

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/2/20 2006/08/0320

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.02.2008

## Index

21/03 GesmbH-Recht;

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs1 Z1;

ASVG §4 Abs2;

GmbHG §18;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Moritz, Dr. Lehofer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der S W in O, vertreten durch Dr. Beate Köll-Kirchmeyr, Rechtsanwalt in 6130 Schwaz, Kohlgasse 2a, gegen den Bescheid der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 9. Oktober 2006, Zi. BMSG-321816/0004-II/A/3/2006, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. W GmbH in O; 2. Tiroler Gebietskrankenkasse, Klara-Pölt-Weg 2-4, 6020 Innsbruck; 3. Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich Hillgeist Straße 1, 1021 Wien;

4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert Stifter Straße 65-67, 1201 Wien), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, soweit mit ihm über die Versicherungspflicht der Beschwerdeführerin nach § 1 Abs. 1 lit. a AlVG abgesprochen wurde, wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Schreiben vom 25. Februar 2005, gerichtet an die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse, beantragte die Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 7. März 2001 bis 17. März 2003 die "nachträgliche Übernahme in die Gebietskrankenkasse", da die ursprünglich angenommene "SVA Versicherungspflicht" während dieser Zeit nicht vorgelegen sei.

Mit Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 9. Februar 2006 wurde ausgesprochen, dass die Beschwerdeführerin als Gesellschafterin der W GmbH vom 7. März 2001 bis 31. März 2003 weder gemäß § 4 Abs. 2

noch nach § 4 Abs. 4 ASVG sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei ab 7. März 2001 mit 67,20 % an der W GmbH beteiligt gewesen, weshalb kein Dienstverhältnis zu dieser GmbH vorgelegen sei.

Der dagegen von der Beschwerdeführerin erhobene Einspruch wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 30. August 2006 als unbegründet abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin Berufung an die belangte Behörde.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde der Berufung keine Folge gegeben und der Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 30. August 2006 mit der Maßgabe bestätigt, dass die Beschwerdeführerin als geschäftsführende Gesellschafterin der W GmbH vom 7. März 2001 bis 31. März 2003 weder der Voll- (Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung) und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG noch der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG unterlegen ist. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei im verfahrensgegenständlichen Zeitraum an der gegenständlichen GmbH mit 67,2 %, Frau G mit 2,8 % und die E AG mit 30 % beteiligt gewesen. Die Beschwerdeführerin habe ab 7. März 2001 als einzige handelsrechtliche Geschäftsführerin der Gesellschaft fungiert. Mit 17. März 2003 sei über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet worden. Die Gewerbeberechtigung sei mit 18. März 2003 ruhend gestellt worden. Die amtswegige Löschung der GmbH sei mit 12. April 2005 erfolgt. Des Weiteren gab die belangte Behörde in der Bescheidbegründung etliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages wieder, so insbesondere, dass gemäß § 6 ein Beirat eingerichtet wurde, ohne dessen Zustimmung Investitionen oder Kreditaufnahmen von mehr als S 500.000,-- sowie einige weitere Geschäfte der Gesellschaft nicht zulässig waren. Nach § 8 des Gesellschaftsvertrages wurden die nach dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern vorbehaltenen Beschlüsse in der Generalversammlung gefasst. Gemäß Abs. 3 dieser Bestimmung war es zur Beschlussfassung erforderlich, dass mindestens 75 % des Stammkapitals anwesend oder rechtsgültig vertreten waren; die Beschlüsse gemäß Abs. 5, soweit der Gesellschaftsvertrag oder das Gesetz nichts anderes bestimmten, wurden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Näher genannte Geschäfte waren gemäß § 8 Abs. 6 der Generalversammlung vorbehalten und bedurften jedenfalls der Zustimmung des Vertreters der E AG. Die belangte Behörde fährt in der Begründung fort, die Beschwerdeführerin habe in den Jahren 2001 bis 2003 aus ihrer Tätigkeit als geschäftsführende Gesellschafterin Einkünfte nach § 23 EStG erzielt und sei demgemäß vom Finanzamt veranlagt worden. Die Dienstnehmereigenschaft eines Geschäftsführers, der gleichzeitig Gesellschafter einer GmbH sei, werde durch das Ausmaß der persönlichen Abhängigkeit bestimmt, die vom Umfang der Beteiligung an der Gesellschaft abhängig sei. Ein derartiger Einfluss sei nicht nur dann zu bejahen, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile verfüge, sondern auch dann, wenn seine Beteiligung zwar geringer sei als 50 %, ihm aber auf Grund des Gesellschaftsvertrages eine Sperrminorität zustehe, die ihn befähige, Beschlüsse der Generalversammlung in den für seine persönliche Abhängigkeit wesentlichen Angelegenheiten zu verhindern. Könnten Gesellschafterbeschlüsse gegen den Willen des Geschäftsführers nicht zu Stande kommen, sei dieser nicht verpflichtet, den Weisungen eines anderen zu folgen. Entscheidend sei daher, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer Weisungen der Generalversammlung im Sinne des § 20 GmbH-Gesetz unterliege, die grundsätzlich auch Einzelweisungen in Geschäftsführungsfragen sein könnten, bzw. ob er diese Weisungen kraft seiner Gesellschafterstellung verhindern könne. Wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft habe, schließe dies seine Qualifikation als Dienstnehmer jedenfalls aus. Da gemäß § 39 GmbH-Gesetz die Beschlussfassung der Gesellschafter mangels anderer Bestimmung durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag durch die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen erfolge, habe im verfahrensgegenständlichen Zeitraum der Beschwerdeführerin bei der Geschäftsführung kein fremder Wille aufgezwungen werden können. Sie habe somit über maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft verfügt, was ihre Dienstnehmereigenschaft jedenfalls ausschließe. Gemäß § 8 Abs. 3 erster Satz des Gesellschaftsvertrages sei zur Beschlussfassung in der Generalversammlung ein Anwesenheitsquorum von 75 % erforderlich gewesen, sodass die Beschwerdeführerin das Zustandekommen von Beschlüssen gegen ihren Willen durch bloßes Fernbleiben habe verhindern können. Sie habe demnach beispielsweise ihre eigene Abberufung als Geschäftsführerin und Weisungen in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten verhindern können. Daran änderten auch die umfangreichen, im Gesellschaftsvertrag normierten Zustimmungsrechte der E AG nichts, die allerdings alle nur Maßnahmen des außerordentlichen Geschäftsbetriebes betroffen hätten. Im Übrigen sei kein Anstellungsvertrag abgeschlossen worden, in dem eine entsprechende persönliche Abhängigkeit normiert worden

