

Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH II*)

Univ.-Ass. Dr. Georg Schima, Wien

3.2. Der Gesellschafter-Geschäftsführer

Für den Gesellschafter-Geschäftsführer stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen seine Beteiligung an der Gesellschaft eine Dienstnehmerstellung erlaubt.

Vorweg ist zu bemerken, daß das für den Fremdgeschäftsführer Gesagte auch hier gilt. Dies bedeutet, daß auch ein Geschäftsführer, der bloß in völlig unbedeutendem Ausmaß an der Gesellschaft beteiligt ist, nicht deren Arbeitnehmer sein muß. Im übrigen sind beim Gesellschafter-Geschäftsführer aber Art und Umfang seiner Beteiligung – jedenfalls nach der hL und Jud – von entscheidender Bedeutung für die Beantwortung der Frage nach seiner Dienstnehmereigenschaft.

Einigkeit besteht darüber, daß ein zu 100% an der Gesellschaft beteiligter Geschäftsführer nicht deren Arbeitnehmer sein kann, weil ein solcher Geschäftsführer „von sich selbst“ abhängig wäre.²⁶⁾ Die Tatsache, daß die juristische Person GmbH gewissermaßen „dazwischenschaltet“ ist, daran nichts ändern.²⁷⁾

Auch bei einer wesentlich geringeren Beteiligung wird allerdings vom VwGH und der damit übereinstimmenden Lehre zutreffenderweise eine Dienstnehmereigenschaft des GmbH-GF und dessen Versicherungspflicht nach ASVG verneint. Ist der Geschäftsführer nämlich kraft seiner Beteiligung in der Lage, Beschlüsse der Generalversammlung zumindest zu verhindern, verfügt er also wenigstens über eine „Sperrminorität“, so scheidet die Möglichkeit eines Arbeitsverhältnisses zwischen Gesellschaft und Gesellschafter-Geschäftsführer aus.²⁸⁾

Daraus folgt, daß genaue zahlenmäßige Beteiligungsgrenzen nicht angegeben werden können, weil neben dem Gesetz (vgl. § 39 GmbHG) auch spezielle Willensbildungsvorschriften im einzelnen Gesellschaftsvertrag zu beachten sind. Dessen ungeachtet wird aber bei mindestens 50% iger Beteiligung des Geschäftsführers generell dessen Dienstnehmereigenschaft nicht in Betracht kommen, weil dann das von § 4 Abs 2 ASVG aufgestellte Erfordernis, daß dem Gesamteindruck nach die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen, nicht mehr gegeben erscheint. Abzulehnen ist daher die jüngst vom VwGH²⁹⁾ getroffene Entscheidung, selbst ein zu 90% an der Gesellschaft beteiligter Geschäftsführer könne deren Arbeitnehmer sein, wenn infolge einer von

§ 39 Abs 2 GmbHG abweichenden Stimmrechtsregelung im Gesellschaftsvertrag diese 90%-Beteiligung nicht einmal eine Sperrminorität gewähre.³⁰⁾

Die genannte Entscheidung ist eine Folge der konsequent durchdachten, aber verfehlten Rechtsmeinung des VwGH, es komme für die Dienstnehmereigenschaft bzw. ASVG-Versicherungspflicht eines Gesellschafter-Geschäftsführers allein darauf an, wie die Willensbildung in der GmbH erfolge³¹⁾, dh. ob die Generalversammlung von ihrem in § 20 Abs 1 GmbHG verankerten Weisungsrecht Gebrauch macht bzw. machen kann.

Diese Ansicht verkennt, wie bereits oben (3.1.) gesagt, Art und Inhalt des in § 20 Abs 1 GmbHG normierten Weisungsrechtes, indem sie ganz einfach arbeitsrechtliche Rückschlüsse aus diesem Weisungsrecht zieht. Folgte man dem VwGH, so müßte zB für die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Stellung eines Geschäftsführers, der gleichzeitig Minderheitsgesellschafter ist, maßgeblich sein, wie die restlichen Geschäftsanteile verteilt sind, dh. ob die (uU rein faktischen!) Verhältnisse entsprechende Mehrheiten gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer zustande kommen lassen oder nicht. Der zu 20% an der Gesellschaft beteiligte Geschäftsführer, dessen drei Geschwister (welche die restlichen Anteile halten) so untereinander zerstritten sind, daß sie sich auf verbindliche Anordnungen gegenüber ersterem nicht einigen können, könnte somit nicht Arbeitnehmer sein, wohl aber jener 20%-Gesellschafter-Geschäftsführer, dessen Mitgesellschafter zu einem harmonischen Miteinander imstande sind. Darauf darf es aber für die Dienstnehmereigenschaft nicht ankommen.

