

Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH I*)

Univ.-Ass. Dr. Georg Schima, Wien

Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung können entweder nach GSVG oder nach ASVG pflichtversichert sein. Sie können aber auch, da die beiden Gesetze nicht lückenlos ineinandergreifen, gar nicht sozialversichert sein. Dieses Ergebnis ist spätestens seit der 37. ASVG-Novelle unter Gleichheitsgesichtspunkten bedenklich. Der vorliegende Beitrag vermeidet es durch entsprechende Analogie und widmet sich darüber hinaus einigen Sonderproblemen der Sozialversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern.

1. Einleitung

Gemäß § 2 Abs 1 Z 3 GSVG sind die zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sofern die Gesellschaft Mitglied der Kammer der gewerblichen Wirtschaft ist und der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht bereits in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer nach ASVG pflichtversichert ist, in der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) pflichtversichert.

Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 ASVG sind „Dienstnehmer“ in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach dem ASVG pflichtversichert. Dienstnehmer ist nach § 4 Abs 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei es das Gesetz genügen läßt, daß „die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.“

Der Gesetzgeber glaubte offensichtlich, mittels der genannten Vorschriften einen weitgehend lückenlosen Versicherungsschutz für Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sichergestellt zu haben. Ein Blick auf § 2 Abs 1 Z 3 GSVG und § 4 ASVG ergibt aber, daß für den Geschäftsführer einer GmbH die Versicherungspflicht nach GSVG nur in Betracht kommt, wenn er gleichzeitig Gesellschafter ist (und nicht nach ASVG versichert), die Versicherungspflicht nach ASVG hingegen nur, wenn der Geschäftsführer – gleich, ob gesellschaftsrechtlich beteiligt oder nicht – Dienstnehmer ist.

Damit ist klar, daß ein Geschäftsführer, der weder Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG noch Gesellschafter ist, zumindest nach dem Wortlaut von ASVG bzw GSVG überhaupt nicht der Pflichtversicherung unterliegt¹⁾. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine derartige Konstellation rechtlich möglich ist, dh ob der Fremdgeschäftsführer der Arbeitnehmereigenschaft überhaupt ermangeln kann.

Der folgende Beitrag geht in erster Linie der Frage nach der Lückenlosigkeit des Versicherungsschutzes für GmbH-

Geschäftsführer nach und versucht, die Abgrenzung zwischen ASVG- und GSVG-Versicherungspflicht näher herauszuarbeiten. Im Vordergrund steht dabei die kritische Auseinandersetzung mit der (neueren) Jud des VwGH.

2. Wertungswidersprüche im ASVG bzw GSVG

Bevor näher auf den GmbH-Geschäftsführer eingegangen werden kann, empfiehlt sich eine kurze Auseinandersetzung mit der Situation bei den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft. Deren arbeitsrechtliche (und sozialversicherungsrechtliche) Stellung wurde von der älteren Rsp grundsätzlich einzelfallbezogen beurteilt²⁾. Die Lehre war geteilt, tendenziell aber der Auffassung, daß das Vorliegen eines Dienstverhältnisses unter gewissen Voraussetzungen durchaus in Betracht käme³⁾. Demgegenüber vertritt die jüngere Judikatur sowohl des OGH⁴⁾ als auch des VwGH⁵⁾ die Ansicht, Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft könnten kraft ihrer in § 70 Abs 1 AktG zum Ausdruck kommenden aktienrechtlichen Selbständigkeit und Unabhängigkeit generell keine Arbeitnehmer sein⁶⁾. Das Hinzutreten einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung wurde für dieses Ergebnis nicht verlangt⁷⁾.

Diese neuere Rsp war es, die den Gesetzgeber dazu veranlaßte, mit der 37. ASVG-Novelle⁸⁾ dem § 4 Abs 3

¹⁾ Vgl OGH 10. 12. 1908, AC 2795; 3. 1. 1912, AC 3070 = ZBl 1912/50; 14. 12. 1949, SZ 22/196 = EvBl 1950/423; 2. 7. 1952, SZ 25/187; 8. 7. 1953, HS 2101; 15. 10. 1957, HS 2099; 26. 2. 1958, SZ 31/33; auch noch OGH 15. 10. 1973, SZ 46/113 = Arb 9185 = EvBl 1974/83; VwGH 11. 5. 1955, VwSig NF 1155 = HS 2100.

