

# TE Vwgh Erkenntnis 2003/3/19 98/08/0032

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.03.2003

## Index

21/03 GesmbH-Recht;

### Norm

GmbHG §107 Abs1;

GmbHG §107 Abs2;

GmbHG §108 Z2;

GmbHG §2;

### Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 98/08/0089

### Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerden der Kärntner Gebietskrankenkasse in Klagenfurt, vertreten durch Dr. Michael Mülner, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Lidmanskygasse 9/I, gegen die Bescheide des Landeshauptmannes von Kärnten 1. vom 16. Dezember 1997, Zl. 14-SV-3023/4/97, betreffend Haftung für Beitragsschuldigkeiten (mitbeteiligte Partei: Alois M in L, vertreten durch Dr. Dieter Poßnig, Rechtsanwalt in 9500 Villach, Moritschstraße 5/II/2, zur hg. Zl. 98/08/0032), und 2. vom 5. Februar 1998, Zl. 14-SV-3069/1/98, betreffend Haftung für Beitragsschuldigkeiten (mitbeteiligte Partei: Gottfried D in E, vertreten durch Dr. Franz Grauf und Dr. Bojan Vigale, Rechtsanwälte in 9100 Völkermarkt, Hans-Wiegele-Straße 3, zur hg. Zl. 98/08/0089), zu Recht erkannt:

### Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) hat der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 1.816,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Kostenmehrbegehr wird abgewiesen.

### Begründung

Die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse sprach mit zwei Bescheiden vom 17. Dezember 1996 aus, dass die mitbeteiligten Parteien zusammen mit Arno K. und Walter S. zur ungeteilten Hand als Gesellschafter der nicht protokollierten WEKAP GmbH, Bauservice, in V., für die aus den zur Pflichtversicherung gemeldeten

Beschäftigungsverhältnissen für den Zeitraum Oktober 1995 bis August 1996 entstandenen Sozialversicherungsbeiträge, Fondsbeiträge und Umlagen samt Verzugszinsen und Nebengebühren in der Höhe von zusammen S 528.289,93 haften.

Die WEKAP GmbH habe am 28. August 1995 die Eintragung im Firmenbuch des Landes- als Handelsgerichtes Klagenfurt beantragt. Eine Protokollierung sei nicht erfolgt. Sie habe durch die gewerbsmäßige Ausführung von Bauaufträgen eine unternehmerische Tätigkeit mit Umsätzen in Millionenhöhe aufgenommen. Dadurch sei vor Eintragung einer GmbH eine OHG oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstanden. Dies habe zur Folge, dass "die Gründer persönlich als Mitglieder der Vorgesellschaft für die aus der Tätigkeit entstandenen Verbindlichkeiten haften". Die WEKAP GmbH habe eine Reihe von Dienstnehmern beschäftigt. Die Meldungen an die Gebietskrankenkasse seien mit dem Stempel "WEKAP GmbH Bauservice" versehen "und jeweils von einem der Haftenden unterzeichnet" worden. Die aus den Beschäftigungsverhältnissen resultierenden Beiträge und Umlagen seien der WEKAP GmbH monatlich vorgeschrieben worden.

In den dagegen erhobenen Einsprüchen bestritten die mitbeteiligten Parteien, Gesellschafter einer "nicht protokollierten WEKAP GmbH Bauservice" zu sein. Sie brachten vor, niemals eine Tätigkeit für die WEKAP GmbH, und insbesondere keine Anmeldung zur Gebietskrankenkasse vorgenommen zu haben. Niemals habe eine "WEKAP GmbH" die Eintragung in das Firmenbuch begehrte. Der in der Begründung des erstinstanzlichen Bescheides angeführte Antrag vom 28. August 1995 sei von einer in Triest bestehenden italienischen GmbH, und zwar der "WEKAP S.R.L." gestellt worden und habe zum Ziel gehabt, eine Zweigniederlassung dieser Gesellschaft in Kärnten einzutragen. Die mitbeteiligten Parteien seien lediglich Gesellschafter dieser zweitgenannten GmbH.