Für den Bereich des Sozialversicherungsrechtes ist die in der zitierten Entscheidung zum Ausdruck kommende Auffassung schon deshalb unzutreffend, weil bei einer 90%igen Beteiligung, ansonst von der speziellen Stimmrechtsregelung, die von § 39 Abs 2 ASVG auch geforderte wirtschaftliche Abhängigkeit des Geschäftsführers ausscheidet.³²⁾ Ein derart hoch beteiligter Geschäftsführer verfügt materiell nicht in fremdem Namen über fremde Betriebsmittel,³³⁾ sondern bloß formell, weil die GmbH als

²⁶⁾ Ähnlich aber *Mayr*, FS Floretta 769, auf den sich die Entscheidung auch stützt.

²⁷⁾ Ebenso aber ganz dezidiert *Krejci*, Sozialversicherungsverhältnis 37; auch *Schmitz*, ZAS 1966, 13 stellt mE zu einseitig auf die Willensbildung ab.

²⁸⁾ So auch *Paul Doralt* in *Kastner-Stoll* 321 und FN 62.

²⁹⁾ Das mangelnde Eigentum – besser gesagt die mangelnde Verfügungsbefugnis – an den Produktionsmitteln und nicht das Angewiesensein auf das Entgelt zur Bestreitung des Lebensunterhaltes bildet nämlich richtigerweise den Kerninhalt der wirtschaftlichen Abhängigkeit (aA offenbar *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht 7; *Spielbüchler* in *Floretta-Spielbüchler-Strasser* F 3); letzteres ist vielmehr unwiderleglich zu vermuten. Dies ist für den Bereich des Sozialversicherungsrechtes auch weitgehend anerkannt (vgl. *Krejci* in *Tomandl*, System 45 mwN in FN 4; *Mayr*, FS Floretta 766, 771), sollte aber auch für den Bereich des Arbeitsrechtes gelten. Die hA, welche das fehlende Eigentum an den Produktionsmitteln der persönlichen Abhängigkeit zuordnet (deutlich ausgesprochen und va begründet wird dies allerdings kaum: von den bei *Krejci* in *Tomandl*, System 45 FN 5 als Beleg zitierten Autoren vertritt nur

^{*)} Teil 1 dieses Aufsatzes erschien in ZAS 1987, 121 ff.

²⁶⁾ Vgl. *Schmitz*, ZAS 1966, 9, 12; *Mayr*, FS Floretta 768 f.

²⁷⁾ Vgl. *Tomandl*, Wesensmerkmale 136 ff; gegen seine primär auf Tüze gestützte „Durchgriffsthese“ *Schuster-Bonnott*, FS *Kastner* 427 f, dessen Ausführungen freilich auf einem Mißverständnis zu beruhen scheinen; allg zum Problem der juristischen Person als von ihren Eigentümern verschiedenem Zurechnungsobjekt *Wahle* in *Klang* 2 V 525 ff.

²⁸⁾ VwGH 7. 9. 1979 1706/77; 14. 12. 1979, Arb 9846; 20. 5. 1980, Arb 9876; 17. 6. 1980, Arb 9879; 20. 3. 1981, 08/3385/79; *Torggler*, GesRZ 1974, 10 f; *Peter Doralt* in *Kastner-Stoll* 259; *Mayr*, FS Floretta 768; *Heidinger-Holzer*, RdW 1985, 80.

²⁹⁾ VwGH 18. 9. 1985 83/11/0054.

eigenes mit Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Zurechnungsobjekt „dazwischengeschaltet“ ist.³⁴⁾ Auch für den Bereich des Arbeitsrechts muß die Richtigkeit der Ansicht des VwGH aber verneint werden, da § 1151 Abs 1 ABGB, die Fundamentalnorm des Arbeitsvertragsrechtes. „Dienstleistung für einen anderen“ verlangt, was im Falle einer 90%igen Beteiligung ebenfalls nur formell der Fall ist.³⁵⁾

