

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/11/21 2005/08/0051

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.11.2007

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
21/03 GesmbH-Recht;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ABGB §863;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs2;  
AVG §58 Abs2;  
AVG §60;  
GmbHG §18;  
GmbHG §20 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Köller, Dr. Moritz und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der 1) HH und

2) H GmbH, beide in L, beide vertreten durch Dr. Gerhard Wagner, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Spittelwiese 6, gegen den Bescheid der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 18. Februar 2005, Zl. BMSG-227583/0001- II/A/3/2004, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77,

2. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hilgegeist-Straße 1, 3. Allgemeine Unfalversicherungsanstalt, 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Gegenschrift des Arbeitsmarktservice Oberösterreich wird zurückgewiesen.

## Begründung

Mit Bescheid vom 26. März 2003 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, dass die Erstbeschwerdeführerin auf Grund ihrer Tätigkeit bei der zweitbeschwerdeführenden Partei seit 19. Juli 2002 der Pflichtversicherung in der Vollversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege. Die Erstbeschwerdeführerin sei Gesellschafterin der zweitbeschwerdeführenden Partei und mit 26 % an dieser beteiligt. (Weitere Gesellschafter sind Franz H. mit einem Geschäftsanteil von 49% sowie der Ehemann der Erstbeschwerdeführerin mit einem Geschäftsanteil von 25%). Sie könne Beschlüsse der zweitbeschwerdeführenden Partei weder verhindern noch herbeiführen. Es lägen keine Indizien vor, dass die Erstbeschwerdeführerin mehr Rechte für sich in Anspruch nehme, als ihr gesellschaftsrechtlich zustünden. Sie habe sich vertraglich verpflichtet, ab 1. Juli 2002 die Geschäfte der zweitbeschwerdeführenden Partei als Geschäftsführerin zu führen. (Zweiter Geschäftsführer ist Franz H.)

Der im Akt erliegende (sowohl für die Erstbeschwerdeführerin als auch für Franz H. geltende) Geschäftsführungsvertrag vom 2. Juli 2002 hat folgenden Wortlaut:

"§ 1.

(1) Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht nach außen zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft zu führen.

(2) Der Geschäftsführer hat die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit bestmöglich zu beachten und ist bei der Geschäftsführung an keinerlei persönliche Weisungen hinsichtlich der einzelnen zu ergreifenden Maßnahmen gebunden. Beschränkungen der Geschäftsführung und Vertretung ergeben sich lediglich durch gültige Gesetze, den Gesellschaftsvertrag und Gesellschafterbeschlüsse.

§ 2.

(1) Der Geschäftsführer hat die ihm obliegenden Aufgaben unabhängig von der Bindung an Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsdauer zu erbringen. Der Geschäftsführer entscheidet frei darüber, wann seine Anwesenheit notwendig und zweckmäßig ist, hat aber jedenfalls für eine sachlich und zeitlich ordnungsgemäße Geschäftsführung zu sorgen. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass die Beschränkungen des Arbeitszeitgesetzes und des Arbeitsruhegesetzes auf den gegenständlichen Vertrag keine Anwendung finden.

(2) Demzufolge steht dem Geschäftsführer auch kein eigener Urlaubsanspruch zu, vielmehr steht es ihm frei, sich in Zeiträumen zu erholen, in denen seine Anwesenheit nach eigener Einschätzung nicht erforderlich ist.

§ 3.

(1) Bei der Erfüllung seiner Aufgabe kann der Geschäftsführer sich eines geeigneten Vertreters bedienen, allerdings dürfen daraus der Gesellschaft keine Kosten erwachsen.

(2) Im Verhinderungsfall hat der Geschäftsführer für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung zu sorgen und es dürfen daraus der Gesellschaft keine Kosten erwachsen. Dies gilt auch im Fall der Krankheit.

§ 4.

(1) Als Entgelt erhält der Geschäftsführer 6 % der Umsatzerlöse iSd § 231 Abs 2 HGB zuzüglich 6 % des Ergebnisses der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit iSd § 231 Abs. 2 HGB vor Abzug sämtlicher Geschäftsführerbezüge selbst. Dabei sind Verluste aus Vorjahren in Abzug zu bringen.

(2) Auf das Jahresentgelt sind angemessene Vorauszahlungen zu leisten. Eine eventuelle Restzahlung oder Rückzahlung ist nach Beschlussfassung über den Jahresabschluss fällig.

§ 5.

(1) Ausdrücklich festgestellt wird, dass beide Vertragsparteien davon ausgehen, dass der vorliegende Vertrag ein Werkvertrag iSd § 1151 Abs 1 2. Halbsatz ABGB ist, und dass für diesen Vertrag nicht die arbeitsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind. Es finden daher auch sämtliche Vorschriften über den Dienstnehmerschutz, insbesondere für den Krankheitsfall, keine Anwendung.

(2) Die Vertragsparteien gehen davon aus, dass dieser Vertrag nicht der Lohnsteuer unterliegt. Der Geschäftsführer hat selbst für eine ordnungsgemäße Versteuerung seines Entgeltes zu sorgen.