²⁾ Vgl *Adler-Höller* in Klang² V 172f; *Wahle* in Klang² V 541f; *Kastner*. Die dienstrechtliche Stellung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft. ÖJZ 1949, 7ff; *Kastner*, Bestellung von Vorstandsmitgliedern auf unbestimmte Zeit, ÖJZ 1953, 645ff; *Winkler*, Verh des 4. ÖJT (1970) II/4, 33; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 105; *Schuster-Bonnott*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied abgeschlossenen Anstellungsvertrages, FS Kastner 433; anders aber *Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes (1923), 399; *Ehrenzweig*, System² II/1, 507f; *Strasser*, Die Ernennung (der Widerruf) eines Vorsitzenden des Vorstandes nach Aktienrecht und Arbeitsverfassungsrecht, FS Schwind 314.

³⁾ OGH 3. 7. 1975, SZ 48/79 = EvBl 1976/66 = Arb 9371; OGH 5. 2. 1985, Arb 10.406.

⁴⁾ Erstmals VwGH 15. 5. 1981 08/3319/79; dann VwGH 22. 5. 1981, öRdA 1982, 407ff mit zust Anm v *Geppert*.

⁵⁾ Zustimmung *Geppert*, Der „Anstellungsvertrag“ des Vorstandsmitgliedes einer AG, öRdA 1980, 1ff (15); *Schiemer*, AktG² Anm 4.2. § 75; *Schiemer*, Zur Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern einer AG, GesRZ 1984, 14ff; ablehnend *Reischauer*, Probleme der Dienstnehmerhaftung, öRdA 1978, 193f; *Schuster-Bonnott*, Zustandekommen und Lösung des Anstellungsverhältnisses zwischen Vorstandsmitglied und AG, GesRZ 1983, 112ff; ähnlich offenbar *Marhold*, ZAS 1981, 36.

⁶⁾ Die Zahl jener Vorstandsmitglieder, die so erheblich an der Aktiengesellschaft beteiligt sind, daß sie bereits auf Grund dieser Beteiligung die Willensbildung in der AG maßgeblich beeinflussen können, dürfte angesichts der Tatsache, daß die österreichische AG sich mehr für größere Unternehmen eignet, auch eher klein sein (ganz anders bei der GmbH, welche eine für Familiengesellschaften geradezu ideale Rechtsform darstellt).

⁷⁾ BGBI 588/1981.

^{*}) Der zweite Teil dieses Aufsatzes erscheint im nächsten Heft.

¹⁾ So etwa *Heidinger-Holzer*, Die Rechtsstellung des leitenden Angestellten im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht, RdW 1985, 80.

ASVG eine Ziffer 10 anzufügen und Vorstandsmitglieder (nicht bloß von Aktiengesellschaften) den Dienstnehmern gleichzustellen. Mit dieser laut Gesetzesmaterialien „im Interesse der Risikogemeinschaft“ liegenden Einbeziehung⁹⁾ erhielt die bis dahin geübte Praxis der Gebietskrankenkassen, Vorstandsmitglieder ohne nähere Prüfung in die Versicherung nach ASVG einzubeziehen¹⁰⁾, jedenfalls eine gesetzliche Grundlage.

Für Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung fehlt eine derartige Bestimmung; sie sind nach ASVG daher grundsätzlich nur versichert, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG vorliegen.

Der Wertungswiderspruch im Gesetz wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß das Vorstandsmitglied einer AG als solches seit der 37. ASVG-Novelle selbst dann nach ASVG pflichtversichert ist, wenn es – was bei Familiengesellschaften vorkommt – maßgeblich an der Gesellschaft beteiligt oder sogar Alleinaktionär ist. § 4 Abs 3 Z 10 ASVG wurde deshalb nicht zu Unrecht als überschießende Regelung kritisiert.¹¹⁾

3. Zur sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmereigenschaft von Geschäftsführern einer GmbH

3.1. Der Fremdgeschäftsführer

Bei der Prüfung, ob der Geschäftsführer einer GmbH dem in § 4 Abs 2 ASVG näher umschriebenen Dienstnehmerbegriff unterfällt, ist vom arbeitsrechtlichen Dienstnehmerbegriff auszugehen, da zumindest das Merkmal „persönliche Abhängigkeit“ im Sozialversicherungsrecht gleich wie im Arbeitsrecht auszulegen ist.¹²⁾ Freilich erwähnt § 4 Abs 2 ASVG auch die „wirtschaftliche Abhängigkeit“, welche für den Bereich des Arbeitsrechts (unwiderleglich) vermutet wird und läßt außerdem das überwiegende Vorliegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit genügen, was den VwGH dazu bewog, mehr auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf das Vorliegen eines zivilrechtlich gültigen Vertrages abzustellen.¹³⁾

Bei Fehlen jeglicher persönlicher Abhängigkeit muß allerdings auch ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs 2 ASVG und daher die Versicherungspflicht nach ASVG ausscheiden.

