dienstnehmer der bP. Frau M. wurde mit Ablauf des Stichtages 31.12.2009 von ihrem Amt als Geschäftsführerin enthoben.

Die bP betreibt ein Planungsbüro und bietet insbesondere für den Bereich Gastronomie Bauplanungen, Bauüberwachung sowie Abrechnung an. Die dafür nötige Konzession wurde bis zum 02.06.2004 von dem gewerberechtigten Geschäftsführer Ing. T. und im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von dem gewerberechtigten Geschäftsführer Dipl. Ing. XXXX (in der Folge Herr DI H.) beigebracht.

Der MB erlernte den Beruf des Tischlers, er wurde Meister und arbeitete ab 1986 als Einrichtungsberater. Mit 01.01.1998 meldete sich der MB als Einrichtungsberater zur Pflichtversicherung nach dem GSVG an, wobei er im Antragsformular angab, über keine berufsrechtliche Berechtigung zu verfügen. Der MB war bis 30.06.2013 als Neuer Selbständiger gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG versichert; eine Mitgliedschaft zur Kammer der gewerblichen Wirtschaft lag im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht vor. Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum erklärte er als Einzelunternehmer Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Als Einzelunternehmer verfügte er insbesondere über die Betriebsmittel Büro, PC, Word- und Excel-Programm.

Im entscheidungsrelevanten Zeitraum war die bP in XXXX (kurz P) situiert, ab 05.01.2010 scheint im Firmenbuch die Adresse XXXX (kurz O) auf. In XXXX (P) war die bP im 1. Stock des im Eigentum des MB stehenden Einfamilienhauses untergebracht, welches von ihr für diese Zwecke um € XXXX Euro netto adaptiert worden war. Sie bezahlte keine Miete, beteiligte sich aber anteilig an den Betriebskosten. Beim Auszug der bP hatte der MB für die Umbaukosten keine Abschlagszahlung zu leisten, die Möbel wurden von der bP mitgenommen. Im Erdgeschoss des Wohnhauses in XXXX (P) befand sich die Wohnung des MB, im Dachgeschoß das Büro des Einzelunternehmers MB. In XXXX (O) war der Firmensitz der bP in einer Wohnung im obersten Stockwerk eines Wohnblocks situiert. In der linken Wohnungshälfte befanden sich die Garderobe, das Büro von Herrn DI H. sowie das vom MB benutzte Zimmer.

Der Aufgabenbereich der bP umfasst konkret die Büroleistung, Bauaufsicht, Statik (Tragwerksplanung und Berechnungen), Haustechnik (Planung, Ausschreibung), Bestandsaufnahme Naturmaß (bei Umbauten), Bestandsplan gesamte Anlage (bei Umbauten), gesetzlicher Baukoordinator Planung bzw. Bauaufsicht. Die Büroleistung teilt sich auf in 8 Planungsstufen: Grundlagenermittlung (Klärung der Aufgabenstellung), Aufgabenabklärung div. Besprechungen, Vorentwurfsskizze, m2 Kostenschätzung nach der Vorentwurfsskizze, Entwurf, Einreichplan, Ausführungsplan, Leistungsverzeichnis (Ausschreibungen, Ermittlung der Mengen, Oberbauleitung Vergabe (Bauzeitplan, Zahlungsplan, Anbotsprüfung, Werkvertrag, Preisverhandlungen), Oberbauleitung (Mängelbehebungen)