(3) Hinsichtlich der Sozialversicherung gehen die Vertragsparteien davon aus, dass dieser Vertrag den Bestimmungen des gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes unterliegt und der Geschäftsführer seine Sozialversicherungsbeiträge selbst zu entrichten hat.

§ 6.

(1) Dieser Geschäftsführungsvertrag gilt ab dem 1.7.2002 und kann von beiden Vertragsteilen jederzeit ohne Einhaltung einer Frist aufgelöst werden."

Die Erstbeschwerdeführerin sei darüber hinaus für den gesamten kaufmännischen Bereich zuständig, wozu der gesamte Einkauf und Verkauf gehören würde. Der letztlich als Werkvertrag bezeichnete Geschäftsführungsvertrag könne nicht für die zu beurteilende Beschäftigung herangezogen werden, weil die wechselseitig zu erbringenden Leistungen und die einzuhaltenden Verpflichtungen nicht näher konkretisiert seien. Die im § 3 des Geschäftsführungsvertrags vereinbarte Vertretungsklausel gelte nur hinsichtlich der Aufgabe als Geschäftsführer. Die Erstbeschwerdeführerin würde ihre Tätigkeit täglich um 07.00 Uhr beginnen und diese nach den geschäftlichen Erfordernissen beenden. Der Arbeitsort sei entweder die Geschäftsräumlichkeit bzw. die entsprechenden Baustellen der zweitbeschwerdeführenden Partei. Eine Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort sei daher gegeben. Die Erstbeschwerdeführerin sei an die Beschlüsse der Generalversammlung der zweitbeschwerdeführenden Partei gebunden und unterliege daher der Weisungsbindung gegenüber der zweitbeschwerdeführenden Partei. Die Erstbeschwerdeführerin decke den kaufmännischen Bereich ab und sei in den Betriebsorganismus eingebunden. Für die Tätigkeiten im kaufmännischen Bereich (Einkauf, Verkauf, Lagerhaltung usw.) gebe es keine schriftliche Vereinbarung und auch keine mündlichen Absprachen. Sie verrichte laufend Dienstleistungen für die zweitbeschwerdeführende Partei. Sie habe auch noch keine Vertretung in Anspruch genommen. Sie sei daher auch persönlich arbeitspflichtig. Die Kriterien der Dienstnehmereigenschaft lägen vor. Die ein Dienstverhältnis ausschließende Beteiligung an der zweitbeschwerdeführenden Partei (von früher 75 %) sei mit der Eintragung (einer Abtretung von 49 % der Anteile der Erstbeschwerdeführerin an Herrn H.) in das Firmenbuch weggefallen. Die Pflichtversicherung beginne daher mit 19. Juli 2002.

Gegen diesen Bescheid erhoben die beschwerdeführenden Parteien Einspruch und brachten u.a. vor, nach dem Geschäftsführungsvertrag sei die Erstbeschwerdeführerin "an keinerlei persönliche Weisungen hinsichtlich der einzelnen zu ergreifenden Maßnahmen gebunden". Die Einkünfte der Erstbeschwerdeführerin würden direkt vom Umsatz und Gewinn der zweitbeschwerdeführenden Partei abhängen, worin ein Unternehmerwagnis zu erblicken sei.

Mit Bescheid vom 6. August 2004 gab der Landeshauptmann von Oberösterreich dem Einspruch Folge und stellte fest, dass die Erstbeschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Tätigkeit bei der zweitbeschwerdeführenden Partei seit 19. Juli 2002 weder der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG noch der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterliege.

Die Geschäftsführungsagenden seien zwischen den beiden Geschäftsführern derart aufgeteilt, dass die Erstbeschwerdeführerin für den kaufmännischen Bereich und Franz H. für den technischen Bereich zuständig sei. Die Erstbeschwerdeführerin sei seit 1984 für die zweitbeschwerdeführende Partei tätig und immer für den kaufmännischen Bereich zuständig gewesen. Sie erledige die anfallenden Büroarbeiten allein. Die zweitbeschwerdeführende Partei beschäftige fünf Dienstnehmer. Deren Arbeitseinteilung würden die Erstbeschwerdeführerin bzw. Franz H. vornehmen. Diese würden jeweils nach Bedarf arbeiten, wobei sie die Arbeit üblicherweise um 07.00 Uhr beginnen würden, weil dies auch der Arbeitsbeginn der Monteure sei. Das Arbeitsende sei je nach Arbeitsanfall unterschiedlich. Eine festgelegte Arbeitszeit gebe es nicht. Urlaube würden im Vorhinein zwischen den Geschäftsführern vereinbart. Die Einholung einer Erlaubnis des jeweils anderen Geschäftsführers sei nicht erforderlich. Bei Abwesenheit der Erstbeschwerdeführerin werde diese von Franz H. vertreten und umgekehrt, soweit dies auf Grund der Fachkenntnisse möglich sei. Eine Vertretung eines Geschäftsführers durch eine dritte Person sei bisher noch nicht vorgekommen. Die Erstbeschwerdeführerin erhalte hinsichtlich ihres Aufgabenbereiches keine Weisungen von Franz H. Ebenso wenig seien ihr bisher Weisungen der Generalversammlung erteilt worden. Eine Kontrolle der Arbeitsleistungen der Erstbeschwerdeführerin erfolge nicht. Im Zeitraum vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 2002 seien an die Geschäftsführer Vorauszahlungen in Höhe von jeweils EUR 19.100,-- ausbezahlt worden. Die zweitbeschwerdeführende Partei sei Mitglied der Kammer der gewerblichen Wirtschaft Oberösterreich. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse sei im erstinstanzlichen Bescheid von einer Trennung des

