

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/2/23 2003/08/0016

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.02.2005

## Index

21/03 GesmbH-Recht;

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §35 Abs1;

ASVG §4 Abs2;

GmbHG §2 Abs1;

GmbHG §2 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Köller, Dr. Moritz und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse in Linz, vertreten durch Mag. Hans Teuchtmann, Rechtsanwalt in 4040 Linz, Hauptstraße 33, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 12. Dezember 2002, Zl. 120.086/7-7/97, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. J in L, vertreten durch Dr. Franz Berndorfer, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Lüftengeggerstraße 12, 2. P in F,

3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, 5. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Oberösterreich in 4020 Linz, Europaplatz 9), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid vom 13. Juni 1996 hat der Landeshauptmann von Oberösterreich dem Einspruch u.a. der erstmitbeteiligten Partei gegen den Bescheid der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse vom 20. Februar 1991, mit dem festgestellt wurde, dass die Zweitmitbeteiligte "hinsichtlich des Beschäftigungsverhältnisses in der nicht protokollierten, vorerst als E Unternehmensservice GmbH bezeichneten Firma bzw. in der K Unternehmensberatungs Ges.m.b.H." vom 7. August 1989 bis 28. Februar 1990 der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG) unterlegen sei, keine Folge gegeben und den Bescheid der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse (welcher in den vorgelegten

Verwaltungsakten fehlt) vollinhaltlich bestätigt. In der Begründung des Berufungsbescheides führte der Landeshauptmann von Oberösterreich u. a. aus, dass die Gebietskrankenkasse davon informiert worden sei, "dass bei der Firma K (in der Folge als 'die Einspruchswerber' bezeichnet) eine Reihe von Personen in Beschäftigung stünden, deren Tätigkeit in schriftlichen Verträgen als 'freiberufliche Tätigkeit' bezeichnet worden sei". Die Kasse habe daraufhin Erhebungen vorgenommen und in der Zeit vom 20. September 1990 bis 28. Jänner 1991 eine Beitragsprüfung durchgeführt. Als Ergebnis dieser Erhebungen sei die beschwerdeführende Gebietskrankenkasse zu dem Schluss gekommen, dass die als "Communications-Officer" beschäftigten Personen vertraglich zwar als "freie Mitarbeiter" geführt und eingestuft worden seien, obwohl es sich der tatsächlichen Gestaltung zufolge um abhängige Dienstnehmerverhältnisse gehandelt habe. In den daraufhin ergangenen Bescheiden sei die Versicherungspflicht u. a. der zweitmitbeteiligten Partei festgestellt worden. In der Folge wurde das Einspruchsvorbringen dargelegt, das sich im Wesentlichen gegen die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses wendet, sowie die Erwiderung der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse wiedergegeben, in der auf wesentliche Kriterien der Dienstnehmereigenschaft (Entlohnung, Arbeitszeit, Arbeitsort, arbeitsbezogene Weisungen und Betriebseingliederung, persönliche Leistungspflicht) eingegangen wird. Schließlich wurde im Bescheid das Vorbringen der Zweitmitbeteiligten vor der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse und im Einspruchsverfahren vor dem Landeshauptmann wiedergegeben. In der Aussage vor der beschwerdeführenden Gebietskrankenkasse hatte die Zweitmitbeteiligte wörtlich u.a. angegeben:

"Ich habe auf Grund einer Zeitungsannonce mit der Firma Kontakt aufgenommen ... Am Montag, dem 7. August 1989 nahm ich dann die Beschäftigung bei dieser Firma auf ... Nachdem die Entlohnung ab ca. November 1989 nicht mehr vertragsgemäß erfüllt wurde, erklärten wir - die Communication Officer - am 18.1.1990 schriftlich den vorzeitigen Austritt (Kündigungsfrist bis 28.2.1990). Herr Mag. (K) verzichtete hierauf für die Zeit der Kündigungsfrist auf unsere weitere Mitarbeit."

In der rechtlichen Begründung ging die Einspruchsbehörde im Wesentlichen auf die Frage ein, inwieweit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist und setzte sich dabei vor allem mit der Arbeitszeitgestaltung, arbeitsorganisationsbezogenen Weisungen und dem Entlohnungssystem sowie der Vertretungsmöglichkeit auseinander.