Zu diesen Einsprüchen nahm die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse am 10. März 1997 und am 15. April 1997 dahin gehend Stellung, dass die "WEKAP GmbH" am 28. August 1995 die Eintragung einer Zweigniederlassung eines italienischen Stammunternehmens ins Firmenbuch beantragt habe. Vor der Eintragung sei die tatsächliche Geschäftstätigkeit aufgenommen worden. Bei einer Gesellschaft in Gründung hafteten die Handelnden persönlich zur ungeteilten Hand als Gesamtschuldner für die aus der Tätigkeit entstandenen Verbindlichkeiten. Da die mitbeteiligten Parteien "zweifellos Gesellschafter der Gesellschaft in Gründung" gewesen seien, hafteten sie für die Sozialversicherungsbeiträge, Fondsbeiträge und Umlagen persönlich.

Aus den von der Beschwerdeführerin im Einspruchsverfahren am 24. Juli 1997 vorgelegten Urkunden ergibt sich unter anderem, dass nach Art. 12 lit. b des am 6. Juli 1994 abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages der WEKAP S.R.L. in Triest die Gründung von Niederlassungen, Filialen und Agenturen auf italienischem und ausländischem Staatsgebiet ausdrücklich der Generalversammlung vorbehalten sind. Mit Generalversammlungsbeschluss vom 11. August 1995 beschlossen die Gesellschafter der WEKAP S.R.L. einstimmig "die Gründung einer Zweigniederlassung in Österreich". Zur Durchführung der Gründung werde der Geschäftsführer, Herr Arno K., gemeinsamen mit einem inländischen Vertreter, zu dem Herr Dieter F. bestellt werde, ermächtigt. Am 14. August 1996 beantragten die Geschäftsführer der WEKAP S.R.L. beim Landes- als Handelsgericht Klagenfurt die "Eintragung einer Zweigniederlassung der WEKAP S.R.L. in das Firmenbuch". Zur Begründung wurde ausgeführt, die WEKAP S.R.L. mit dem Sitz in Triest habe in Villach unter der Firma WEKAP S.R.L., Zweigniederlassung Villach, eine Zweigniederlassung errichtet. Die vorgelegte "Liste der Gesellschafter der WEKAP S.R.L." vom 12. Oktober 1995 weist Paolo T., Arno K., Walter S., Norbert M. sowie die mitbeteiligten Parteien als Gesellschafter aus. Am 15. Mai 1996 nahm das Landesals Handelsgericht Klagenfurt die Zurückziehung dieses Antrages auf Eintragung einer Zweigniederlassung zur Kenntnis.

In der erwähnten Eingabe vom 24. Juli 1997 wies die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse darauf hin, dass der Gesellschafter Arno K. wegen der Vergehen nach dem § 114 Abs. 1 ASVG sowie der fahrlässigen Krida am 12. März 1997 zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von acht Monaten, bedingt auf drei Jahre, verurteilt worden sei. Die Konkursanträge eines ehemaligen Dienstnehmers Ing. Leo D. gegen Arno K., Walter S. und die zur hg. Zl. 98/08/0032 mitbeteiligte Partei Alois M. seien mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens abgewiesen worden. Das Konkursverfahren gegen den zur hg. Zl. 98/08/0089 mitbeteiligten Gottfried D. sei am 2. Oktober 1995 eröffnet und nach Abschluss eines Zwangsausgleiches am 28. Mai 1997 aufgehoben worden. In keinem der Verfahren habe es "Einwendungen gegen die Parteistellung" gegeben.

Mit den angefochtenen Bescheiden gab die belangte Behörde den Einsprüchen der mitbeteiligten Parteien Folge und hob die Kassenbescheide gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 67 Abs. 2 ASVG auf.