Beschäftigungsverhältnisses der Erstbeschwerdeführerin in die Geschäftsführertätigkeit und die Bürotätigkeit ausgegangen, sie habe jedoch in ihren späteren Stellungnahmen ausgeführt, auch bei einer Gesamtbetrachtung läge eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 2 ASVG vor. Bei der Erstbeschwerdeführerin handle es sich - so der Landeshauptmann von Oberösterreich weiter - zwar nicht um eine Alleingeschäftsführerin, sie übe aber die Tätigkeit als Büroangestellte in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich (kaufmännischer Bereich) aus. Bei getrennter Betrachtungsweise wäre die Erstbeschwerdeführerin in einer Person einerseits Geschäftsführerin und andererseits "ihre eigene" Mitarbeiterin als Büroangestellte und könnte sich hinsichtlich der Bürotätigkeiten selbst Weisungen erteilen, weil dies ihr Aufgabenbereich als Geschäftsführerin sei. Dies sei jedoch nicht möglich. Die von der Erstbeschwerdeführerin durchgeführten Bürotätigkeiten könnten somit sozialversicherungsrechtlich nicht getrennt von ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin betrachtet werden. Die Erstbeschwerdeführerin verfüge über keine Sperrminorität und nehme auch faktisch nicht mehr Rechte in Anspruch als ihr vertraglich oder gesellschaftsrechtlich zustünden. Es sei daher zu prüfen, ob sie ihre Tätigkeit - bei einer Gesamtbetrachtung - überwiegend in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit oder überwiegend in Eigenverantwortung ausübe. Dem Gesellschaftsvertrag zufolge sei die Generalversammlung befugt, Weisungen an die Erstbeschwerdeführerin zu erteilen. Dies sei aber bisher noch nie erfolgt. Auch der zweite Geschäftsführer habe an die Erstbeschwerdeführerin keine Weisungen erteilt. Der Zweitgeschäftsführer würde bei Nichtbefolgung einer allfälligen Weisung an die Erstbeschwerdeführerin keine Konsequenzen ziehen. Daraus könne geschlossen werden, dass die Erstbeschwerdeführerin tatsächlich ihre Tätigkeit weisungsfrei ausübe, wie dies im § 1 Abs. 2 des Geschäftsführungsvertrages festgelegt sei. Aus der Notwendigkeit, Abwesenheiten der Geschäftsführer im gegenseitigen Einvernehmen zu regeln, lasse sich nicht auf ein abhängiges Dienstverhältnis schließen. Da sich die Tätigkeit der Erstbeschwerdeführerin nicht in eine Geschäftsführungstätigkeit und in eine Angestelltentätigkeit trennen lasse, sei davon auszugehen, dass sich die Erstbeschwerdeführerin durch Dritte vertreten lassen dürfe, womit ein Dienstverhältnis in persönlicher Abhängigkeit ausgeschlossen sei. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der Erstbeschwerdeführerin kein generelles Vertretungsrecht eingeräumt worden sei und nur ein wechselseitiges Vertretungsrecht der Geschäftsführer bestünde, käme man auf Grund "Überwiegen der Merkmale einer eigenverantwortlichen Tätigkeit bei einer Gesamtbetrachtung zum selben Ergebnis". Zusammenfassend sei festzustellen, dass nach dem Gesamtbild der Beschäftigung (keine Weisungerteilung an die Erstbeschwerdeführerin, freie Zeiteinteilung, einvernehmliche Vereinbarung bei Abwesenheit, keine Kontrolle der Arbeitsleistung) zumindest ein Überwiegen der Bestimmungsfreiheit der Erstbeschwerdeführerin in den maßgebenden Belangen ihrer Tätigkeit anzunehmen ist. Auch das ausschließlich umsatz- und ergebnisabhängige Entgelt spreche nicht für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid hat die belangte Behörde der gegen den zweitinstanzlichen Bescheid erhobenen Berufung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse Folge gegeben und festgestellt, dass die Erstbeschwerdeführerin auf Grund ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin bei der zweitbeschwerdeführenden Partei ab 19. Juli 2002 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterliegt.