wäre. Lohnsteuerpflicht nach § 47 EStG sei nicht gegeben gewesen. Die Einkünfte der Beschwerdeführerin seien als solche aus Gewerbebetrieb nach § 23 EStG veranlagt worden. Aus einer allfälligen Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG resultiere gegebenenfalls auch die Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a AlVG. Die belangte Behörde sehe sich dazu veranlasst, auch das Vorliegen von Arbeitslosenversicherungspflicht im verfahrensgegenständlichen Zeitraum im Spruch des Bescheides auszuschließen. Weiters sei die Klarstellung zu treffen gewesen, dass die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht hinsichtlich der Stellung der Beschwerdeführerin als Gesellschafterin der GmbH, sondern auf Grund ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin-Gesellschafterin erfolgt sei. Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG setze voraus, dass die ausgeübte Tätigkeit nicht bereits unter § 2 Abs. 1 Z. 1 bis 3 GSVG einzuordnen sei. Wie die belangte Behörde in ihrem Bescheid vom 9. Oktober 2006 (Anm.: vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zi. 2006/08/0321) festgestellt habe, sei die Beschwerdeführerin auf Grund ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin der Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Z. 3 GSVG unterlegen. Eine Versicherungspflicht als freie Dienstnehmerin nach § 4 Abs. 4 ASVG sei gegenüber dieser Versicherungspflicht nachrangig. Somit komme Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG (dies auch auf Grund der Beteiligungshöhe von etwa 67 %) ebenfalls nicht in Betracht.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehrn, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm von der Erstattung einer Gegenschrift (ebenso wie die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt) ausdrücklich Abstand und begehrte Aufwandersatz für den Vorlageaufwand.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die übrigen Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes Personen versichert (vollversichert), wenn keine Ausnahme nach den §§ 5 und 6 besteht und nach § 7 keine Teilversicherung vorliegt, wenn sie bei einem oder mehreren Dienstgebern als Dienstnehmer beschäftigt sind.

Dienstnehmer im Sinne des ASVG ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, 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. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z. 4 lit. a oder b EStG 1988 oder um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z. 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.

Den Dienstnehmern stehen gemäß § 4 Abs. 4 ASVG Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe, oder für eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit), wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, sofern sie nicht auf Grund dieser Tätigkeit bereits gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 bis 3 bzw. § 3 Abs. 3 GSVG oder gemäß § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder sofern es sich nicht um eine (Neben)Tätigkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Z. 1 lit. f B-KUVG handelt oder eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausgeübt wird oder (im Sinne der seit 1. August 2001 geltenden Fassung des § 4 Abs. 4 ASVG, BGBl. I Nr. 99/2001) es sich um eine Tätigkeit als Kunstschafter, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 K-SVFG, handelt.

Dem angefochtenen Bescheid haftet zunächst eine im Rahmen des Beschwerdepunktes von Amts wegen aufzugreifende Rechtswidrigkeit an:

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse und der Landeshauptmann von Tirol haben im gegenständlichen Verwaltungsverfahren in ihren Bescheiden nur über die Pflichtversicherung nach § 4 ASVG abgesprochen. Die belangte Behörde hat die Sache des Verfahrens insoweit überschritten, als sie auch einen darüber hinausgehenden Abspruch über die Arbeitslosenversicherungspflicht getroffen hat. Die "Sache" des Berufungsverfahrens ist aber nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der Behörde erster Instanz gebildet hat. Entscheidet die Berufungsbehörde in einer Angelegenheit, die nicht Gegenstand der Entscheidung der Behörde erster Instanz gewesen ist, so überschreitet sie ihre funktionelle Zuständigkeit. Insoweit ist ein solcher Berufungsbescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit belastet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Februar 2003, Zl. 99/08/0146, mwN).