Gemäß § 107 Abs. 1 GmbH-Gesetz könnten Gesellschaften der in diesem Gesetz bezeichneten Art, die ihren Sitz außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes haben, im Inland durch eine Niederlassung Geschäfte betreiben, wenn sie vor Beginn dieses Geschäftsbetriebes bei dem durch den Sitz der Niederlassung bestimmten Handelsgericht die Eintragung einer inländischen Niederlassung in das Firmenbuch erwirkten. Die WEKAP S.R.L. mit Sitz in Triest habe in Villach eine Zweigniederlassung errichtet und dafür auch den notwendigen Antrag auf Eintragung in das Firmenbuch gestellt. Dass keine neue Gesellschaft in Villach gegründet werden sollte, sei aus dem der beschwerdeführenden Partei vorliegenden Generalversammlungsbeschluss der WEKAP S.R.L. vom 11. August 1995 ersichtlich. Die Eintragung der Niederlassung habe lediglich deklaratorische Bedeutung. Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen seien nicht rechtsfähig und nicht parteifähig. Partei eines von der Niederlassung geschlossenen Vertrages oder eines mit ihr geführten Prozesses sei die ausländische GmbH. Die Einrichtung einer Zweigniederlassung durch eine ausländische GmbH sei nicht mit der Neugründung einer eigenen inländischen GmbH gleichzusetzen. Mangels einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gebe es konsequenterweise auch keine Vorgesellschaft, weshalb auch die Bestimmung, dass Gesellschafter einer Vorgesellschaft persönlich zur ungeteilten Hand als Gesamtschuldner für die aus dieser Tätigkeit entstandenen Verbindlichkeiten haften, nicht von Relevanz sei. Die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse könnte Sozialversicherungsbeiträge nur gegen die ausländische GmbH geltend machen.

Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden Beschwerden mit dem Antrag, sie wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes oder wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten und erstattete ebenso wie die mitbeteiligten Parteien Gegenschriften, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerden ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhangs wegen zur gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung verbunden und darüber erwogen:

Die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse bringt (zur hg. Zl. 98/08/0089) vor:

"Mit dem Tätigwerden des Mitbeteiligten und den anderen Personen in der oben festgehaltenen Art und Weise begründeten sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes, da sich hiefür alle Voraussetzungen erfüllten. (...) Vollkommen unbeachtlich war in diesem Zusammenhang, ob der Mitbeteiligte gemeinsam mit den anderen Personen nur eine Niederlassung einer ausländischen Gesellschaft begründen und durch diese tätig sein wollte, oder ob er zusammen mit den anderen beabsichtigte, eine in Österreich ansässige Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu gründen. In beiden Fällen handelte es sich nämlich um eine Vorgründungsgesellschaft, vorgelagert einmal einer beabsichtigten Niederlassung, das andere Mal einer gewollten Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Da weder eine Niederlassung noch eine Kapitalgesellschaft in der näher bezeichneten Rechtsform begründet wurde, konnte die Vorgesellschaft ihrem Ziel, die Gründung einer Niederlassung bzw. einer Kapitalgesellschaft durch die jeweilige Eintragung in das Firmenbuch abzuschließen, nicht mehr dienen. Sie verlor daher ihren Sonderstatus und verwandelte sich in eine sogenannte unechte Vorgesellschaft, die je nach Gesellschaftsgegenstand als OHG oder Gesellschaft bürgerlichen Rechtes zu beurteilen war. (...) Aus der Existenz der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes folgte wiederum, dass der Mitbeteiligte deren Gesellschafter war. Dies bedeutete aber, dass der Mitbeteiligte im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG ... als Dienstgeber zu qualifizieren war."

Gemäß § 107 Abs. 1 GmbH-Gesetz in der Fassung vor der am 1. Juli 1996 in Kraft getretenen Novelle BGBl. Nr. 304/1996 (EU-GesRÄG) könnten Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die ihren Sitz außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes haben, im Inland unter der Voraussetzung der Eintragung in das Handelsregister durch eine Niederlassung Geschäfte betreiben. Gemäß § 107 Abs. 2 leg. cit. war zur Eintragung unter anderem die Zeichnung "der zur Zeichnung der Firma der inländischen Niederlassung berechtigten Personen in beglaubigter Form" beizuschließen. Gemäß § 108 Z. 2 leg. cit. war die Eintragung unter anderem dann zu versagen, wenn die Gesellschaft nicht nachweist, dass sie für ihren gesamten Geschäftsbetrieb im Inland eine zur gültigen Zeichnung der Firma ihrer inländischen Niederlassung berechtigte Vertretung bestellt hat, deren Mitglieder im Inland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Eine solche Zweigniederlassung besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. März 2000, Zl. 97/08/0083).