Laut Gesellschaftsvertrag vom 8. März 1984 würden Beschlussfassungen in der Generalversammlung der zweitbeschwerdeführenden Partei mit Zweidrittelmehrheit erfolgen. Beschlussfähigkeit sei gegeben, wenn mehr als die Hälfte des Stammkapitals "erschienen" bzw. vertreten sei. Die Erstbeschwerdeführerin könne daher Gesellschafterbeschlüsse weder selbstständig verhindern noch herbeiführen. Die Geschäftsführungsagenden seien derart aufgeteilt, dass die Erstbeschwerdeführerin (bereits seit 1984) für den gesamten kaufmännischen und Franz H. für den technischen Bereich zuständig sei. Diese Aufteilung ergebe sich aus der Praxis und der Ausbildung (der Geschäftsführer). Die Erstbeschwerdeführerin sei im Büro alleine tätig. Der kaufmännische Bereich umfasse den gesamten Einkauf und das Rechnungswesen. Die Tätigkeit werde ausschließlich im Betrieb ausgeführt. Fallweise sei die Erstbeschwerdeführerin jedoch auch für die Kontrolle auf den Baustellen zuständig. Die zweitbeschwerdeführende Partei beschäftige fünf Dienstnehmer, die entweder von Franz H. oder von der Erstbeschwerdeführerin eingeteilt würden. Für diese selbst beginne die Arbeit um 07.00 Uhr, weil dies auch der Arbeitsbeginn der Monteure sei. Das Arbeitsende sei nach Arbeitsanfall unterschiedlich bzw. richte sich nach den geschäftlichen Erfordernissen und könne auch bis spät in die Nacht dauern. Franz H. übernehme - soweit es von den Kenntnissen her möglich sei - grundsätzlich die Vertretung der Erstbeschwerdeführerin, wenn diese nicht anwesend sei. Bis jetzt habe die Erstbeschwerdeführerin noch keine Vertretung von Dritten in Anspruch genommen bzw. die Frage einer Vertretung habe sich bis jetzt noch nicht gestellt, weil sie keine Vertretung in Anspruch nehmen wolle bzw. müsse. Wenn die Erstbeschwerdeführerin oder

Franz H. auf Urlaub gehen wollten, so würden sie sich gegenseitig absprechen. Bisher seien der Erstbeschwerdeführerin keine Weisungen erteilt worden, und zwar weder von Franz H. als (zweitem) Geschäftsführer noch von der Generalversammlung.

Da der Gesellschaftsanteil der Erstbeschwerdeführerin mehr als 25 % des Stammkapitals betrage, bestehe keine Lohnsteuerpflicht gemäß § 47 Abs. 2 iVm § 25 Abs. 1 Z. 1 lit. a und § 22 Z. 2 EStG. Bei an der Gesellschaft wesentlich beteiligten geschäftsführenden Gesellschaftern sei in der Folge zu prüfen, ob nach § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG Pflichtversicherung bestehe. Die Erstbeschwerdeführerin könne mit ihrer Beteiligung von 26 % Gesellschafterbeschlüsse in den für ihre persönliche Abhängigkeit maßgeblichen Belangen weder selbstständig verhindern noch herbeiführen. Sie könne daher keinen entscheidenden Einfluss auf die Geschäfte der zweitbeschwerdeführenden Partei nehmen. Es sei in weiterer Folge zu überprüfen, ob bei der Erstbeschwerdeführerin die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Erwerbstätigkeit überwögen. Der Arbeitsplatz der Erstbeschwerdeführerin sei fix vorgegeben. Ihre Arbeitszeit sei u.a. wegen der Materialausgabe an die Arbeitszeit der Monteure gebunden. Ihre Anwesenheit sei in jedem Fall notwendig, weil nur sie allein dafür zuständig sei und sonst niemand im Büro angestellt sei. Auch das Arbeitsende richte sich nach dem Bedarf. Die Erstbeschwerdeführerin könne daher weder den Arbeitsbeginn noch das Arbeitsende eigenständig festlegen, sondern sei an die Gegebenheiten des Betriebes gebunden. Eine freie Arbeitszeiteinteilung, die der betrieblichen Organisation widerspreche, sei nicht möglich. Die Erstbeschwerdeführerin sei bei ihrer Tätigkeit den Weisungen der Generalversammlung der zweitbeschwerdeführenden Partei unterworfen. Daran ändere die Tatsache nichts, dass bisher keine Weisungen erteilt worden seien. Es werde auf die "stille Autorität" verwiesen, womit sich eine schwache aber dennoch ausgeprägte Kontrollunterworfenheit ergebe. Die bloße Möglichkeit, sich für den Fall der Verhinderung oder für die Dauer des Urlaubs vertreten zu lassen, erfülle nicht die Kriterien für eine generelle Vertretungsbefugnis. Die Ausführungen im Geschäftsführungsvertrag, wonach sich der Geschäftsführer jederzeit durch einen geeigneten Vertreter vertreten lassen könne, seien weder glaubhaft noch nachvollziehbar, weil es lebensfremd sei, einem "Betriebfremden" sämtliche "vertrauensvollen" Aufgaben der Erstbeschwerdeführerin zu übertragen. Dies sei äußerst unwahrscheinlich und auch wirtschaftlich nicht sinnvoll, weil es sich immerhin nicht um Aufgaben handle, die jederzeit schnell von jemand anderem übernommen werden könnten. Die wechselseitige Vertretung zweier im gleichen Betrieb beschäftigter Personen spreche nicht gegen die Annahme persönlicher Arbeitspflicht. Es bestehe somit keine generelle Vertretungsbefugnis. Es liege sohin eine persönliche Arbeitspflicht der Erstbeschwerdeführerin vor. Soweit Elemente des "Werkvertrages" darauf hinzielen würden, den Eindruck einer selbstständigen Tätigkeit zu erwecken, werde auf § 539a ASVG verwiesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend machende Beschwerde mit dem Begehr, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, erklärte - ebenso wie die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt - von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand zu nehmen und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat - ebenso wie das Arbeitsmarktservice Oberösterreich - eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Obwohl bei einer GmbH, die als juristische Person ihre Funktionen nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe wahrnehmen kann, der Geschäftsführer der Gesellschaft als ein solches Organ grundsätzlich ihre Dienstgeberfunktion auszuüben hat (§ 18 GmbHG), kann er nach ständiger Rechtsprechung - unabhängig davon, ob er gleichzeitig auch Gesellschafter ist und es sich daher bei ihm um einen Gesellschafter-Geschäftsführer oder ein Fremd-Geschäftsführer handelt - Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG sein (vgl. u.a. das grundlegende, zwar zum IESG ergangene aber in der Folge auch der ständigen Rechtsprechung zu § 4 Abs. 2 ASVG zu Grunde gelegte Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A, sowie die Erkenntnisse vom 7. Juli 1992, Zl. 88/08/0127, und vom 30. März 1993, Zl. 92/08/0189).

Ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG kommt freilich von vornherein dann nicht in Betracht, wenn dem Geschäftsführer kraft Gesellschafterstellung ein maßgebender Einfluss auf die Gestion des Unternehmens im hier maßgeblichen Sinne zukommt; dies ist dann der Fall, wenn er kraft Gesetzes (z.B. als Mehrheitsgesellschafter) oder kraft Gesellschaftsvertrages (kraft Minderheitsrechtes in diesen Belangen) bestimmte Weisungen an die Geschäftsführung herbeiführen oder zumindest persönliche Weisungen der Generalversammlung an ihn verhindern kann (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung das Erkenntnis vom 19. Februar 1991, Zl. 90/08/0092, mit zahlreichen Hinweisen auf die Vorjudikatur).

Die belangte Behörde geht zunächst rechtlich zutreffend - und hinsichtlich des Sachverhalts unbekämpft - davon aus, dass der Erstbeschwerdeführerin kraft ihres Gesellschaftsanteils von 26 % insofern kein bestimmender Einfluss auf die Gestion der zweitbeschwerdeführenden Gesellschaft zukommt, als sie Beschlüsse von deren Generalversammlung (daher auch solche, die Weisungen arbeitsrechtlicher Natur enthalten) weder herbeiführen noch verhindern kann. Auch liegen nach den Feststellungen der belangten Behörde keine Anzeichen dafür vor, dass die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht mehr Rechte in Anspruch genommen hätte als ihr gesellschaftsrechtlich zustünden (vgl. zur Bedeutung dieses Umstandes z.B. das Erkenntnis vom 7. Juli 1992, Zl. 88/08/0127).

Ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 Z. 1 i. V.m. Abs. 2 ASVG vorliegt, ist sodann unter Bedachtnahme auf die von der Rechtsprechung hiefür als entscheidungskräftig angesehenen Merkmale (vgl. dazu erneut das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) zu klären. Demnach ist zu prüfen, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung des Gesellschafter-Geschäftsführers seine Bestimmungsfreiheit durch diese Beschäftigung insbesondere infolge seiner Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung - nur beschränkt ist.

Für die Verneinung der Dienstnehmereigenschaft eines Gesellschafter-Geschäftsführers (aber auch eines Fremd-Geschäftsführers) genügt daher nicht schon die bloße Nichtausübung eines auf Grund der schuldrechtlichen Einbindung des Geschäftsführers in die Gesellschaft bestehenden Weisungsrechtes in den für die persönliche Abhängigkeit maßgebenden Belangen durch die Gesellschafter (vgl. unter anderem die Erkenntnisse vom 19. Jänner 1984, Zlen. 81/08/0152, 0165, und vom 12. Mai 1992, Zl. 87/08/0164).