In Lehre und Rsp ist hinsichtlich des GmbH-Geschäftsführers denn auch anerkannt, daß der GmbH-Geschäftsführer nicht schlechthin Dienstnehmer ist; bei näherer Durchsicht jener Umstände, welche nach Meinung der Rsp bzw des Schrifttums einem Dienstverhältnis im Wege stünden, gewinnt man allerdings den Eindruck, daß dabei offensichtlich allein an eine gesellschaftliche Beteiligung des Geschäftsführers gedacht wurde (dazu unten).¹⁴⁾ Dies-

falls greift dann in jedem Fall die Versicherungspflicht nach GSVG ein. Die Frage der Arbeitnehmerschaft des Fremdgeschäftsführers wurde bislang hingegen nicht wirklich problematisiert, sondern regelmäßig – implizit – bejaht.

Demgegenüber ist mE die Dienstnehmereigenschaft auch eines an der Gesellschaft überhaupt nicht beteiligten Geschäftsführers keinesfalls unbesehen anzunehmen.¹⁵⁾ Schon die jüngere Jud, welche die unterschiedliche arbeitsrechtliche Behandlung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft und Geschäftsführern einer GmbH aus deren unterschiedlicher gesellschaftsrechtlicher Stellung rechtfertigt, erscheint nämlich überaus problematisch. Die Weisungsunterworfenheit des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der Generalversammlung bzw dem Aufsichtsrat bezieht sich ja zweifellos nicht auf die Erteilung persönlicher Weisungen, welche zB Arbeitszeit, Arbeitsort oder arbeitsbezogenes Verhalten betreffen. Dies ergibt sich bereits aus der Textierung des § 20 Abs 1 GmbHG, welcher davon spricht, daß der Geschäftsführer verpflichtet ist, Beschränkungen hinsichtlich des Umfangs seiner Befugnis, „die Gesellschaft zu vertreten“ einzuhalten. Die gesellschaftsrechtliche Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der Generalversammlung ist zwar weit umfassender¹⁶⁾ als die durch § 95 Abs 5 AktG gegenüber dem Aufsichtsrat¹⁷⁾ und durch § 103 Abs 2 AktG gegenüber der Hauptversammlung begründete Abhängigkeit des Vorstandsmitgliedes (bzw Gesamtvorstandes), hat mit dieser aber zumindest den Umstand gemeinsam, daß sie nur sachliche und keine persönlichen Weisungen erlaubt.¹⁸⁾

Stoll, GmbH & Co KG² 259f; vgl hingegen *Mayr*, Der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Arbeitsrecht und im Sozialversicherungsrecht, FS Floretta 768, der ausführt, daß bei Fehlen der (von ihm aufgezählten) Kriterien für die persönliche Abhängigkeit ein freier Dienstvertrag vorläge und dies für den Fremdgeschäftsführer genauso gelte wie für den Gesellschafter-Geschäftsführer. Freilich behandelt *Mayr* in der Folge nur den letzteren.

⁹⁾ Vgl die krit. Wiedergabe der vom VwGH implizite vertretene gegenteiligen Position bei *Tomandl*, Wesensmerkmale 107.

¹⁰⁾ Dies ist in der österreichischen Doktrin unumstritten (vgl etwa *Peter Doralt* in *Kastner-Stoll* 260). Meinungsverschiedenheiten bestehen allerdings über die Reichweite der Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, dh darüber, ob diesem ein sog „weisungsfreier Mindestbereich“ zusteht; dafür offenbar *Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts¹ 294; *Gellis*, GmbHG², Rdz 4 zu § 20; ebenso offenbar *Hügel*, Aufsichtsratsveto und Entscheidungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, GesRZ 1982, 312 Fn 36; dagegen *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht 126.

¹¹⁾ Die § 95 Abs 5 AktG fast wortgetreu nachgebildete Regelung des § 30 j Abs 5 GmbHG bindet die Geschäftsführer aufsichtsratspflichtiger Gesellschaften mit beschränkter Haftung in praktisch gleicher Weise an die Zustimmung des Aufsichtsrates.

