

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/1/24 2004/08/0120

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.01.2006

## Index

32/02 Steuern vom Einkommen und Ertrag;

66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

EStG 1988 §23 Z2;

FSVG §2 Abs1 Z1;

GSVG 1978 §2 Abs1 Z4;

## 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 der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde des P in W, vertreten durch Dr. Franz J. Salzer Rechtsanwalt KEG, 1010 Wien, Stock im Eisen-Platz 3, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 17. Mai 2004, Zl. 225.935/2-3/04, betreffend Versicherungspflicht in der Krankenversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG (mitbeteiligte Partei: Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 1051 Wien, Wiedner Hauptstraße 84-86), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund (Bundesministerin 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 6. Oktober 2003 hat die mitbeteiligte Sozialversicherungsanstalt festgestellt, dass der Beschwerdeführer vom 1. Jänner 1998 bis "zumindest" 31. Dezember 2001 der Pflichtversicherung in der Krankenversicherung nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG unterlegen sei.

In der Begründung führte die mitbeteiligte Sozialversicherungsanstalt aus, der Beschwerdeführer sei seit 30. April 1983 Gesellschafter der K OHG. Von den Abgabenbehörden des Bundes seien Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1998 bis 2001 übermittelt worden, wonach der Beschwerdeführer als Gesellschafter Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 23 EStG 1988) in folgender Höhe gehabt habe: 1998 EUR 74.786,67, 1999 EUR 79.046,68, 2000 EUR 99.032,36 und 2001 EUR 103.321,95. Die maßgebliche Versicherungsgrenze sei jeweils überschritten worden. Da der Beschwerdeführer am 1. Jänner 1998 das 57. Lebensjahr vollendet habe, sei er gemäß § 273 Abs. 8 GSVG von der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung ausgenommen.

In dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch brachte der Beschwerdeführer vor, die K OHG betreibe eine Apotheke und sei nicht Mitglied einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft. Als Gesellschafter der K OHG erhalte er neben seinem Anteil am Gewinn der Gesellschaft keine weiteren Geldleistungen. Er entfalte auch keinerlei Tätigkeiten für die Apotheke. Von der Geschäftsführung der K OHG sei er auf Grund des Apothekengesetzes ausgeschlossen, weil diese dem Konzessionsinhaber, im konkreten Fall der zweiten Gesellschafterin, vorbehalten sei. Beim Betrieb einer Apotheke sei das Risiko einer Insolvenz nahezu ausgeschlossen, weshalb dem Beschwerdeführer auch kein über seine "Haftungseinlage" hinausgehendes Unternehmerrisiko treffen könne. Eine OHG, die eine Apotheke betreibe, sei demnach keine "typische" OHG. Die Einkünfte des Beschwerdeführers seien nicht auf eine betriebliche Tätigkeit zurückzuführen, weshalb eine Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG nicht in Frage komme. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 5. Mai 1983 sei die Vertretung und die Geschäftsführung der Gesellschaft jedem der Gesellschafter selbständig zugestanden. Diese Bestimmung sei auf Grund des Inkrafttretens des Apothekengesetzes mit Wirksamkeit vom 14. Dezember 1984 gegenstandslos geworden.

Diesen Einspruch hat der Landeshauptmann von Wien mit Bescheid vom 11. November 2003 als unbegründet abgewiesen und sich bei der Begründung im Wesentlichen an den Ausführungen im erstinstanzlichen Bescheid orientiert.

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung wiederholte der Beschwerdeführer die schon im Einspruch vorgetragene Argumente und bekräftigte seinen Standpunkt, dass nur eine "betriebliche Tätigkeit", die er in der OHG nicht ausgeübt habe, die Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG begründen könne.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde der Berufung keine Folge gegeben und nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens festgestellt, dass der Beschwerdeführer "im streitgegenständlichen Zeitraum" persönlich haftender Gesellschafter der K OHG gewesen sei. Daraus habe er Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 23 Z. 2 EStG 1988, die über der Versicherungsgrenze gelegen seien, bezogen. Der Beschwerdeführer sei auf Grund dieser Einkünfte nicht der Versicherungspflicht nach einem anderen Bundesgesetz unterlegen.

