



Fundstelle: ARD 5580/10/2005 = RdW 2005/407, 375

1. Die österreichische Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft (hier: britische Limited) käme selbst bei einer Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch nicht als Dienstgeber in Frage, weil eine Zweigniederlassung keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Die Rechtsansicht, dass im Falle der Ablehnung der Eintragung der ausländischen Gesellschaft ins österreichische Firmenbuch daher nicht das im Ausland registrierte Unternehmen, sondern der „Repräsentant“ der Firma im Inland als Dienstgeber iSd § 35 ASVG anzusehen sei (hier: ein Gesellschafter der britischen Ltd, der den Dienstgeber aufgenommen und mit ihm die Höhe des Entgelts vereinbart hat), ist daher unzutreffend.

2. Für die Dienstgeber-Eigenschaft iSd § 35 Abs 1 ASVG ist wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Da es die belangte Behörde im vorliegenden Fall aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsansicht, mangels Registrierung in Österreich scheidet die englische Gesellschaft als Dienstgeber aus, unterlassen hat, Feststellungen darüber zu treffen, wer aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wurde, war der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

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 des C**** in Graz, vertreten durch Dr. Peter Schlösser und Dr. Christian Schoberl, Rechtsanwälte in 8010 Graz, Alberstraße 9/I, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Steiermark vom 29. November 2001, Zl. 5-s26m19/4-2001, betreffend Beitragspflicht nach dem ASVG (mitbeteiligte Partei: Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8010 Graz, Josef Pongratz-Platz 1), zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Mit Bescheid vom 31. Juli 2001 verpflichtete die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse Anita B. und den Beschwerdeführer, "Gesellschafter der Dr. Venus Ltd. (es folgt eine Anschrift in England), Betriebsadresse (in Österreich) T. straße 451, 8055 Graz", für zwei namentlich genannte Dienstnehmer für bestimmte bezeichnete Zeiträume allgemeine Beiträge zur Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung, Sonderbeiträge, Umlagen und Zuschläge in der Höhe von insgesamt S 121.003,13 zu entrichten.

In der Begründung wurde ausgeführt, beide im Spruch genannten Dienstnehmer seien bei der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse zu näher genannten Zeitpunkten an- und abgemeldet worden, wobei als Dienstgeber jeweils die Dr. Venus Ltd. mit der im Spruch angeführten Betriebsadresse in Graz angegeben worden sei. Die genannte Gesellschaft mit dem Hauptsitz in England habe die

Eintragung ihrer österreichischen Zweigniederlassung an der Anschrift T. straße 451, 8055 Graz, beim zuständigen Firmenbuchgericht beantragt. Dieser Antrag sei rechtskräftig abgewiesen worden. Da die Dr. Venus Ltd. in Österreich demnach

"nicht wirksam gegründet wurde und insofern nicht als Dienstgeber ... angesehen werden kann, sind die in Bezug auf die Aufnahme und Entlohnung der im gegenständlichen Betrieb beschäftigten Dienstnehmer handelnden Personen und Mitgesellschafter, nämlich Frau Anita B. (Geschäftsanteil von 60 %) und (der Beschwerdeführer) (Geschäftsanteil von 40 %), als Dienstgeber anzusehen."

Einer der beiden Dienstnehmer - so die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse weiter - habe angegeben, von beiden Gesellschaftern "aufgenommen worden zu sein" und mit ihnen die Entlohnung vereinbart zu haben; der Lohn sei von den Gesellschaftern bezahlt worden. Der andere Dienstnehmer habe angegeben, mit Frau Anita B. die Entlohnung vereinbart zu haben und von ihr bezahlt und überwacht worden zu sein. Der Antrag auf Eintragung der österreichischen Betriebsstätte sei deswegen abgewiesen worden, weil als Unternehmensgegenstand der Zweigniederlassung "Bordellbetrieb" angegeben worden sei, nach dem Steiermärkischen Prostitutionsgesetz aber für den Betrieb eines Bordells eine Bordellbewilligung erforderlich sei, die nur an natürliche Personen erteilt werden dürfe. Bordelle könnten demnach nur von Einzelpersonen und nicht von Gesellschaften betrieben werden.

Dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch gab die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid keine Folge. Begründend gab sie den Gang des Verwaltungsgeschehens wieder und ging davon aus, dass die beiden genannten Dienstnehmer während der festgestellten Zeiten zwar beschäftigt gewesen seien, die Dr. Venus Ltd. jedoch als Dienstgeber mangels Eintragung im Firmenbuch in Österreich nicht in Frage komme (Hinweis auf den die Eintragung versagenden Beschluss des OGH vom 11. November 1999, 6 Ob 122/99f). Das Handeln der beiden Gesellschafter (Beschwerdeführer und Anita B.) sei nicht der Gesellschaft zuzurechnen, weshalb zu prüfen sei, ob die Genannten selbst Dienstgeber seien. Es sei von folgenden Feststellungen auszugehen: Ein Dienstnehmer sei von Anita B. gekündigt worden, habe von ihr telefonische Weisungen erhalten, habe seinen Monatslohn unter Anschluss eines Lohnzettels von ihr bekommen, jedoch nicht angegeben, von wem er eingestellt worden sei. Der andere Dienstnehmer sei von Anita B. und dem Beschwerdeführer aufgenommen worden, mit denen auch die Höhe des Entgelts vereinbart worden sei und die auch die Zahlungen geleistet hätten; das Dienstverhältnis sei durch einvernehmliche Lösung beendet worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass die nach englischem Recht gegründete Gesellschaft in Österreich nie Rechtspersönlichkeit erlangt habe. Daher seien nicht die im Ausland registrierte Gesellschaft, sondern deren Repräsentanten im Inland als Dienstgeber anzusehen. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung stellte die belangte Behörde sodann fest, dass der Beschwerdeführer und Anita B. die "Zweigniederlassung Triesterstraße" gemeinsam betrieben hätten; der Betrieb sei auf Rechnung und Risiko der Anita B. und des Beschwerdeführers geführt worden. Beide hätten daher eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gebildet, sodass auch beide als Dienstgeber anzusehen seien. Als Dienstgeber schuldeten sie die vorgeschriebenen Beiträge.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat ebenfalls eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Beschwerdefall ist unbestritten, dass die im angefochtenen Bescheid genannten Dienstnehmer während der dort bezeichneten Zeiträume in einem der Anschrift nach konkretisierten "Bordellbetrieb" in Österreich voll- und arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt waren. Die vorgeschriebenen Beiträge sind auch in Ansehung ihrer Höhe nicht strittig. Ausschließlich strittig ist die Frage, ob der Beschwerdeführer Dienstgeber dieser Dienstnehmer und damit Beitragsschuldner gewesen ist.

Nahm die belangte Behörde das Vorliegen von Dienstverhältnissen mit dem Beschwerdeführer als Dienstgeber unter anderem deshalb an, weil durch die Ablehnung der Eintragung der englischen Gesellschaft im österreichischen Firmenbuch nicht das im Ausland registrierte Unternehmen, sondern "der Repräsentant der Firma im Inland als Dienstgeber anzusehen" sei, ist sie offenbar davon ausgegangen, dass es auf die Registrierung (der Betriebsstätte) in Österreich ankomme. Diese Ansicht ist unzutreffend, weil die österreichische Zweigniederlassung als Dienstgeberin selbst bei einer Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch nicht in Frage gekommen wäre. Eine Zweigniederlassung einer im Ausland eingetragenen Gesellschaft besitzt nämlich keine eigene Rechtspersönlichkeit (vgl. das Erkenntnis vom 29. März 2000, Zl. 97/08/0083).

Gemäß § 35 Abs 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Für die Dienstgebereigenschaft ist wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen muss ihm zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehen (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12325/A).

Offenbar im Hinblick auf diese Rechtslage führte die belangte Behörde aus, der Betrieb sei "auf Rechnung und Risiko" sowohl der Anita B. als auch des Beschwerdeführers geführt worden sowie, beiden sei die "rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung" offen gestanden, und schloss daraus auf die Dienstgebereigenschaft beider Genannten. Allerdings kann diese Beurteilung ohne entsprechende Tatsachengrundlage über den Umstand, wer aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wurde, wofür in erster Linie der Eigentümer des Unternehmens in Betracht kommt, nicht getroffen werden. Dass dies auf den Beschwerdeführer zuträfe, kann den behördlichen Feststellungen nicht entnommen werden.