Aus dem Fehlen der Erteilung von Weisungen in den für die persönliche Abhängigkeit maßgebenden Belangen kann aber in Verbindung mit anderen in die erforderliche Gesamtabwägung einzubeziehenden Umständen im Sinne des § 863 ABGB auf den Nichtbestand eines Arbeitsverhältnisses (Beschäftigungsverhältnisses) des Geschäftsführers von Anfang an oder im Falle der Annahme eines ursprünglichen Arbeitsvertrages auf dessen spätere Abänderung, das heißt auf eine dem Geschäftsführer selbst von Seiten der Gesellschaft (ursprünglich oder später) eingeräumte Rechtsbefugnis, die Geschäftsführung ohne Bindungen und Weisungen in den für die persönliche Abhängigkeit maßgebenden Belangen zu besorgen, geschlossen werden (in diesem Sinne zu verstehen die Erkenntnisse vom 20. Juni 1985, Zl. 83/08/0244, vom 9. April 1987, Zl. 82/08/0181, vom 29. Juni 1987, Zl. 83/08/0329, vom 20. Februar 1992, Zl. 89/08/0127, und vom 12. Mai 1992, Zl. 87/08/0164). Hinsichtlich der zu unterscheidenden Gegenstände der Weisungsbefugnis, nämlich des gesellschaftsrechtlichen und des arbeitsrechtlichen, ist der Verwaltungsgerichtshof mit der herrschenden Lehre stets davon ausgegangen, dass zwar das kraft Gesetzes bestehende Weisungsrecht der Generalversammlung nach § 20 Abs. 1 GmbHG nicht notwendig auch die Berechtigung zur Erteilung persönlicher Weisungen (also von Weisungen in den für die persönliche Abhängigkeit maßgebenden Belangen) umfasst; es ist aber andererseits die Möglichkeit einer vertraglichen Einordnung des Geschäftsführers in die Gesellschaft in persönlicher Abhängigkeit von ihr, in der gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Form vertreten durch die Gesellschafter, auch nicht ausgeschlossen (so schon das Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, sowie ferner das Erkenntnis vom 30. März 1993, Zl. 92/08/0084, unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Literatur, ebenso aus jüngerer Zeit das Erkenntnis vom 20. Dezember 2006, Zl. 2004/08/0041). Solche zusätzlichen, rein schuldrechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft können zwischen der Gesellschaft, vertreten durch die Gesellschafter, und dem Geschäftsführer durch einen Anstellungsvertrag geregelt werden; sein Hauptinhalt im Hinblick auf die Pflichten des Geschäftsführers ist die nähere Ausgestaltung der durch das Organschaftsverhältnis vorgezeichneten Verpflichtungen zur Dienstleistung und zur Geschäftsbesorgung (vgl. die Erkenntnisse vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, vom 17. Jänner 1995, Slg. Nr. 14.194/A, und vom 30. Mai 1995, Zl. 93/08/0138).

Es war daher vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung zu prüfen, ob die belangte Behörde zurecht davon

ausgegangen ist, dass die Erstbeschwerdeführerin zur Zweitbeschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit stand.

In der Beschwerde wird dies zunächst mit der Behauptung bestritten, dass es der Sache nach an der persönlichen Arbeitspflicht der Erstbeschwerdeführerin gefehlt habe, weil diese gemäß § 3 Abs. 1 des Geschäftsführungsvertrages berechtigt gewesen sei, sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben eines geeigneten Vertreters zu bedienen.

Dazu hat die belangte Behörde festgestellt, dass diese Ausführungen im Gesellschaftsvertrag weder glaubhaft noch nachvollziehbar seien, weil es lebensfremd sei, einem Betriebsfremden sämtliche vertrauensvollen Aufgaben der Erstbeschwerdeführerin zu übertragen. Dies sei überdies wirtschaftlich nicht sinnvoll, weil es sich nicht um Aufgaben handle, die jederzeit schnell von jemand anderem übernommen werden könnten. Soweit die wechselseitige Vertretung zweier Geschäftsführer in Rede stehe, liege darin keine "generelle Vertretungsbefugnis" im Sinne der Rechtsprechung. Die belangte Behörde hat damit die fragliche Vertragsbestimmung - soweit diese so zu verstehen sein sollte, wie dies die beschwerdeführende Partei behauptet - der Sache nach als "Scheinbestimmung" qualifiziert, d.h. als Vertragsbestimmung, die nur dem Zweck dienen sollte, die Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 i. V.m. Abs. 2 ASVG auszuschalten, in Wahrheit aber von den Vertragsparteien angesichts ihrer objektiven Interessenlage so nicht gewollt gewesen sein konnte.

Die beschwerdeführenden Parteien behaupten nicht, dass sich die Erstbeschwerdeführerin jemals hätte durch Dritte vertreten lassen und treten auch den Erwägungen der belangten Behörde - abgesehen von der Wiederholung ihrer gegenteiligen Behauptungen - nicht substantiiert entgegen; vor allem tragen die beschwerdeführenden Parteien nicht vor, aus welchem wirtschaftlich sinnvollen Grund einer handelsrechtlichen Geschäftsführerin in einer ganz ungewöhnlichen Weise ein nicht weiter eingeschränktes, generelles Recht, sich beliebig von "geeigneten Dritten" vertreten zu lassen, eingeräumt werden sollte. Angesichts dessen hat die Beschwerde nicht dargetan, dass die Erwägungen der belangten Behörde unschlüssig wären. Eine Versicherungspflicht der Erstbeschwerdeführerin zur zweitbeschwerdeführenden Partei ist daher nicht schon mangels persönlicher Arbeitspflicht der Beschwerdeführerin ausgeschlossen.

Dessen ungeachtet vermag der Verwaltungsgerichtshof im Ergebnis der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde aus folgenden Gründen nicht beizutreten:

Zunächst trifft die Prämisse der belangen Behörde, "für die persönliche Abhängigkeit eines geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH (sei) das Ausmaß seiner Beteiligung an der Gesellschaft mitbestimmend" in dieser Allgemeinheit nicht zu: Soweit die Beteiligung zu keinem maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung des Unternehmens führt - wie im vorliegenden Fall - schließt sie bloß nicht aus, dass die Erstbeschwerdeführerin als geschäftsführende Gesellschafterin der GmbH in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt ist, sie ist aber für sich kein Indiz für das Vorliegen eines solchen Beschäftigungsverhältnisses.