In der Folge gab die belangte Behörde die maßgebende Rechtslage wieder und führte aus, dem Beschwerdeführer habe als persönlich haftenden Gesellschafter der K OHG eine unbeschränkte persönliche Verlusthaftung getroffen. Unbeachtlich sei der Einwand, dass diese Haftung im Falle des Betriebes einer Apotheke nahezu nie zum Tragen käme. Zudem habe der Beschwerdeführer als persönlich haftender Gesellschafter umfassende Kontrollrechte sowie die Möglichkeit, auf die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen. Die Einkünfte auf Grund seiner Beteiligung seien Einkünfte aus Gewerbebetrieb und nicht lediglich Einkünfte auf Grund einer Kapitalbeteiligung; der Gesellschafter einer OHG hafte nämlich mit seinem gesamten Vermögen. Das Einbringen der Arbeitskraft des Gesellschafters sei nicht erforderlich, um den Tatbestand der Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG zu verwirklichen.

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

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen und beantragt, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Die mitbeteiligte Sozialversicherungsanstalt hat von der Erstattung einer Gegenschrift ebenfalls Abstand genommen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Strittig ist im Beschwerdefall, ob die die maßgebliche Versicherungsgrenze jeweils überschreitenden Einkünfte des Beschwerdeführers, die er auf Grund seiner Beteiligung an der K OHG erzielt hat, die Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG begründen.

Das Vorliegen der Versicherungspflicht ist zeitraumbezogen zu beurteilen. Im Beschwerdefall ist der Zeitraum vom 1. Jänner 1998 bis zum 31. Dezember 2001 bedeutsam.

§ 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG in der vom 1. Jänner 1998 bis zum 31. Dezember 1999 in Kraft gewesenen Fassung des ASRÄG 1997, BGBl. I Nr. 139/1997, novelliert durch BGBl. I Nr. 139/1998, sowie Z. 2 lauten:

"§ 2. (1) Auf Grund dieses Bundesgesetzes sind, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen pflichtversichert:

2. die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die persönlich haftenden Gesellschafter einer

Kommanditgesellschaft, die Gesellschafter einer offenen Erwerbsgesellschaft und die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommandit-Erwerbsgesellschaft, sofern diese Gesellschaften Mitglieder einer der in Z. 1 bezeichneten Kammern (der gewerblichen Wirtschaft) sind;

4. selbständig erwerbstätige Personen, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte im Sinne der §§ 22 Z. 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG 1988), BGBl. Nr. 400, erzielen, wenn auf Grund dieser betrieblichen Tätigkeit nicht bereits Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz oder einem anderen Bundesgesetz in dem (den) entsprechenden Versicherungszweig(en) eingetreten ist. Solange ein rechtskräftiger Einkommensteuerbescheid oder ein sonstiger maßgeblicher Einkommensnachweis nicht vorliegt, ist die Pflichtversicherung nur dann festzustellen, wenn der Versicherte erklärt, daß seine Einkünfte aus sämtlichen der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeiten im Kalenderjahr die in Betracht kommende Versicherungsgrenze (§ 4 Abs. 1 Z. 5 oder Z. 6) übersteigen werden. In allen anderen Fällen ist der Eintritt der Pflichtversicherung erst nach Vorliegen des rechtskräftigen Einkommensteuerbescheides oder eines sonstigen maßgeblichen Einkommensnachweises im nachhinein festzustellen. Wurden die Einkünfte als Gesellschafter erzielt, besteht die Pflichtversicherung dann nicht, wenn die Person Kommanditist einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommandit-Erwerbsgesellschaft ist."

Mit der Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG soll die Einbeziehung der Einkünfte aller selbständig Erwerbstätigen in die Sozialversicherung sichergestellt werden. Um alle Einkünfte aus Erwerbstätigkeiten zu erfassen, wurde das erzielte Einkommen für maßgeblich erklärt. Die entsprechenden Bestimmungen orientieren sich daher am Einkommensteuergesetz 1988 (vgl. das Erkenntnis vom 18. Dezember 2003, Zl. 2000/08/0068, und die dort zitierten EB zur RV, 886 Blg. NR XX. GP:

"Künftig sollen im GSVG nicht nur die Mitglieder einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft bzw. bestimmte Gesellschafter von Gesellschaften, die Mitglieder einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft sind, pflichtversichert sein, sondern alle selbständig erwerbstätigen Personen, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte im Sinne der §§ 22 Z. 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des Einkommensteuergesetzes 1988 erzielen. Ebenso sollen alle Gesellschafter, mit Ausnahme der Kommanditisten von der Pflichtversicherung erfasst werden.").