Zu den Aufgaben des MB gehörte die Kundenwerbung durch Führung des Firmenschriftzugs " XXXX " am Chrysler Voyager (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 6, letzter Absatz) sowie die Akquisition von Aufträgen für die bP, und zwar sowohl im Bereich Einrichtungsplanung als auch im Bereich Hochbau (Neubau, Umbau, Erweiterungsbauten). Aufgrund seiner regionalen Bekanntheit verfügte er über gute Kontakte und wurden neue Aufträge bzw. Folgeaufträge an ihn herangetragen. Der MB erläuterte einem Angestellten der bP, in der Hauptsache Herrn XXXX (in der Folge DN K.), die Kundenwünsche sowie die erforderlichen Planungen; er hielt diesbezüglich mit keinem Verantwortlichen der bP Rücksprache, sondern gab dem Dienstnehmer unmittelbar die Anweisungen. Der DN K. brachte die Vorstellungen zu Papier, wandte sich bei auftretenden Fragen direkt an den MB und folgte ihm auch die Zeichnungen aus. Die Entwurfspräsentation beim Kunden übernahm zumeist der MB, entweder alleine oder mit Herrn K., oder mit seinem Sohn, Herrn W.; es gab aber auch Präsentationen nur durch Herrn K. oder dem Sohn. Kam es nicht sogleich zur Auftragserteilung, sondern gab es beispielsweise Änderungswünsche des Kunden, so wiederholte sich die oben beschriebene Vorgehensweise. Die Dauer der im Zuge der Akquisition zwischen dem MB und dem DN der bP stattfindenden Besprechungen variierte von kurz bis zu einigen Stunden. Kam es zur Auftragserteilung, so wurde die Entscheidung, welches Unternehmen die Auftragserfüllung offiziell übernahm, von dem MB getroffen (Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 20, vorletzter Absatz, letzter Satz und Seite 18, erster Absatz, vorletzter Satz).

Der MB begleitete die der bP übergebenen Aufträge von der Entwurfsplanung über die Einreichungsplanung, die Ausführungsplanung und die Baubegleitung bis zur Legung der letzten Honorarnote an den Kunden (vgl. Übertragung

Tondatei 30.05.2017: Seite 8, 2. Absatz, 1. Satz; Seite 19, 1. Absatz, letzter Satz; vorletzter Absatz, letzter Satz; VH Schrift 31.05.2017, Seite 4, 2. Satz), bisweilen endete seine Mitarbeit auch früher.

Die dem MB nach der Auftragsannahme für die bP erwachsenden Kosten wurden von ihm im Voraus bezahlt und erhielt er diese im Zuge der monatlichen Abrechnung von der bP ersetzt; beispielsweise die im Zusammenhang mit Baustellen- oder Kundenbesuchen anfallenden Nächtigungskosten oder Kundenbewirtungen (Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 20, vorletzter Absatz).

Bei Bauverhandlungen bzw. der Einholung benötigter Genehmigungen sowie den oftmals erforderlichen Vorbesprechungen mit den öffentlichen Stellen (Übertragung Tondatei 30.05.2017: Seite 4, 1. Absatz, drittletzter Satz und letzter Absatz, vorletzter und letzter Satz; Seite 12, 7. Absatz; Seite 15, vorletzter Absatz; Seite 16, vorletzter Absatz) wurde die bP hauptsächlich vom MB vertreten, aber auch von dessen Sohn, Herrn W., oder dem DN K.

Der MB hatte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum die Funktion eines selbständig vertretungsbefugten handelsrechtlichen Geschäftsführers der bP inne, er unterfertigte die Bilanz, GuV-Rechnung samt Anhang, die Steuererklärungen, Körperschaftssteuer und Umsatzsteuer 2004-2006 sowie die Anträge auf Bildungsprämie 2005, 2006, 2008 und 2009 gemäß § 108c EstG. Der MB und der Geschäftsführer W. stimmten sich nicht nur hinsichtlich ihres Tätigkeitsbereichs, sondern auch im Hinblick auf ihre zeitliche Anwesenheit in der Firma bP ab. Der MB war in den geschäftlichen Organismus der bP eingebunden, erteilte den Dienstnehmern Arbeitsanweisungen, übte die Personalhoheit aus. Dem Dienstnehmer K. war nicht bekannt, ob er ein Projekt der bP oder ein Projekt des Einzelunternehmers MB bearbeitet. Der MB führte mit Frau XXXX (in der Folge Frau Z.), welche laut Hauptverbandsauszug von XXXX Dienstnehmerin der bP war, das Einstellungs- und Kündigungsgespräch, unterfertigte den Dienstzettel sowie das Kündigungsschreiben vom 09.08.2007 bzw. 31.07.2007. Frau Z. war nicht bekannt, dass der MB als ‚selbständiger‘ Einrichtungsberater tätig war, vielmehr repräsentierte er für sie den Senior Chef der bP.