Die belangte Behörde vertritt der Sache nach ferner die Auffassung, die Beschwerdeführerin sei an eine feste Arbeitszeit gebunden: Sie könne weder den Arbeitsbeginn noch das Arbeitsende eigenständig festlegen, sondern sei dabei an "die Gegebenheiten des Betriebes gebunden". Dies wird in tatsächlicher Hinsicht im Wesentlichen nur damit begründet, dass "ihre Arbeitszeit ... u. a. wegen der Materialausgabe an die Arbeitszeit der Monteure gebunden" und ihre Anwesenheit in jedem Fall "notwendig" sei, weil nur sie dafür zuständig sei und "sonst niemand im Büro" angestellt sei.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass Ausgangspunkt der hier anzustellenden Beurteilung die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung ist, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien des Beschäftigungsverhältnisses in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung relevant sein können; die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich (vgl. das Erkenntnis vom 8. Oktober 1991, Zl. 90/08/0057, sowie aus jüngerer Zeit jenes vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0053).

Bei einem unlösbar Widerspruch zwischen dem in einem Vertrag rechtlich Bedungenen und den tatsächlichen Verhältnissen bei der Ausübung der Geschäftsführertätigkeit ist durch den Vertrag durchzutragen. Ein solches Hintanstellen des vertraglich Bedungenen, welches bei der Beurteilung der tatsächlichen Umstände (in einem weiteren, auch Rechtstatsachen miteinschließenden Sinn) mit zu berücksichtigen ist, bedürfte jedoch einer besonderen

Begründung (vgl. in diesem Sinne zum Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers das Erkenntnis vom 16. Oktober 1986, Zl. 81/08/0125).

Die belangte Behörde hat in diesem Zusammenhang unbeachtet gelassen, dass nach dem oben wiedergegebenen schriftlichen Geschäftsführervertrag die Erstbeschwerdeführerin an "keinerlei persönliche Weisungen hinsichtlich der einzelnen zu ergreifenden Maßnahmen gebunden" sei (§ 1 Abs. 2 des Vertrages) und dass sie die ihr obliegenden Aufgaben "unabhängig von der Bindung an Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsdauer" zu erbringen habe (§ 2 Abs. 1 des Vertrages). Diese Vereinbarungen sprechen zunächst entschieden dagegen, dass dem Weisungsrecht der Gesellschafter im Sinne des § 20 GmbHG ein solches im hier maßgeblichen arbeitsrechtlichen Sinne, d.h. eine Weisungsbindung der Erstbeschwerdeführerin hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten angelagert wurde, sodass zu untersuchen ist, ob die Feststellungen der belangten Behörde eine von diesen vertraglichen Vereinbarungen abweichende tatsächliche Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erweisen.

Die von der belangten Behörde beschriebene Ausrichtung des Verhaltens der Beschwerdeführerin an betriebliche Erfordernisse könnte zwar auf eine solche Bindung hinweisen; dies aber nur dann, wenn der Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin diese betrieblichen Umstände bindend vorgegeben worden wären. Dies hat die belangte Behörde aber nicht festgestellt, wie sie überhaupt bei ihrer Argumentation übersieht, dass die von ihr genannten Umstände normalerweise in der Ingerenz eines Geschäftsführers selbst liegen, und zwar sowohl hinsichtlich der Frage, zu welcher Uhrzeit die Monteure (und vom wem sie) ihr Material bekommen als auch hinsichtlich der Frage der allfälligen Anstellung von Arbeitskräften zur Entlastung der Geschäftsführer. Soweit daher die von der belangten Behörde beschriebenen Umstände der Betriebsorganisation in der Ingerenz der Erstbeschwerdeführerin als Geschäftsführerin lagen, d.h. entweder von ihr selbst geschaffen worden sind oder von ihr jederzeit abgeändert werden könnten, weil insoweit keine Vorgaben der Gesellschaft an die Erstbeschwerdeführerin vorliegen, vermag ihr Arbeitsverhalten ein Abweichen von der grundsätzlich ausdrücklich vereinbarten Weisungsfreiheit in den hier maßgeblichen Belangen nicht zu erweisen.

Die allgemeine Feststellung der belangten Behörde, dass die Beschwerdeführerin "den Weisungen der Generalversammlung unterworfen" sei, ist daher, soweit damit das Weisungsrecht nach § 20 GmbHG gemeint sein sollte, nach der oben zitierten Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Frage nach dem Vorliegen persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ohne Relevanz, soweit aber das Weisungsrecht in den hier maßgebenden Belangen der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens gemeint sein sollte, nach dem soeben Gesagten mangels entsprechender Feststellungen über einen Widerspruch zwischen Geschäftsführervertrag und seiner Durchführung sowie mangels Feststellungen, die einen Schluss auf einen konkludent geschlossenen Arbeitsvertrag oder zumindest auf die Begründung eines Weisungsrechtes in den genannten Belangen zuließen, unbegründet.