¹²⁾ Dies wird im Schrifttum mE zumeist übersehen; symptomatisch *Mayr*, FS Floretta 767, der ausführt: „Die GmbH-Gesellschafter können also bindende Weisungen erteilen. Sie können damit auch jedes Einzelgeschäft von ihrer Zustimmung abhängig machen. Es ist somit möglich, daß der Geschäftsführer in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit zur Gesellschaft steht.“ Richtig ist vielmehr, daß § 20 Abs 1 GmbHG mit persönlicher Abhängigkeit nicht das geringste zu tun hat; in der BRD ist dies bei vergleichbarer Rechtslage (vgl § 37 Abs 1 dGmbHG) grundsätzlich anerkannt; für die hM vgl *G. Hueck*, Zur arbeitsrechtlichen Stellung des GmbH-Geschäftsführers, ZfA 1985, 29. Zwar kann aus § 20 Abs 1 GmbHG für sich keinesfalls der Umkehrschluß gezogen werden, daß persönliche Weisungsbefugnis (zB im Anstellungsvertrag) nicht verankert werden können, doch stellt

⁹⁾ So die EB zur RV 907 BlgNR XV GP 10.

¹⁰⁾ Vgl EB RV 907 BlgNR XV GP 10.

¹¹⁾ So im Ergebnis *Geppert*, öRdA 1982, 412.

¹²⁾ Vgl *Krejci*, Das Sozialversicherungsverhältnis 22ff; deutlicher *Krejci* in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 45f; *Tomandl*, Grundriß des österreichischen Sozialrechts¹ 38; VwGH 26. 11. 1952, VwSlgNF 2747 A; VwGH 4. 12. 1957, VwSlgNF 4495 A; VwGH 21. 11. 1980, ZAS 1982, 65ff mit Anm v *Petrovic*.

¹³⁾ VwGH 18. 12. 1950, VwSlgNF 1852 A; VwGH 4. 12. 1957, VwSlgNF 4495 A; vgl auch *Krejci* in *Tomandl*, System 49f; *Tomandl*, Grundriß¹ 38.

¹⁴⁾ Vgl etwa *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1974, 10f; *Peter Doralt* in *Kastner-*

Der Anstellungsvertrag enthält zwar regelmäßig persönliche Beschränkungen (zB die Bestimmung, der Gesellschaft die ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen¹⁹⁾, doch werden diese, zusammengenommen betrachtet, oft nicht das von der traditionellen hL und Jud für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit geforderte Maß (auch nicht das zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG notwendige geringere Maß) erreichen. Insbesondere dann, wenn die GmbH keine natürlichen Personen als maßgeblich beteiligte Gesellschafter besitzt und/oder wenn das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen eine bestimmte Größe erreicht hat, wird eine durch persönliche Abhängigkeit und Weisungsbefugnis geprägte Beziehung zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer fehlen.²⁰⁾

Darüber hinaus wäre aber ganz allgemein zu fragen, ob die Stellung des GmbH-Geschäftsführers als Leitungsorgan, welches bloß korporationsrechtlich der Generalversammlung unterstellt ist, dessen persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit überhaupt zuläßt. Auf dieses – mehr arbeitsrechtliche – Problem soll an anderer Stelle eingegangen werden.²¹⁾ Ein solcherart persönlich nicht abhängiger Geschäftsführer ist, ungeachtet seiner vielleicht intensiven wirtschaftlichen Abhängigkeit, nicht nach ASVG pflichtversichert, wenn dies auch von der Praxis ganz offenkundig nicht beachtet wird. Bei Fehlen einer gesellschaftlichen Beteiligung scheidet angesichts des Wortlautes von § 2 Abs 1 Z 3 GSVG überdies eine Versicherungspflicht nach GSVG aus, so daß der Geschäftsführer ohne sozialversicherungsrechtlichen Schutz wäre, was, wie bereits dargetan, va im Hinblick auf die 1981 erfolgte Einbeziehung der Vorstandsmitglieder in die ASVG-Pflichtversicherung und die darin zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Intention, Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen einem lückenlosen Versicherungsschutz zu unterziehen, völlig unverständlich erschiene.