Die mitbeteiligten Parteien haben gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern der WEKAP S.R.L. mit dem Sitz in Triest im erwähnten Generalversammlungsbeschluss entsprechend den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages beschlossen, in Villach eine Zweigniederlassung zu gründen. Im Gegensatz zur Auffassung der beschwerdeführenden

Gebietskrankenkasse ist die zivilrechtliche Judikatur, die bei der Gründung einer GmbH bis zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages eine "Vorgründungsgesellschaft" und vom Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eine Vorgesellschaft annimmt, auf die Eintragung einer inländischen Niederlassung einer ausländischen GmbH nicht anzuwenden. Da Trägerin der aus der Tätigkeit der Zweigniederlassung im Inland erwachsenden Rechte und Pflichten die Auslandsgesellschaft ist, kommt insbesondere eine Anwendung der Bestimmungen der "Handelndenhaftung" nach § 2 GmbH-Gesetz schon vom Ansatz her nicht in Frage.

Nach dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse (in der Beschwerde zur hg. Zl. 98/08/0032) sei sie "ausschließlich den im Zusammenhang mit dem ASVG gebildeten Grundsätzen" gefolgt. Sie habe die ihr durch Übermittlung von Anmeldungsformularen genannten Arbeitsverhältnisse berücksichtigt und die sich aus den angegebenen Löhnen bzw. Gehältern errechneten Sozialversicherungsbeiträge, Fondsbeiträge und Umlagen monatlich der "WEKAP GmbH Bauservice" vorgeschrieben. Diese Beitragsvorschreibungen seien von der Beitragsschuldnerin WEKAP GmbH Bauservice niemals beeinsprucht worden. Die beiden tatsächlich einlangenden Beitragszahlungen seien über ein Konto der WEKAP GmbH Bauservice vorgenommen worden. Sie habe somit keine Zweifel daran gehabt, dass zwischen ihr und der WEKAP GmbH Bauservice ein sozialversicherungsrechtliches Verhältnis begründet worden sei. Dies habe aber "selbstverständlich die Existenz der erwähnten Kapitalgesellschaft" vorausgesetzt. Die für die WEKAP GmbH Bauservice tätigen Personen "und somit auch der (jeweilige) Mitbeteiligte agierten so, wie wenn dieses Unternehmen im Firmenbuch eingetragen wäre".

Aus dem (schließlich zurückgenommenen) Antrag auf Eintragung einer Zweigniederlassung der WEKAP S.R.L. ergäben sich "die jeweiligen Funktionen" insbesondere der mitbeteiligten Parteien. Die belangte Behörde habe die "faktischen Beziehungen der genannten Personen untereinander und gegenüber Dritten im Raum des Villacher Wirtschaftslebens" außer Betracht gelassen. Sie "hätte - den Anträgen und Hinweisen der Beschwerdeführerin folgend - sämtliche anhängigen und abgeschlossenen Verfahrensakte des LG Klagenfurt ... beizuziehen gehabt und die dort enthaltenen entscheidungsrelevanten Sachverhalte auch berücksichtigen müssen". Durch Einvernahme jener Personen, welche Einblick in die Buchhaltungs-, Abrechnungs- und Lohnunterlagen hätten, oder "durch die Heranziehung ihrer in den oben angeführten Verfahren getätigten Aussagen hätte die belangte Behörde die von der Beschwerdeführerin eingenommene Position bestätigt gefunden". Die belangte Behörde hätte den Sachverhalt durch "Prüfen der Geschäftspapiere und durch Einvernahme der verantwortlichen Organe jener Gesellschaften - M. GmbH, H. und F. GmbH, W. GmbH - welche mit der WEKAP GmbH, Bauservice, ... in Geschäftsverbindung standen" feststellen können. Die "Angaben auf Anmeldungsformularen, Geschäftspapieren und Lohnzetteln sowie der Firmenstempel, entfaltete Geschäftstätigkeiten, die Aussagen des Walter S. im Konkursverfahren, die Anerkennung der Forderung der Kärntner Gebietskrankenkasse durch Gottfried D. in dessen Insolvenzverfahren sowie die rechtskräftige Erledigung des Haftungsverfahrens gegen Arno K." hätten zur Feststellung geführt, dass insbesondere die mitbeteiligten Parteien "unter Kapitaleinsatz auf Rechnung und Gefahr als inländischer Unternehmer unter der Firmenbezeichnung 'Wekap GmbH, Bauservice ...' mit im Inland beschäftigten Dienstnehmern Tätigkeiten durchführte". Die Stellung des (zur Zl. 98/08/0032) mitbeteiligten Alois M. mag dabei "innerhalb des Personen- bzw. Kapitalzusammenschlusses durchaus auf die Kapitalhingabe beschränkt gewesen sein". Dies sei jedoch kein Hindernis, ihn die Verantwortlichkeit durch Haftung für Beitragsverbindlichkeiten tragen zu lassen. Nach dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse (in der Beschwerde zur hg. Zl. 98/08/0089) sei "unter Berücksichtigung des festgestellten Sachverhaltes" davon auszugehen, dass die mitbeteiligte Partei Gottfried D. gemeinsam mit anderen "de facto ein Unternehmen auf gemeinsame Rechnung" geführt habe. Dieser Mitbeteiligte habe die Betriebsführung "mitgetragen". Er habe mit dem "Tätigwerden" eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet, als deren Gesellschafter er als Dienstgeber zu qualifizieren sei.