Gegen diesen Bescheid er hob der Erstmitbeteiligte Berufung an die belangte Behörde. Er zog darin einerseits die Dienstnehmereigenschaft der Zweitmitbeteiligten in Zweifel und legte andererseits ausführlich dar, weshalb er seiner Ansicht nach nicht Dienstgeber der Zweitmitbeteiligten gewesen sei. Dieser Berufung wurde von der belangten Behörde mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 12. Dezember 2002 teilweise Folge gegeben und festgestellt, dass die Zweitmitbeteiligte im Zeitraum vom 7. August 1989 bis zum 1. Jänner 1990 zum Erstmitbeteiligten in keinem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und "Abs. 1 Z. 1 lit. a" AlVG begründenden Beschäftigungsverhältnis gestanden sei. Soweit sich die Berufung auf den Zeitraum vom 2. Jänner 1990 bis 28. Februar 1990 bezog, wurde sie gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unzulässig zurückgewiesen.

Als Sachverhalt wurde dabei festgestellt, dass mit Gesellschaftsvertrag vom 2. Februar 1989, mit Nachträgen vom 5. Juni 1989 und vom 28. September 1989, die K Unternehmensberatungs GmbH ("laut Berufung in der Erstversion des Gesellschaftsvertrages genannt 'E-Unternehmen-ServicegesmbH'", nach späterer Namensänderung K Unternehmens-Service GmbH") gegründet worden sei. Der Erstmitbeteiligte sei vom 2. Jänner 1990 bis 23. August 1991 Geschäftsführer dieser Gesellschaft gewesen. Die Gesellschaft sei mit 10. Juli 1992 "infolge Abweisung der Konkursöffnung mangels kostendeckenden Vermögens" aufgelöst und am 21. Februar 1994 von Amts wegen im Firmenbuch gelöscht worden. Die Zweitmitbeteiligte sei "unbestritten Maßen vom 7.8.1989 bis 28.2.1990 für die K UnternehmensberatungsgesmbH. (ab 2.1.1990 bzw. vorher für die in Gründung stehende Gesellschaft)" tätig gewesen.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass im Zeitraum vom 7. August 1989 bis Ende des Jahres 1989 die GmbH als Vorgesellschaft bestanden habe. Die Vorgesellschaft sei Trägerin von Rechten und Pflichten und daher auch als Dienstgeber für die bei ihr beschäftigten Personen anzusehen. Im Verfahren sei lediglich die Dienstgebereigenschaft des Erstmitbeteiligten zu beurteilen, nicht, wer für die im streitgegenständlichen Zeitraum aufgelaufenen Dienstgeberbeiträge hafte. Der Berufung sei für den Zeitraum vom 7. August 1989 bis 1. Jänner 1990 Folge gegeben worden, da ein Dienstverhältnis zwischen dem Erstmitbeteiligten (Berufungswerber vor der belangten Behörde) und der Zweitmitbeteiligten nicht zu Stande gekommen sei, da die Vorgesellschaft als Dienstgeberin anzusehen sei. Es sei daher nicht mehr zu prüfen, ob es sich um ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 2 ASVG handle.

Aus den Bescheiden der Vorinstanzen gehe "in Zusammenschau von Spruch und Begründung" hervor, dass Sache des Verfahrens einerseits die Pflichtversicherung der Zweitmitbeteiligten auf Grund ihres Beschäftigungsverhältnisses zum Erstmitbeteiligten und Herrn K. im Zeitraum vom 7. August 1989 bis 1. Jänner 1990 und andererseits die Versicherungspflicht der Zweitmitbeteiligten auf Grund ihres Beschäftigungsverhältnisses zur K Unternehmensberatungs GmbH sei. Die Berufung des Erstmitbeteiligten, soweit sie sich auf den Zeitraum vom 2. Jänner 1990 bis 28. Februar 1990 bezog, sei daher zurückzuweisen, da dieser in diesem Verfahren "durch die Teilung der Sache" nicht Partei sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde mit dem Antrag, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes bzw. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erklärte, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand zu nehmen. Die Fünftmitbeteiligte Partei hat in einer als Gegenschrift bezeichneten Stellungnahme erklärt, sich der Darlegung und der Begründung der Beschwerde vollinhaltlich anzuschließen, die Viertmitbeteiligte hat auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet. Die weiteren mitbeteiligten Parteien haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet. Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt gemäß § 35 Abs. 1 ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Der Dienstgeber ist die "andere Seite" des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, ohne das die Pflichtversicherung nicht ausgelöst wird. Ob jemand in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG steht, ist daher in der Regel immer in Bezug auf eine bestimmte andere (auch juristische) Person (bzw. Personen), nämlich den (die) Dienstgeber zu prüfen (vgl. das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. 12.325/A, m.w.H.).