Einen schriftlichen (Werk)vertrag zwischen der bP und dem MB gibt es nicht. Die von der bP behauptete Weisungsfreiheit des MB findet sich in einem nicht datierten und nicht unterzeichneten Schriftstück, das die Überschrift trägt "Vereinbarung vom Dezember 1988 betreffend die Zusammenarbeit des MB einerseits und der bP andererseits" sowie einer Vereinbarung vom 4.12.2004 zwischen dem Mehrheitsgesellschafter L. und dem Geschäftsführer W. (Anmerkung:

kein Original, sondern nur mit den handschriftlichen Notizen "Diese Vereinbarung wurde am 04.12.2004 von mir gefertigt – XXXX [Handzeichen bzw. Namenskürzel]" und "wurde von mir ebenfalls unterschrieben –GF XXXX [Handzeichen bzw. Namenskürzel]"). Einen - wie von der bP in ihrer Stellungnahme vom 03.05.2012 in Treffen geführt - die Weisungsfreiheit des MB festhaltenden Gesellschafterbeschluss gibt es nicht (vgl. Übertragung Tondatei, Seite 11, 2. Absatz).

Arbeitsort und Arbeitszeit des MB richteten sich nach den Bedürfnissen der bP (Kundenbesuche, Teilnahme an Bauverhandlungen, Behördenvorsprachen, Bürotätigkeit zwecks Auftragserteilung an die Arbeitnehmer, Absprachen und Besprechungen mit ihnen bzw. den weiteren Geschäftsführern der bP betreffend die Bearbeitung von Kundenaufträgen, Führung von Einstellungs- und Kündigungsgesprächen, etc.).

Der MB reichte nicht sämtliche von ihm erlangte Aufträge an die bP weiter, sondern bearbeitete Projekte sozusagen als Einzelunternehmer unter Verwendung der Ressourcen der bP, wie Personal, Drucker und Papieraufwand, Plotter, Planungssoftware, usw. (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017: Seite 15, 1. Absatz) bis zur Bauaufsicht. Übernahm er einen Auftrag als Einzelunternehmer, so wurden von ihm für die Einrichtungsplanung in der Regel nur mehr Skizzen angefertigt, die tatsächliche Planung jedoch vom Zeichner der bP durchgeführt (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017: Seite 18, letzter Absatz und Seite 19, 1. Absatz, drittletzter Satz; VH Schrift 31.05.2017, Seite 7, 9. Absatz). Der MB nahm für seine Tätigkeit als Einzelunternehmer jedenfalls die Mitarbeit der Dienstnehmer der bP in Anspruch, so den DN K. für die Anfertigung von Zeichnungen und für das Ausdrucken von Plänen aus dem im Eigentum der bP stehenden Plotter, oder Herrn GF W. für die Erstellung von Baumeisterausschreibungen (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 20, 2. Absatz). Zwecks Auftragsdurchführung im Einzelunternehmen wurde sogar eigens Personal (z.B. Frau Z.) in der bP eingestellt (vgl. VH Schrift 31.05.2017, Seite 18, 4. Absatz). Eine Projektdurchführung bis zur Bauaufsicht erfolgte unter Nutzung der ausschließlich in der bP vorhandenen Berechtigungen.