Es kann im gegebenen Zusammenhang auf sich beruhen, ob die Geschäftsführerin der Dr. Venus Ltd. Anita B. (zur Geschäftsführertätigkeit vgl. den bereits zitierten Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 11. November 1999) - sollte der Betrieb auf Rechnung und Gefahr der Gesellschaft geführt worden sein - allenfalls dadurch neben der Gesellschaft Dienstgeberin im arbeitsrechtlichen Sinne geworden sein könnte, dass sie ohne Hinweis auf die von ihr vertretene Gesellschaft Dienstverträge im eigenen Namen abgeschlossen hätte, weil dies die allfällige Dienstgeberstellung des Beschwerdeführers weder herbeiführen noch verhindern könnte.

Zusammengefasst hat es die belangte Behörde, ausgehend von ihrer unzutreffenden Rechtsansicht, mangels Registrierung in Österreich scheidet die englische Gesellschaft als Dienstgeberin aus und, die "Repräsentanten" im Inland seien Dienstgeber, unterlassen,

Feststellungen im aufgezeigten Sinn zu treffen, und hat damit den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet. Dieser war daher gemäß 42 Abs 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl II Nr 333; das auf Ersatz von Mehrwertsteuer gerichtete Mehrbegehren war abzuweisen, weil im pauschalierten Aufwandersatz für Schriftsataufwand die Mehrwertsteuer bereits enthalten ist.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der Beschwerdeführer war Mitgesellschafter der Dr. Venus Ltd., einer nach britischem Recht gegründeten Gesellschaft, die durch ihre österreichische Filiale ein Bordell in Graz betrieb. Mit Bescheid der letztlich mitbeteiligten Steiermärkischen Gebietskrankenkasse wurde der Beschwerdeführer und seine Mitgesellschafterin im Jahr 2001 für zwei Dienstnehmer für allgemeine Beiträge zur Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung, Sonderbeiträge, Umlagen und Zuschläge in der Höhe von insgesamt EUR 8.793,64 (ATS 121.003,13) persönlich zur Haftung herangezogen.

Die belangte Behörde bestätigte den Haftungsbescheid damit, dass die nach englischem Recht gegründete Gesellschaft in Österreich nie Rechtspersönlichkeit erlangt hätte. Daher wären nicht die im Ausland registrierte Gesellschaft, sondern deren Repräsentanten im Inland als Dienstgeber anzusehen. Als solche schuldeten sie die vorgeschriebenen Beiträge; darin würde auch die beantragte Eintragung der Zweigniederlassung beim zuständigen Firmenbuchgericht nichts ändern..

Der VwGH hatte letztlich zu klären, ob die beiden persönlich zur Haftung heran gezogenen Gesellschafter der Dr. Venus Ltd Dienstgeber iS ds § 35 Abs 1 ASVG und damit als solche Beitragsschuldner der Sozialversicherung waren?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Da es die belangte Behörde aufgrund ihrer **unzutreffenden Rechtsansicht**, mangels Registrierung in Österreich scheidete die englische Gesellschaft als Dienstgeberin aus, **unterlassen** hat, **Feststellungen** darüber zu treffen, wer aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wurde, war der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Der VwGH hob den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf und führte aus, dass eine österreichische Zweigniederlassung einer britischen Limited selbst bei einer Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch nicht als Dienstgeber in Frage käme, da eine Zweigniederlassung keine eigene Rechtspersönlichkeit besäße. Die Rechtsansicht, dass im Falle der Ablehnung der Eintragung der ausländischen Gesellschaft ins österreichische Firmenbuch daher nicht das im Ausland registrierte Unternehmen, sondern der „Repräsentant“ der Firma im Inland als Dienstgeber iS des § 35 ASVG anzusehen wäre, war unzutreffend.

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; studierte US-amerikanisches Steuerrecht an der Golden Gate University in San Francisco und ist Rechtsanwalt in Salzburg; Näheres unter <http://www.cybertax.at>.