Diesen Ausführungen kommt im Ergebnis insofern Berechtigung zu, als die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse bereits im Verwaltungsverfahren darauf hingewiesen hat, dass der Gesellschafter Arno K. wegen der Vergehen nach dem § 114 Abs. 1 ASVG sowie der fahrlässigen Krida am 12. März 1997 zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von acht Monaten, bedingt auf drei Jahre, verurteilt worden sei. Der Konkursantrag eines ehemaligen Dienstnehmers Ing. Leo D. gegen die zur hg. Zl. 98/08/0032 mitbeteiligte Partei Alois M. sei mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens abgewiesen worden. Das Konkursverfahren gegen den

zur hg. Zl. 98/08/0089 mitbeteiligten Gottfried D. sei am 2. Oktober 1995 eröffnet und nach Abschluss eines Zwangsausgleiches am 28. Mai 1997 aufgehoben worden. In keinem der Verfahren habe es "Einwendungen gegen die Parteistellung" gegeben.

Obwohl die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse die Haftung der mitbeteiligten Parteien von Anfang an auch auf deren Eigenschaft als Dienstgeber gestützt und im erstinstanzlichen Bescheid die Feststellung getroffen hat, dass die "eingelangten Meldungen ... jeweils von einem der Haftenden unterzeichnet" wurden, hat die belangte Behörde - infolge einer vom Verwaltungsgerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht, die Haftung könne im vorliegenden Fall nur auf § 67 Abs. 2 ASVG gestützt werden - zu dem von der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse immer schon behaupteten persönlichen Tätigwerden der mitbeteiligten Parteien (sei es in eigenem Namen, sei es im Namen einer nicht existierenden GmbH) keine Erhebungen (etwa durch Beischaffung der von der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse im Verwaltungsverfahren beantragten Gerichtsakten, aus denen sich die Dienstgebereigenschaft der mitbeteiligten Parteien gegenüber dem Dienstnehmer Ing. Leo D. ergeben soll) durchgeführt und keine Feststellungen darüber getroffen. Die Dienstgebereigenschaft der mitbeteiligten Parteien käme nämlich nicht nur dann in Betracht, wenn sie als Gesellschafter einer in Gründung befindlichen, dann aber nicht eingetragenen GmbH aufgetreten wären, sondern schon dann, wenn der Betrieb, in welchem die Dienstnehmer beschäftigt wurden (allenfalls unter Beachtung der Grundsätze des § 539a ASVG iVm den §§ 21 bis 24 BAO), auf Rechnung und Gefahr der Mitbeteiligten geführt worden wäre.

Die angefochtenen Bescheide waren gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. II Nr. 501/2001. Der durch Verordnung pauschaliert festgesetzte Schriftsatzaufwand deckt die anfallende Umsatzsteuer. Das Kostenmehrbegehren war daher abzuweisen.

Wien, am 19. März 2003

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2003:1998080032.X00

**Im RIS seit**

16.05.2003

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

© 2026 JUSLINE

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

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