Für diese Ressourcennutzung hatte der MB der bP am Jahresende Kostensätze zu leisten, die u.a. auf folgende Weise festgestellt wurden: Die Mitarbeiter der bP führten im verfahrensgegenständlichen Zeitraum

Arbeitszeitaufzeichnungen, aus denen hervorging, wie lange sie an diversen Projekten gearbeitet hatten. Projekte, die der MB als Einzelunternehmer unter Inanspruchnahme der Ressourcen der bP abwickelte, wurden hierbei niemals nach dem MB bezeichnet, sondern nach dessen Auftraggeber, da den Mitarbeitern der wahre Auftragnehmer nicht bekannt war (vgl. VH Schrift 31.05.2017, Seite 3, 5. Absatz und Seite 4, 1. Absatz, 2. Satz und 6. Satz). Die Ehefrau des MB, Frau M., übertrug diese Aufzeichnungen in Listen, in denen sie die Tätigkeit und den Zeitaufwand der Dienstnehmer für ein Projekt vermerkte. In späteren Zeiten wurden die Arbeitszeitaufzeichnungen der Dienstnehmer von Frau M. in ein EDV Programm übertragen bzw. wurden bereits die Tätigkeiten der Dienstnehmer EDV-mäßig erfasst; auch die Kosten beispielsweise für das Ausdrucken eines Planes wurden im Programm hinterlegt. Aus diesen Aufzeichnungen fertigte Herr L. u.a. die Aufstellungen betreffend die vom MB an die bP zu leistenden Kostensätze an (Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 8, 4. Absatz; Seite 37, 1. Absatz).

Dem MB wurde seitens der bP ab ca. 1989 ein Kraftfahrzeug mit der Aufschrift "XXXX" (der bP) zur Verfügung gestellt, wobei das Anbringen dieses Schriftzuges dem damaligen Mehrheitsgesellschafter Herrn L. im Hinblick auf die Werbewirkung besonders wichtig war (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 6, letzter Absatz). Die Kosten des Chrysler Voyager waren der bP vom MB im Rahmen der vorstehend ausgeführten jährlichen Kostenaufstellung in einem bestimmten Ausmaß (jährlich zwischen EUR 6.000 und EUR 7.000) zu ersetzen.

Den Kunden war in der Regel bis zur Rechnungslegung nicht wirklich bewusst, wer Auftragnehmer war, die bP oder unmittelbar der MB; dies obwohl es eine schriftliche Auftragserteilung gegeben hat. Der MB führt dies auf seinen Bekanntheitsgrad zurück (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 23, 3. Absatz, Aussage MB).

Für die vom MB für die bP erbrachten Tätigkeiten wurde keine monatliche Entlohnung vereinbart, sondern eine "Erfolgs- bzw. Betreuungsprovision", deren Berechnung einem vorgelegten, nicht datierten und nicht unterzeichneten Schriftstück zu entnehmen ist, das die Überschrift trägt "Vereinbarung vom Dezember 1988 betreffend die Zusammenarbeit des MB einerseits und der bP andererseits":

"Für die vom MB an die bP vermittelten Einreich- und Planungsaufträge wird Erfolgs- bzw. Betreuungsprovision auf Basis der erzielten Umsatzerlöse vereinbart.

Provisionsvereinbarung

bis Umsatzerlöse ATS 3,000.000,00 0% Grundumsatz von AG

bis Umsatzerlöse ATS 5,000.000,00 15 %

und von Umsatzerlösen darüber 10 %

Die Abrechnung der Erfolgsprovisionen einerseits und der Kostenersätze anderers erfolgt jeweils jährlich nach Feststellung des Jahresabschlusses. Die Erfolgsprovisionen werden von den Kostenersätzen in Abzug gebracht. Eine gesonderte Auszahlung von Provisionen wird nicht vorgenommen."

Laut der vorgelegten Vereinbarung vom 04.12.2004 zwischen dem Mehrheitsgesellschafter L. und Herrn GF W. (Anmerkung: kein Original, sondern nur mit den handschriftlichen Notizen "Diese Vereinbarung wurde am 04.12.2004 von mir gefertigt - XXXX [Handzeichen bzw. Namenskürzel]" und "wurde von mir ebenfalls unterschrieben - GF XXXX [Handzeichen bzw. Namenskürzel]") blieb oben angeführte Provisionsabrechnung wie folgt aufrecht: "Bis Umsatz € 218.018,50 = 0 %, bis Umsatz € 363.364,17 = 15 % und von Umsatzerlösen darüber jeweils 10 %) die Provision ist ausschließlich gegen die abzurechnenden Kostenersätze durch MB aufzurechnen. Eine allfällige Auszahlung kann nur von übersteigenden Ansprüchen erfolgen."

Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum wurde die "Provision" des MB im nachhinein grundsätzlich in Höhe der vereinbarten Prozentsätze vom Gesamtumsatz der bP nach Erstellung des Jahresabschlusses ermittelt und mit dem von ihm für die Nutzung der Infrastruktur zu leistenden Kostenersatz gegengerechnet. Für welchen Auftrag eine "Provisionszahlung" anfiel, wurde am Ende des Jahres besprochen, man hat sich sozusagen verglichen (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 20 letzter Absatz, Aussage MB). Diese jährlichen Abrechnungen ergaben immer eine Forderung der bP. Die bP stellte daher an den MB eine jährliche Rechnung.

Nutzung Infrastruktur Kostenersatz MB

"Provision" MB

Verhältnis Ersatz/Forderung

2005

€ 81.195,25

€ 48.125,74

59,27%

2006

€ 127.900,00

€ 92.302,26

72,17%

2007

€ 83.523,87

€ 48.478,45

58,04%

2008

€ 64.372,03

€ 42.891,49

66,63%

Der Umsatz der bP belief sich im Jahr 2005 auf € 674.223,62, im Jahr 2006 auf € 536.544,22, im Jahr 2007 auf € 641.791,48 und im Jahr 2008 auf € 583.903,33.

Während seiner über 20-jährigen Tätigkeit für die bP hat der MB mit Ausnahme von zwei Aufträgen mit keinem anderen Unternehmen zusammengearbeitet (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 14, erster Absatz, 2. Satz und Seite 18, 2. Absatz).

Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum hatte die Gattin des MB, Frau M., eine gelernte Verkäuferin, die Funktion einer handelsrechtlichen Geschäftsführerin inne. Sie war nicht in die Auftragsakquisition bzw. Auftragsabwicklung involviert, sondern erledigte Bank- bzw. Postgeschäfte, legte für die steuerliche Vertretung (Herrn L.) Rechnungen und Unterlagen für die Buchhaltung in einen Ordner ab, erstellte die Listen betreffend Zeitaufwand pro Projekt, kochte Kaffee und begleitete den MB zu Eröffnungen von Kunden oder Feierlichkeiten.

Herr Ing. T. und Herr DI H. waren als gewerberechtliche Geschäftsführer für die bP tätig. Griff eine Planung in das Baugewerbe ein, dann überprüften sie die Planunterlagen auf ihre Übereinstimmung mit der Ö-Norm. Die Funktion des gewerberechtlichen Geschäftsführers war von Herr Ing. T. insbesondere im Hinblick auf die Aufträge, die sein sechs Sparten (Hochbau, Holzbau, Betonbau, Fertigteilmontage usw.) umfassendes Unternehmen von der bP bzw. dem MB lukrierte, übernommen worden. Es handelte sich hierbei zu 90 % um Tischlerarbeiten für den Innenausbau, wobei alles im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe über den MB lief. Ansprechpartner in der technischen Auftragsdurchführung war zu 90% der DN K. (vgl. VH Schrift 31.05.2017, Seite 19). Die Auftragserteilung erfolgte schriftlich, sodass für Herrn Ing. T. erkennbar war, dass 90% der Aufträge vom MB stammten (vgl. VH Schrift 31.05.2017, Seite 20, 3. Absatz). Die Übergabe an den Bauherrn wurde mitunter im Beisein des MB durchgeführt, insbesondere bei größeren Projekten. Die Zusammenarbeit dauerte über 20 Jahre (vgl. VH Schrift 31.05.2017, Seite 19).

Mehrheitsgesellschafter L. war nicht in die Auftragsabwicklung involviert, er war nicht operativ tätig. Er vermittelte der bP zumindest ein Hotelprojekt und stellte mitunter Kontakte zu potentiellen Kunden her. Sein Aufgabenbereich umfasste insbesondere die Gewinnkontrolle, die Überprüfung der Deckungsbeiträge sowie die Bilanzerstellung. Er hatte stets die Zahlen im Blick und hätte seiner eigenen Aussage nach, Dampf gemacht, wenn sie nicht gestimmt hätten.