Für die haftungsrechtlich relevante Dienstgebereigenschaft iS des § 35 Abs 1 ASVG wäre nämlich entscheidend, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet würde, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar traf. Da es die belangte Behörde im vorliegenden Fall aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsansicht unterlassen hatte, Feststellungen darüber zu treffen, wer aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wurde, war der angefochtene Bescheid aufzuheben.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Gerichte und Verwaltungsbehörden tun sich in Österreich offenbar mit „exotischen“ Gesellschaften – traditionell – schwer;¹ dabei handelt es sich bei der britischen Limited um eine der hierzulande hunderttausendfach gepflogenen GmbH ganz ähnlichen Kapitalgesellschaft, von denen es im Vereinigten Königreich und im Common Wealth wohl Millionen geben dürfte.

So hat denn auch der OGH – nota bene auch den österreichischen Anlassfall² – ausgesprochen, dass die Gründungstheorie für in Mitgliedstaaten der EU gegründete juristische Personen dazu führt, die bisher herrschende Sitztheorie für in EU- oder EWR-Staaten gegründete Gesellschaften aufzugeben. Die **Europäische Niederlassungsfreiheit** besteht auch für englische Briefkastengesellschaft in Österreich.³

Der VwGH zieht mit dem vorliegenden Erkenntnis gewissermaßen **sozialversicherungsrechtlich** nach: Gemäß § 35 Abs 1 ASVG gilt als Dienstgeber derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweist. Für die Dienstgebereigenschaft ist wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen muss ihm zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehen. Da die Dienstverträge mit der Dr. Venus Limited abgeschlossen sind, kommt diese kraft ihrer **eigenen Rechtspersönlichkeit als Dienstgeberin** in Betracht.

Ausblick: In weiterer Folge hat der VwGH⁴ seine Rsp zur sozialversicherungsrechtlichen Haftung von Geschäftsführern einer britischen Limited fortentwickelt und zu § 67 Abs 10 ASVG ausgeführt, dass sich die Behörde bei einer ausländischen Gesellschaft mit dem Vorbringen des Haftungspflichtigen, er sei – entgegen dem Firmenbuchstand – nicht zur Vertretung nach außen berufen gewesen, auseinander setzen muss.

Auch die **österreichischen Firmenbuchgerichte** haben sich mittlerweile an die „Exoten von der Insel“ gewöhnt. So sind auch nach ihrem Gründungsstatut nicht prüfpflichtige ausländische Kapitalgesellschaften bei Bestehen einer inländischen Zweigniederlassung zur Offenlegung verpflichtet; die Offenlegung ist einzutragen, der Jahresabschluss in die Urkundensammlung aufzunehmen.⁵

¹ Vgl den instruktiven Überblick von Ehrlich, Anerkennung von Auslandsgesellschaften und Zweigniederlassungen vor österreichischen Gerichten, RdW 2005/300, 281 mwN.

² EuGH 22.1.2002, C-447/99, wbl 2002/75, 122.

³ OGH 11.11.1999, 6 Ob 122/99f, RdW 2000/126, 154 = ZfRV 2000/34, 113 = ecolex 2000/288, 725 (*Karollus-Bruner*) mwN zur Rsp des EuGH.

⁴ VwGH 15.3.2005, 2003/08/0170, ARD 5607/8/2005 = RdW 2005/643, 562 = infas 2005, S 41 = ZAS-Judikatur 2005/139, 220.

⁵ OLG Wien, 13.9.2005, 28 R 212/05k, GeS 2006, 20 (*Ratka*) = NZ 2006/J 9, 156.

IV. Zusammenfassung

Nach mittlerweile gefestigter Rsp des VwGH besteht keine Beitragshaftung der Gesellschafter einer im österreichischen Firmenbuch protokollierten Zweigniederlassung einer im Ausland eingetragenen Gesellschaft (hier: englischen Limited, Ltd). Die Haftung des Niederlassungsleiters für bestimmte Sozialversicherungsbeiträge kann auf diese Art und Weise limitiert, d.h. entscheidend begrenzt werden.