Die Beschwerdeführerin führt aus, dass eine GmbH vor ihrer Eintragung als solche nicht Dienstgeberin im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG sein könne. Die Handelnden würden nach § 2 Abs. 1 GmbH-Gesetz persönlich zur ungeteilten Haftung. "Dem Betriebszweck der vorliegenden Vorgesellschaft zu Folge" sei keine Vollkaufmannschaft vorgelegen, sodass von einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht auszugehen sei. Bei einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht komme die Dienstgebereigenschaft im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG den Gesellschaftern zu. Da mangels einer Sonderregelung im ASVG der Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Rechtspersönlichkeit zukomme, seien die Gesellschafter als Dienstgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren. Diese würden persönlich und solidarisch als Dienstgeber haften. Der Erstmitbeteiligte sei demnach entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde in der Zeit vom 7. August 1989 bis 1. Jänner 1990 Dienstgeber der Zweitmitbeteiligten im Sinne des § 35 ASVG gewesen.

Wie sich aus den - allerdings nur teilweise und ohne Akteninhaltsverzeichnis - vorgelegten Verwaltungsakten ergibt und auch von der Beschwerdeführerin als unstrittig bezeichnet wird, wurde mit Notariatsakt vom 2. Februar 1989 durch Mag. K. und den Erstmitbeteiligten als Gesellschafter eine Gesellschaft mit der Firma "E Unternehmensservice Gesellschaft m.b.H." gegründet und nach Änderungen des Gesellschaftsvertrages vom 5. Juli 1989 und 28. September 1989 am 2. Jänner 1990 in das Firmenbuch unter der Firma "K Unternehmensberatungs-Gesellschaft m.b.H." eingetragen. Bereits im Gesellschaftsvertrag vom 2. Februar 1989 wurden die beiden Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt.

Gemäß § 2 Abs. 1 erster Satz GmbH-Gesetz besteht die Gesellschaft vor der Eintragung in das Firmenbuch als solche nicht. Wie der Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 24. November 1998, 1 Ob 188/98y, mit weiteren Hinweisen auf

Rechtsprechung und Schrifttum ausführt, ist die "Vorgesellschaft" die werdende Gesellschaft mbH im Zeitraum zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrags und Eintragung im Firmenbuch; sie ist - als Gründergemeinschaft - nach neuerer Ansicht eine Gesellschaft sui generis, auf die das GmbH-Recht anzuwenden ist, soweit es nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzt oder nicht spezielle Gründungsvorschriften eingreifen. Die neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass die Vorgesellschaft selbst am Rechtsverkehr teilnehmen, also eigene Willenserklärungen abgeben kann. Die Vorgesellschaft haftet demnach als Vertragspartnerin für Erklärungen, die vertretungsbefugte "Geschäftsführer" in ihrem Namen abgeben.

Die Frage, ob einer "Vorgesellschaft" Dienstgebereigenschaft im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG zukommen kann, wurde in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bislang noch nicht beantwortet. Soweit die Beschwerdeführerin auf das Erkenntnis vom 20. Februar 1992, Zl. 89/08/0208, verweist, ist festzuhalten, dass nach dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt eine Anmeldung zu beurteilen war, die vor der Errichtung des Gesellschaftsvertrages - sohin im Vorgründungsstadium - namens der zu diesem Zeitpunkt noch nicht existierenden GmbH erstattet worden war. Die Frage, ob die Vorgesellschaft im Gründungsstadium Dienstgeber im Sinne des ASVG sein könne, wurde in dieser Entscheidung ausdrücklich offen gelassen.