Aufträge für die bP wurden in der Hauptsache durch den MB akquiriert; auch der Sohn des MB, Herr W., gewann Kunden für die bP, sein Hauptaufgabenbereich lag jedoch mehr in der Auftragsabwicklung und der Baubegleitung. Auftragsvermittlungen anderer Personen ergaben sich ab und zu aus einer Situation heraus; so vermittelte auch Herr Ing. T ein Projekt (vgl. VH Schrift 31.05.2017, Seite 21, 5. Absatz) oder Herr DI H. Der DN K. vermittelte einmal einen Auftrag, und zwar den Bau eines Einfamilienhauses in seiner Nachbarschaft.

Die bP wurde bezüglich des Zeitraums 01.01.2005 – 31.12.2008 u.a. einer Sozialversicherungsprüfung unterzogen; die Prüfung fand am 05.05.2010, 10.05.2010, 20.05.2010 und 16.06.2010 am damaligen Firmensitz der bP in XXXX (kurz O), die Schlussbesprechung am ehemaligen Firmensitz in XXXX (kurz P) statt. Der Prüfer, Herr XXXX, Beamter des Finanzamtes Salzburg Stadt, saß während der Prüfung in der Wohnung in O. am Gang neben dem Kopierer. Der MB war am 05.05.2010 sowie am 16.06.2010 mehrere Stunden anwesend und kommunizierte mit den Mitarbeitern. Von seinem Sitzplatz aus sah der Prüfer den MB in einem Zimmer linker Hand, die anderen Mitarbeiter im Büro rechter Hand. Am 20.05.2010 teilte ihm der DN K. mit, dass der MB für die Firma im Außendienst sei.

II.2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Abführung einer mündlichen Verhandlung am 30.05.2015 und 31.05.2015 unter Einschluss und Zugrundelegung des ha. Aktes sowie des dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Verfahrensaktes der belangten Behörde samt den jeweiligen Bezugsakten. Die Feststellungen fußen insbesondere auf den im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht getätigten Aussagen, auf welche teilweise bereits konkret unter dem Punkt "II.1. Feststellungen" verwiesen wurde.