Der angefochtene Bescheid war daher insoweit, als die belangte Behörde auch über die Pflichtversicherung nach dem AlVG abgesprochen hat, gemäß § 42 Abs. 2 Z. 2 VwGG aufzuheben.

Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin geltend, die belangte Behörde hätte auch den Vorvertrag, den Beteiligungsvertrag, den Geschäftsplan, die Investitionsrichtlinien und die Bestätigungen zweier Beiräte hinsichtlich der Weisungsgebundenheit der Beschwerdeführerin beachten müssen. Insbesondere habe die belangte Behörde § 8 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages nur insofern wiedergegeben, als zur Beschlussfassung der Generalversammlung eine Anwesenheit von mindestens 75 % des Stammkapitals erforderlich sei. § 8 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages normiere aber im Weiteren, dass anderenfalls innerhalb von acht Tagen unter Hinweis auf die Beschlussfähigkeit ohne Anwesenheitsquorum eine weitere Versammlung einzuberufen sei, die auf die Behandlung der Gegenstände der ursprünglichen Generalversammlung beschränkt und in jedem Fall, ohne Rücksicht auf die Anzahl der vertretenen Gesellschafter, beschlussfähig sei. Des Weiteren hebt die Beschwerdeführerin hervor, dass Beschlüsse über die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern der Generalversammlung vorbehalten gewesen seien und jedenfalls der Zustimmung des Vertreters der E AG bedurft hätten. Die Beschwerdeführerin hätte daher ihre eigene Abberufung nicht verhindern können. Auch habe der beherrschende Minderheitsgesellschafter eine Erklärung vorgelegt, wonach die Beschwerdeführerin nur formal Gesellschafterin und Geschäftsführerin gewesen sei. Sie sei eine rechtlose Scheingeschäftsführerin ohne maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft gewesen.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass - anders als die Beschwerdeführerin offenbar meint - ein Dienstverhältnis eines Geschäftsführers in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht schon dann vorliegt, wenn dieser durch Zustimmungs- und Mitspracherechte, allenfalls auch Weisungsrechte Dritter (wie z. B. Geldgeber) in seiner unternehmensbezogenen Gestaltung erheblich eingeschränkt gewesen ist. Gemäß § 39 Abs. 1 GmbH-Gesetz erfolgt die Beschlussfassung der Gesellschafter, soweit das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, durch einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen. § 39 Abs. 2 GmbH-Gesetz sieht vor, dass je 10 Euro einer übernommenen Stammeinlage eine Stimme gewähren, wobei Bruchteile unter 10 Euro nicht gezählt werden. Im Gesellschaftsvertrag können andere Bestimmungen getroffen werden. Jedem Gesellschafter muss aber mindestens eine Stimme zustehen.

Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, dass im Gesellschaftsvertrag von § 39 Abs. 2 GmbH-Gesetz abweichende Regelungen getroffen worden seien. Es kann ihr daher nicht gefolgt werden, dass sie angesichts ihres Gesellschaftsanteiles persönliche Weisungen der Generalversammlung an sie nicht hätte zumindest verhindern können. Eine solche Verhinderungsmöglichkeit reicht aber aus, ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG auszuschließen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. November 2007, Zl. 2005/08/0051, mwN).

Soweit sich die Beschwerdeführerin - wie schon im Verwaltungsverfahren - darauf beruft, nur "formal" Gesellschafterin und Geschäftsführerin zu sein, reicht ihr Vorbringen nicht weiter als bis zur Behauptung ihrer weitgehenden Beschränkung in der Führung des Unternehmens. Das Bestehen eines Treuhandvertrages, auf Grund dessen die Beschwerdeführerin nur zum Schein Inhaberin ihrer Gesellschaftsanteile wäre, hat die Beschwerdeführerin weder behauptet noch hat sie solche Vereinbarungen im Verfahren vorgelegt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. die Erkenntnisse vom 30. Juni 1983, Zlen. 82/08/0083, 0084, vom 13. Oktober 1988, Zl. 87/08/0258, und vom 30. März 1993, Zl. 92/08/0189) wäre aber Voraussetzung für den Durchgriff auf die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse, dass ein Geschäftsführer nur auf Grund eines Treuhandvertrages über die Mehrheit (oder sogar die Gesamtheit) der Gesellschaftsanteile verfügt.

Wie sich aus dem hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2006/08/0321, ergibt, war die Beschwerdeführerin auf Grund des § 2 Abs. 1 Z. 3 GSVG pflichtversichert. Eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG scheidet folglich, wie die belangte Behörde zutreffend ausgeführt hat, aus.

Soweit sich die Beschwerde gegen den Ausspruch über die Pflichtversicherung nach § 4 ASVG bezieht, war sie daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Zuspruch von Aufwandersatz beruht auf den § 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. Februar 2008

**Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen

Materien Sozialversicherung Handelsrecht Gesellschaftsrecht Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2006080320.X00

**Im RIS seit**

25.03.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

06.11.2008

**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)