Gemäß § 276 Abs. 4 GSVG gilt § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 139/1998 nur für Kommanditisten, deren Gesellschaftsverhältnis nach dem 30. Juni 1998 begründet wurde. Gemäß Z. 2 der 23. Novelle zum GSVG, BGBl. I Nr. 139/1998 "entfällt" in § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG "der letzte Satz". Die angesichts dessen völlig unverständliche Anordnung des § 276 Abs. 1 Z. 3 GSVG in der Fassung dieser Novelle, "§ 2 Abs. 1 Z. 4 letzter Satz in der Fassung der Z. 2" trete mit 1. Jänner 2000 "in Kraft" kann daher nur so verstanden werden, dass der die Kommanditisten von der Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG ausnehmende letzte Satz dieser Bestimmung mit 1. Jänner 2000 aufgehoben wurde. Dazu heißt es in den EB zur Regierungsvorlage der 23. GSVG-Novelle:

"Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG in der bisherigen Fassung unterliegt die Tätigkeit eines Kommanditisten generell nicht der Sozialversicherungspflicht. Diese Ausnahme geht aber zu weit, weil sie zu Unrecht von der Prämisse ausgeht, dass der Kommanditist immer nur sein Kapitalvermögen in die Gesellschaft einbringt. Eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, wonach der Kommanditist Dienstleistungen für die Gesellschaft erbringt und/oder die Unternehmerfunktion ganz oder teilweise ausübt, ist aber ohne weiters zulässig. Es besteht die Möglichkeit, dass in der Praxis versucht werden könnte, durch Gründung von derartigen 'atypischen' Kommanditgesellschaften (KG) und Kommandit-Erwerbsgesellschaften (KEG) die Sozialversicherungspflicht zu umgehen. Dies widerspricht aber dem Konzept der fairen Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung. Es ist zudem kein sachlicher Grund ersichtlich, warum nur Kommanditisteneinkünfte auch dann sozialversicherungsfrei sind, wenn der Kommanditist in gleicher Weise mitunternehmerisch tätig wird wie ein sonstiger Gesellschafter.

Die Streichung von § 2 Abs. 1 Z. 4 zweiter Satz GSVG bedeutet aber nicht, dass Kommanditisten in jedem Fall der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Vielmehr hat eine genau Prüfung im Einzelfall zu erfolgen. Insbesondere ist nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG zu prüfen, ob der Kommanditist eine 'selbständig erwerbstätige Person' ist und ob er auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte im Sinne der §§ 22 Z. 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des EStG 1988 erzielt.

Erwerbstätigkeit setzt generell eine 'Tätigkeit', also eine aktive Betätigung voraus, die auf einen Erwerb, d.h. auf Einkünfte gerichtet ist. Die Aufgabe der Sozialversicherung beschränkt sich nach herrschendem Verständnis darauf, die Risiken zu versichern, die durch die Ausübung der verschiedenen Erwerbstätigkeiten entstehen. Wer hingegen nur

'sein Kapital arbeiten lässt', soll daraus keinen Sozialversicherungsschutz erlangen und daher auch nicht versicherungspflichtig sein. Die Differenzierung zwischen Erwerbseinkünften und Kapitalerträgen bei der Sozialversicherungspflicht ist im Grunde sogar verfassungsrechtlich geboten, weil nur die Anknüpfung an die Erwerbstätigkeit mit dem Kompetenztatbestand 'Sozialversicherungswesen' (Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG) ohne weiteres in Einklang zu bringen ist.

Im Unterschied zu den Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften sind die persönlich haftenden Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) und von eingetragenen Erwerbsgesellschaften (OEG, KEG) typischerweise persönlich unternehmerisch tätig, um den Gesellschaftszweck zu erreichen. Es ist daher folgerichtig, dass diese Personen, die auf Grund ihrer Haftung auch das wesentliche Unternehmerrisiko tragen, in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden."

Gemäß § 23 Z. 2 erster Halbsatz EStG 1988 sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb Gewinnanteile der Gesellschafter von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind (wie insbesondere offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften).

Es wurde nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer in den in Rede stehenden Jahren aus seiner Beteiligung an der Apotheke betreibende K OHG über der maßgeblichen Versicherungsgrenze liegende Einkünfte gemäß § 23 Z. 2 erster Halbsatz EStG 1988 erzielt hat. Weiter ist unstrittig, dass der Beschwerdeführer kein als pharmazeutische Fachkraft mittätiger Miteigentümer der Apotheke war und daher nicht gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 FSVG der Pflichtversicherung unterlegen ist (vgl. das Erkenntnis vom 17. März 2004, ZI. 2001/08/0170). Fraglich ist, ob er allein auf Grund seiner - eingeschränkten - Gesellschafterstellung nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG pflichtversichert ist.