Der Umfang des vom MB für die bP ausgeübten Tätigkeitsbereichs (".. bis zur Legung der letzten Honorarnote an den Kunden") ergibt sich aus einer zusammenfassenden Würdigung der Einvernahme des MB, des DN K., des Mehrheitsgesellschafters L. und des GF W. So hält der Mehrheitsgesellschafter im verfahrensgegenständlichen Zeitraum, Herr L., ausdrücklich und unmissverständlich fest, dass der MB einen Auftrag begleitet hat bis "dass die letzte Honorarnote an den Kunden erstellt worden ist. Dann war der Werkvertrag von Herrn MB betreffend dieses Auftrages abgeschlossen." Die diesbezüglich einschränkende Bemerkung des MB, dies seien spezielle Fälle gewesen bzw. Fälle des Einzelunternehmers MB, wird durch sein in weiterer Folge abgegebenes Eingeständnis, dass es durchaus sein könne, dass er einen an die bP abgetretenen Auftrag bis zum Ende begleitet habe, dass es alles gegeben habe und alles vorgekommen sei, egalisiert. Die Vertretung der bP durch den MB bei Bauverhandlungen bzw. sonstigen behördlichen Kontakten wurde von der bP nicht nur in ihren zahlreichen Schreiben als Argument für die Bestellung zum Geschäftsführer vorgebracht, sondern durch die Aussage von Herrn L. in der mündlichen Verhandlung, wonach der MB sicherlich die meisten Bauverhandlungen durchgeführt habe, noch bekräftigt. Die durch ihn erfolgte Vertretung der bP vor öffentlichen Stellen wurde vom MB in seinen Aussagen wiederum einerseits bestätigt, andererseits aber wieder einschränkend ausgeführt, "Ich habe Bauverhandlungen in jenen Bereichen gemacht, in denen ich die Aufträge aufgerissen habe, in anderen Fällen habe ich sie nicht gemacht. Von manchen Aufträgen habe ich ja gar nicht gewusst". In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich festzuhalten, dass der MB – bzw. sein Sohn, Herr W. - erkennbar bemüht war, seine – bzw. dessen - Rolle im Unternehmen bP zu schmälern, dies jedoch nicht konsequent durchgehalten wurde, sodass es immer wieder zu widersprüchlichen Aussagen kam. So gestand der MB auch im Hinblick auf die Vertretung bei Bauverhandlungen auf Vorhalt der Angabe von Herrn L. ein, dass er bei Projekten der bP, die er nicht als selbstständiger Einrichtungsberater betreut hat, der Bauverhandlung doch auch beigewohnt habe. Die in diesem Zusammenhang getätigte Aussage des Sohns des MB, Herrn W., dass, wenn der Auftrag für die Firma lebenswichtig gewesen sei, er hingegangen wäre, der MB wenn das Projekt hauptsächlich mit der Inneneinrichtung zu tun gehabt habe, ist angesichts der Vertretungsbefugnisse weder schlüssig noch nachvollziehbar. So verfügte der MB als Geschäftsführer über eine Einzelvertretungsbefugnis, Herr W. jedoch nicht und erklärte Herr L. diesen Unterschied in der mündlichen Verhandlung damit, dass er "den jungen Buben" unter Kontrolle halten habe wolle, er ihm die gemeinsame Vertretungsbefugnis gegeben habe, damit er sich als Geschäftsführer aufbauen könne.

Die im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht immer wieder vorgebrachte Akquisition durch Mitarbeiter der bP, von Herrn Ing. T. oder auch von DI H., wurde von diesen in ihren Einvernahmen dezidiert verneint. Auch gelangte die erkennende Richterin aufgrund des sich in der Verhandlung diesbezüglich zwischen den handelnden Personen entwickelnden Diskurs zur Überzeugung, dass die hiermit gemeinten Aufträge nur aus der Situation heraus gewonnen werden konnten und es sich keinesfalls um eine sich wiederholende Akquisition gehandelt hat. Setzt man des Weiteren sämtliche Aussagen unter Berücksichtigung des von den Akteuren gewonnen

persönlichen Eindrucks zueinander in Relation, so lag es in der Hauptsache bei dem MB, Aufträge für die bP zu akquirieren bzw. "an Land zu ziehen". Er war in der Region bekannt, er hatte die Kontakte, an ihn traten die Kunden mit ihren Wünschen heran. Noch heute wird sein Sohn angesprochen, dass dies oder das sein Vater geplant habe. Herr W. hat im verfahrensgegenständlichen Zeitraum sicherlich auch Projekte herangebracht, allerdings lag sein Hauptaufgabenbereich bei vergleichender Betrachtung der Einvernahmen mehr in der Auftragsabwicklung und der Baubegleitung.

Hierfür spricht auch eindeutig die vom MB und der bP gewählte Vorgehensweise bei Aufträgen, die offiziell beim MB als Einzelunternehmer verblieben. Diese bearbeitete der MB unter Verwendung der Ressourcen der bP gegen Leistung eines entsprechenden Kostenersatzes (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017, Seite 20, 2. Absatz; Seite 18, letzter Absatz und Seite 19, 1. Absatz, drittletzter Satz; VH Schrift 31.05.2017, Seite 7, 9. Absatz; VH Schrift 31.05.2017, Seite 19, Absatz 1 Mitte). Wenn der MB angibt, er habe bei diesen Aufträgen nicht nur die Einrichtungsberatung durchgeführt, sondern alle Schritte bis zur Bauaufsicht (vgl. Übertragung Tondatei 30.05.2017: Seite 15, 1. Absatz), so ist auf das Fehlen der hierfür erford

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at