Letztlich entbehrt auch die Annahme einer "stillen Autorität", aus der sich eine "schwache aber dennoch ausgeprägte Kontrollunterworfenheit ergebe", einerseits einer Begründung im Tatsächlichen, andererseits beruht sie wohl auf einem rechtlichen Missverständnis dieses von der Rechtsprechung geprägten Begriffs:

Von einer "stillen Autorität" des Dienstgebers ist in der Rechtsprechung dann die Rede, wenn die Überwachung im Sinne des Weisungs- und Kontrollrechtes des Dienstgebers (vgl. die Erkenntnisse vom 28. April 1988, Zl. 84/08/0002, unter Hinweis auf die Vorjudikatur, und vom 3. Juli 1990, Zl. 88/08/0293) von diesem nicht stets nach außen erkennbar ausgeübt wird, wie dies z. B. häufig bei leitenden Angestellten der Fall ist (vgl. das Erkenntnis vom 23. Oktober 1975, Zl. 0335/75, und jenes vom 19. September 1989, Zl. 89/08/0154) oder bei Arbeiten im Haushalt, die großteils in Abwesenheit des Empfängers der Arbeitsleistung verrichtet werden (vgl. das Erkenntnis vom 16. April 1991, Zl. 90/08/0153). Es muss aber für den Arbeitgeber zumindest die Möglichkeit der Ausübung des Weisungs- und Kontrollrechtes bestanden haben (vgl. das Erkenntnis vom 19. September 1989, Zl. 89/08/0105, zur Gleichrangigkeit der Möglichkeit auch nachträglicher Kontrolle bei vorübergehendem Fehlen des einzigen Geschäftsführers einer GesmbH vgl. die Ausführungen im Erkenntnis vom 19. Februar 2003, Zl. 99/08/0054).

Für die Annahme des Vorliegens einer "stillen Autorität des Dienstgebers" bedarf es daher der Feststellung von konkreten Anhaltspunkten, die zumindest einen Schluss auf das Vorliegen solcher Weisungs- oder Kontrollrechte zulassen. Dabei ist auch in Betracht zu ziehen, dass in Fällen, in denen der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich im Betrieb des Dienstgebers zu bewegen und zu verhalten hat, in der Regel das Weisungsrecht überhaupt nicht zutage

tritt, sondern nur in Form von Anhaltspunkten für Kontrollrechte erkennbar wird (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 25. Februar 1988, Zl. 86/08/0242, vom 17. September 1991, Slg. Nr. 13.473/A, - und aus jüngerer Zeit - vom 23. Mai 2005, Zl. 2002/08/0220).

Das Vorliegen von Weisungsrechten und Kontrollrechten im Sinne einer "stillen Autorität" könnte also nicht etwa damit begründet werden, ihr Fehlen widersprüche unter Bedachtnahme auf das daran gelegene Interesse des Betriebsinhabers der allgemeinen Lebenserfahrung (vgl. das Erkenntnis vom 22. Jänner 1991, Slg. Nr. 13.359/A). Ebenso wenig ist der von der belangten Behörde gezogene Schluss möglich, die Erstbeschwerdeführerin unterliege mangels feststellbarer Weisungen der "stillen Autorität" eines Dienstgebers, woraus sich eine "schwach aber dennoch ausgeprägte Kontrollunterworfenheit" ergebe.

Es versteht sich nach dem Vorgesagten also keineswegs von selbst, dass die Erstbeschwerdeführerin, die als handelsrechtliche Geschäftsführerin und Gesellschafterin einer GesmbH an sich die Arbeitgeberfunktion gegenüber Dienstnehmern auszuüben hat, ungeachtet einer ausdrücklichen vertraglichen Freistellung von persönlichen Weisungen einem - wenngleich faktisch nicht wahrnehmbaren - Weisungs- und Kontrollrecht im Sinne der Rechtsfigur der "stillen Autorität" unterliegt, wie dies die Auffassung der belangten Behörde zu sein scheint. Das Kontrollrecht folgt nicht aus der "stillen Autorität des Dienstgebers" - wie die belangte Behörde meint - sondern ist notwendige Voraussetzung für deren Annahme.

Die belangte Behörde hat ausgehend von ihrem rechtlichen Fehlverständnis über die Voraussetzungen der Pflichtversicherung bei einem Geschäftsführer einer GesmbH - nach dem schon oben Ausgeführten - weder Feststellungen getroffen, die auf Weisungsrechte schließen lassen, noch kann der Begründung des angefochtenen Bescheides entnommen werden, aus welchen Umständen die belangte Behörde eine "schwache aber dennoch ausgeprägte Kontrollunterworfenheit" ableitet, sowie ferner auch nicht, in welchen Belangen diese Kontrollunterworfenheit bestehen soll und wodurch sie nach Meinung der belangten Behörde "ausgeprägt" wird.

Der Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

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

Die Gegenschrift des Arbeitsmarktservice Oberösterreich war zurückzuweisen, da das Arbeitsmarktservice über keine eigenen subjektiv-öffentlichen Rechte verfügt und daher nicht die Stellung einer mitbeteiligten Partei haben kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2005/08/0181, mwN).

Wien, am 21. November 2007

### **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:2007:2005080051.X00

### **Im RIS seit**

07.02.2008

### **Zuletzt aktualisiert am**

12.07.2008

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