Aus den Materialien zur Stammfassung des § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG geht hervor, dass mit Ausnahme der Kommanditisten "alle Gesellschafter (von Personengesellschaften) von der Pflichtversicherung erfasst werden (sollen)." Dies hat der Gesetzgeber im letzten Satz dieser Bestimmung dadurch zum Ausdruck gebracht, dass bei Einkünften, die jemand als Gesellschafter erzielt, eine Pflichtversicherung dann nicht vorliegt, wenn die Person Kommanditist ist. Ausdrücklich nur für den Kommanditisten wurde somit eine - vorläufige - Ausnahme von der Pflichtversicherung festgelegt. Aus dieser Regelung kann nur geschlossen werden, dass jeder Einkünfte beziehende Gesellschafter, der kein Kommanditist, sondern persönlich haftender Gesellschafter ist, nach der Absicht des Gesetzgebers der Pflichtversicherung unterliegen sollte.

Damit hat der Gesetzgeber neben den persönlich haftenden Gesellschaftern einer Gesellschaft, die Mitglieder einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft sind (§ 2 Abs. 1 Z. 2 GSVG), alle persönlich haftenden Gesellschafter von Gesellschaften, die nicht Mitglied einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft sind, die jedoch Einkünfte der in § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG genannten Art beziehen, in der Pflichtversicherung erfasst. Er hat dadurch eine von ihm als solche empfundene Lücke geschlossen; nach den zitierten Materialien sollten nämlich künftig im GSVG nicht nur die Mitglieder einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft bzw. bestimmte Gesellschafter von Gesellschaften, die Mitglieder einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft sind, pflichtversichert sein, sondern alle selbständig erwerbstätigen Personen, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte im Sinne der §§ 22 Z. 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des Einkommensteuergesetzes 1988 erzielen. Ab 1. Jänner 2000 sollten unter gewissen Voraussetzungen auch die Kommanditisten von der Regelung erfasst werden.

Der Beschwerdeführer führt zur Unterstützung seines Standpunktes Besonderheiten im Apothekenrecht ins Treffen, nach denen ihm in der K OHG eine Stellung als reiner Kapitalist zukomme, der keinerlei Tätigkeit in der Gesellschaft entfalten dürfe.

Der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft ist gemäß § 12 Abs. 2 Apothekengesetz unter anderem nur zulässig, wenn der Konzessionsinhaber Gesellschafter mit "ausschließlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis" ist (vgl. dazu das schon zitierte Erkenntnis vom 17. März 2004 und die dort ausführlich dargestellte Rechtslage). Durch diese Bestimmung wird der Gesellschafter einer öffentlichen Apotheke betreibenden OHG, der nicht Konzessionsinhaber ist, von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen.

Der Beschwerdeführer ist nicht Konzessionsinhaber und demnach für die OHG nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugt. Nach der oben dargestellten Rechtslage kommt es jedoch auf die - durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag geregelte - konkrete Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters in der Gesellschaft

nicht an, weil die Gesellschafter einer OHG jedenfalls der Pflichtversicherung nach dem GSVG unterliegen:

Anders als die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z. 1 FSVG, die die Pflichtversicherung der mitarbeitenden Miteigentümer einer Apotheke regelt, werden durch § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG jene persönlich haftenden Miteigentümer (Gesellschafter) von der Pflichtversicherung erfasst, die ohne Mitarbeit Einkünfte aus einer Handelsgesellschaft beziehen; dies ohne Rücksicht auf den Ausschluss von der Geschäftsführung und von der Vertretung.

Aus diesem Grund ist auch der Einwand des Beschwerdeführers, allfällige Verluste beim Betrieb der Apotheke seien unwahrscheinlich und ausschließlich auf die Führung der Geschäfte durch die Konzessionärin zurückzuführen, unbeachtlich.

Die belangte Behörde ist nach dem Gesagten zutreffend davon ausgegangen, dass sämtliche Voraussetzungen für eine Versicherungspflicht des Beschwerdeführers nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG vorliegen, weshalb die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 24. Jänner 2006

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2004080120.X00

**Im RIS seit**

03.03.2006

**Zuletzt aktualisiert am**

07.10.2008

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

© 2024 JUSLINE

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

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