Man muß im gegebenen Fall daher von einer planwidrigen Lücke ausgehen, welche durch Analogie zu schließen ist. Der Gesetzgeber des ASVG und insbes jener der 37. Novelle war sich ganz offensichtlich nicht dessen bewußt, daß auch der Fremdgeschäftsführer, welcher vom GSVG nicht erfaßt wird, nicht notwendigerweise Dienstnehmer ist.²²⁾ Eine § 4 Abs 3 Z 10 ASVG nachgebildete allgemeine Einbeziehung der Fremdgeschäftsführer in das

sich immerhin die Frage, ob die Eigenschaft des Geschäftsführers als Leitungsorgan mit derartigen Bindungen überhaupt vereinbar ist.

¹⁹⁾ Vgl dazu *Mayr*, FS Floretta 769.

²⁰⁾ Die Praxis lehrt, daß die Erteilung persönlicher Weisungen an den Geschäftsführer – wobei deren Zulässigkeit einmal ausgeklammert bleiben soll – primär in solchen Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorkommt, die im Eigentum einer oder weniger Einzelperson(en) stehen, wohingegen insbes in größeren Gesellschaften, deren Gesellschafter wiederum Gesellschaften sind, zwar die sachliche Bindung eine überaus enge sein kann (zB in Tochtergesellschaften amerikanischer Mutterunternehmen), aber niemand vorhanden ist, der der Geschäftsführung ihr persönliches Verhalten betreffende Vorschriften macht (zB Einhaltung einer fixen Arbeitszeit). Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei angemerkt, daß rechtlich das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit selbstverständlich nicht damit zusammenhängt, ob der Dienstgeber eine physische Person ist.

²¹⁾ Dazu demnächst ausführlicher *Schima*, Die dienstrechtliche Stellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer.

²²⁾ Die Rsp problematisierte die Frage, wie gesagt, bislang kaum.

ASVG unterblieb wohl deshalb, weil der VwGH bislang die Dienstnehmereigenschaft von Fremdgeschäftsführern nie konkret in Frage stellte, sondern eine solche bloß fallweise und immer im Zusammenhang mit einer entsprechenden gesellschaftlichen Beteiligung verneinte, während er dies bei Vorstandsmitgliedern (ebenso wie der OGH) neuerdings generell tut.

Für die skizzierte Analogie spricht weiters, daß das bei ihrem Unterbleiben eintretende Ergebnis unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten höchst bedenklich erschiene. Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedürfen sozialversicherungsrechtlich mindestens eines ebenso starken Schutzes wie Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Die zwischen beiden bestehenden Unterschiede im Tatsächlichen schlagen in bezug auf die Schutzbedürftigkeit nämlich allenfalls zuungunsten des Vorstandsmitgliedes aus, da dieses regelmäßig Herr über ein Großunternehmen mit entsprechend guter Dotierung, betrieblicher Altersversorgung etc ist, wohingegen die Gruppe der GmbH-Geschäftsführer auf Grund der Tatsache, daß sich die Rechtsfigur der GmbH für praktisch alle Unternehmensgrößen vom Kleinstunternehmen bis zum Großunternehmen mehr oder weniger eignet, eine sozial überaus inhomogene sein dürfte.

Es scheint daher durch nichts zu rechtfertigen, sogar das Vorstandsmitglied, das an der Gesellschaft erheblich beteiligt ist, sozialversicherungsrechtlich wie einen Dienstnehmer zu behandeln, nicht aber den Fremdgeschäftsführer einer GmbH. Es sei zugegeben, daß letzterer dann, wenn er nicht Dienstnehmer, aber dennoch hauptberuflich beschäftigt ist, oft dem typischen Vorstandsmitglied stark ähneln wird, doch rechtfertigt – ja erfordert – dies eben eine Gleichstellung und keine Schlechterstellung des Geschäftsführers.

Der dargestellte (und auch verfassungsrechtlich untermauerte) Analogieschluß²³⁾ führt zu dem auch aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswerten Ergebnis, daß der Fremdgeschäftsführer jedenfalls nach ASVG pflichtversichert ist, der Gesellschafter-Geschäftsführer hingegen nur dann, wenn trotz seiner Beteiligung die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG vorliegen.