Von der Frage der Dienstgebereigenschaft der Vorgesellschaft zu unterscheiden ist auch die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein mit der Vorgesellschaft eingegangenes Arbeitsverhältnis auf die durch die Eintragung im Firmenbuch existent gewordene Gesellschaft übergeht. Im Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 10. Dezember 1998, 8 Ob S 162/98a, das auch von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid zitiert wurde, hatte sich der Oberste Gerichtshof mit der Frage auseinander zu setzen, mit wem ein Arbeitsvertrag zu Stande kommt, der namens einer Vorgesellschaft abgeschlossen wurde, wenn es in der Folge nicht zur Eintragung der Gesellschaft kam. Dabei hat der Oberste Gerichtshof ausgeführt, dass im Stadium vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch die noch nicht bestehende Gesellschaft nicht Arbeitgeber sein kann, sondern der tatsächlich für sie Handelnde in dieser Funktion auftritt. Diesem komme die Stellung eines Arbeitgebers so lange zu, als nicht die eingetragene Gesellschaft gemäß § 2 Abs. 2 GmbH-Gesetz an seine Stelle trete.

Im vorliegenden Fall war zum Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen (Dienst-)Vertrages mit der Zweitmitbeteiligten unstrittig die Gesellschaft bereits errichtet und wurde in der Folge auch in das Firmenbuch eingetragen. Aus den im Verwaltungsakt erliegenden Unterlagen - insbesondere dem mit der Zweitmitbeteiligten abgeschlossenen "Vertrag über eine freiberufliche Zusammenarbeit" sowie den Niederschriften mit der Zweitmitbeteiligten - ist zu entnehmen, dass stets die Gesellschaft - wenngleich ohne nähere Hinweise auf das Gründungsstadium - tätig geworden ist.

Der Beschwerdeführerin kann nicht beigetreten werden, wenn sie die Dienstgebereigenschaft des Erstmitbeteiligten daraus ableiten will, dass es sich bei der - auch von ihr nicht bestrittenen - Vorgesellschaft, der nach dem Betriebszweck keine Vollkaufmanneigenschaft zugekommen sei, um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehandelt habe, in der die Dienstgebereigenschaft im Sinne des § 35 ASVG den Gesellschaftern zukommt. Nach der bereits zitierten jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes handelt es sich bei der Vorgesellschaft um eine Gesellschaft eigener Art, auf die im Wesentlichen die Vorschriften über die einzutragende Kapitalgesellschaft anzuwenden sind. Dieser Vorgesellschaft kann daher auch Dienstgebereigenschaft im Sinne des § 35 ASVG zukommen.

Da sich für ein Dienstverhältnis der Zweitmitbeteiligten in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Erstmitbeteiligten - als weiterem Dienstgeber neben der Vorgesellschaft - in den vorgelegten Verwaltungsakten keine Anhaltspunkte finden und auch die Beschwerdeführerin die Dienstgebereigenschaft des Erstmitbeteiligten ausschließlich mit dessen Stellung als Gesellschafter begründet hat, hat die belangte Behörde daher zu Recht festgestellt, dass die Zweitmitbeteiligte in keinem die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG begründenden Beschäftigungsverhältnis zum Erstmitbeteiligten stand.

2. Die Beschwerdeführerin hat zwar ausdrücklich erklärt, den Bescheid der belangten Behörde seinem gesamten Inhalt nach anzufechten, jedoch im Folgenden ausgeführt, dass die Dienstgebereigenschaft der K Unternehmensberatungs GmbH (gemeint:

unter Ausschluss einer Dienstgebereigenschaft des Erstmitbeteiligten) ab 2. Jänner 1990 unstrittig sei. Auch bezeichnet sie an anderer Stelle der Beschwerde den "strittigen Zeitraum" als jenen vom 7. August 1989 bis 1. Jänner 1990. Vor diesem Hintergrund kann eine Verletzung von Rechten der Beschwerdeführerin durch die Zurückweisung der

Berufung des Erstmitbeteiligten, soweit sie sich auf den Zeitraum vom 2. Jänner 1990 bis 28. Februar 1990 bezog, nicht vorliegen.

3. Die Beschwerdeführerin hat ausdrücklich Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht, jedoch in der Folge nicht ausgeführt, welche Verfahrensmängel ihrer Ansicht nach vorliegen, sodass darauf nicht weiter einzugehen war.

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

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 23. Februar 2005

**Schlagworte**

Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen Materien Sozialversicherung Handelsrecht  
Gesellschaftsrecht

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2003080016.X00

**Im RIS seit**

15.04.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

07.10.2008

**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)