Eine Lückenfüllung im GSVG mit dem Ergebnis, den nicht persönlich abhängigen Fremdgeschäftsführer der Versicherungspflicht nach GSVG zu unterstellen, scheidet mE aus, da aus § 2 Abs 1 GSVG eindeutig hervorgeht, daß bei einer Tätigkeit für eine juristische Person bzw Personengesellschaft des Handelsrechtes die GSVG-Versicherungspflicht nur für Gesellschafter eintreten soll. Diese sind gewissermaßen „stellvertretend“ für die als solche nicht versicherungspflichtige (vgl § 2 Abs 1 1. Satzteil GSVG) juristische Person (Personengesellschaft) von der Versicherungspflicht erfaßt.²⁴⁾ Darüber hinaus sprechen mE auch

²³⁾ Ein methodisch anderer Weg als die Analogie wäre eine verfassungskonforme Interpretation des § 4 Abs 2 ASVG mit dem Ziel, die Vorschrift dahingehend auszulegen, daß Fremdgeschäftsführer einer GmbH in jedem Fall dessen Voraussetzungen erfüllen. Dieser Weg erschiene theoretisch gangbar, da zumindest der Begriff der persönlichen Abhängigkeit ja nicht gesetzlich verankert, sondern ein bloßes Produkt von Lehre und Rsp ist, welches in concreto einer Überdenkung durchaus fähig sein muß; dennoch soll eine Auseinandersetzung in dieser Richtung angesichts der sich dann ergebenden, den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengenden Probleme hier unterbleiben.

²⁴⁾ Vgl dazu, allerdings zu einer nicht mehr geltenden Rechtslage: *Schmitz*, Unterliegt der geschäftsführende Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG?, ZAS 1966, 8.

rechtsethische Gründe dafür, den nicht persönlich abhängigen Fremdgeschäftsführer im Sozialversicherungsrecht wie einen Dienstnehmer und nicht wie einen Unternehmer zu behandeln, weil dieser – wirtschaftlich betrachtet – eher einem Angestellten der Gesellschaft als deren Eigentümer ähnelt.

Selbst gegen das hier erzielte Ergebnis ließen sich mE noch immer verfassungsrechtliche Bedenken des Inhalts erheben, daß der nicht unter § 4 Abs 2 ASVG fallende, dh „erheblich“ (siehe zur Rsp unten 3.2.) an der Gesellschaft beteiligte Geschäftsführer nach GSVG versichert ist, das Vorstandsmitglied aber in jedem Fall, dh unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung, nach ASVG. Vielleicht war der Gesetzgeber der Ansicht, die Gruppe der „erheblich“ beteiligten Vorstandsmitglieder wegen ihrer zahlenmäßigen Kleinheit überhaupt vernachlässigen zu können. Daß diese Gruppe tatsächlich ungleich kleiner ist als die Gruppe der „erheblich“ beteiligten GmbH-Geschäftsführer, soll natürlich nicht bezweifelt werden (genäuso wenig aber die Tatsache ihrer Existenz, zB in Familiengesellschaften), kann den Gesetzgeber aber im vorliegenden Fall umso weniger der Aufgabe einer dem Gleichheitssatz genügenden Ausformung der gesetzlichen Regelung entheben, als der damit verbundene Regelungsaufwand ein überaus geringer gewesen wäre. In § 4 Abs 3 Z 10 ASVG hätte

bloß ein Zusatz ungefähr folgender Art aufgenommen werden müssen: „Vorstandsmitglieder sofern sie nicht kraft ihrer Beteiligung wichtige Beschlüsse der Gesellschaft zu verhindern in der Lage sind.“ Zusätzlich müßte in § 2 Abs 1 GSVG eine Z 4 eingefügt werden, wonach die zu Vorstandsmitgliedern bestellten Gesellschafter von Aktiengesellschaften etc der Versicherungspflicht nach GSVG unterliegen, sofern sie nicht bereits nach § 4 Abs 3 Z 10 ASVG versichert sind.

Das eben angesprochene Problem soll hier nicht weiter verfolgt werden, da es angesichts des diesbezüglich klaren Wortlautes des § 4 Abs 3 Z 10 ASVG sowie des Fehlens einer Regelung für Vorstandsmitglieder im GSVG jedenfalls nicht mittels Analogie allein zu lösen wäre.²⁵⁾ Letztlich könnte daher die Frage, ob § 4 Abs 3 Z 10 ASVG nicht wegen Verstoßes gegen Art 7 B-VG verfassungswidrig ist, auch bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung aktuell werden.

(Fortsetzung folgt)

²⁵⁾ Erforderlich wäre vielmehr einerseits eine teleologische Reduktion von § 4 Abs 3 Z 10 ASVG in der Weise, daß Vorstandsmitglieder, die gleichzeitig Gesellschafter sind, der Vorschrift nicht unterworfen sind, sowie andererseits eine Analogie im GSVG.