Fraglich könnte sein, ob die GSVG-Versicherungspflicht auch bei bloß treuhänderischer Beteiligung des Geschäftsführers eintritt. Der VwGH³⁶⁾ verneinte dies jüngst und meinte, es sei in einem solchen Fall der Durchgriff durch die zivilrechtliche Gestaltungsform der Gesellschaftereigenschaft hin zu den „wahren Verhältnissen“, welche die wirtschaftliche Situation bei Erwerb der Geschäftsanteile an der GmbH und der Ausübung der damit verbundenen Befugnisse widerspiegeln, geboten. Interessant ist das zur Begründung (zusätzlich) herangezogene Argument, die seit 1. 1. 1981 geltende Fassung des § 2 Abs 1 Z 3 GSVG, wonach die Versicherungspflicht nach dem GSVG für Gesellschafter-Geschäftsführer erst eintrete, wenn diese nicht bereits der Versicherungspflicht nach ASVG unterlägen, mache deutlich, daß der Gesetzgeber damit das Merkmal „des beherrschenden Einflusses der rechtlichen und faktischen Verfügungsmacht“ des Gesellschafter-Geschäftsführers in der betreffenden GmbH „als für die Versicherungspflicht nach dem GSVG bestimmend festgelegt“ habe. Der Sinn des § 2 Abs 1 Z 3 GSVG wäre daher kein anderer als der, eine Tätigkeit in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit von den im GSVG erfaßten Tätigkeiten auszuschließen und damit eine dem Wesen nach selbständige Erwerbsbetätigung zu umschreiben, was wiederum den angesprochenen Durchgriff rechtfertige. Voraussetzung für den Ausschluß der Versicherungspflicht nach GSVG sei allerdings die Offenlegung des Treuhandverhältnisses.

Diese Auffassung ist zu begrüßen. Der Treuhänder verfügt über die Anteile lediglich auf Grund eines formaljuristischen Titels, ist aber nicht der materiell-wirtschaftlich Berechtigte, auch wenn er seine Tätigkeit entgeltlich ausübt. Er muß außerdem – auch bei der eigennützigen Treuhand – gemäß den Interessen und Weisungen des Treugebers handeln. Auch der darüber hinaus vertretenen Auffassung des VwGH, der Abschluß einer Treuhandvereinbarung mit dem zu beurteilenden Inhalt erweise sich für die Versicherungspflicht als zunächst durchaus neutral, ist zu folgen. Wie das Höchstgericht erkannte, könnte sich ein anderer auf die Treuhandvereinbarung in der Absicht berufen wollen, damit die Versicherungspflicht nach dem GSVG auszulösen, so daß keineswegs von vornherein (wie

Krejci selbst in Rummel I Rdz 58 § 1151 ABGB klar diese Auffassung), erscheint mir nicht systemgerecht. Allerdings ist eine so verstandene wirtschaftliche Abhängigkeit, die letztlich einen Aspekt der Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation darstellt, für die Frage, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt, keineswegs irrelevant (sodaß die erzielten Ergebnisse von denen der hA kaum abweichen), wohingegen das (konkrete) Angewiesensein auf das Entgelt – wie die hL auch zutreffend erkennt – dafür gänzlich unbrauchbar ist. Zu den verschiedenen Deutungsversuchen der wirtschaftlichen Abhängigkeit durch die Rsp *Tomandl*, Wesensmerkmale 59 ff; *Mayr*, FS Floretta 765 f.

³⁴⁾ Vgl das „Durchgriffsargument“ bei *Tomandl*, Wesensmerkmale 137 f (siehe auch FN 26).

³⁵⁾ Die oben bei FN 25 getroffene Aussage, daß der zu 100% beteiligte Gesellschafter sein eigener Arbeitnehmer wäre, treffen auch hier zu.

³⁶⁾ VwGH 30. 6. 1983 82/08/0083, 0084.

von der belangten Behörde behauptet) von einer „mißbräuchlichen Verwendung der durch die Treuhand gestalteten gesellschaftlichen Form“ gesprochen werden darf.

Freilich stellt sich damit die Frage, ob ein solcher „Treuänder-Gesellschafter-Geschäftsführer“ anderweitig, dh nach ASVG, versichert ist. Das BMS³⁷⁾ vertrat vor längerer Zeit einmal die Ansicht, ein zu 2% an der Gesellschaft beteiligter Geschäftsführer wäre nicht nach ASVG pflichtversichert, wenn er die restlichen 98% treuhänderisch für ausländische Auftraggeber halte, welche selbst keinerlei Einfluß auf die Geschäftsführung nähmen. Dem ist zumindest in der Begründung zu widersprechen, weil die Arbeitnehmereigenschaft bzw Versicherungspflicht nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob der Treugeber faktisch Weisungen erteilt oder nicht (siehe oben). Selbst eine jahrelang geübte diesbezügliche Praxis (zB weitgehende Nichterteilung von Weisungen) könnte ja, woran wohl niemand zweifeln wird, jederzeit vom Treugeber umgestoßen werden. Die Frage der sozialversicherungsrechtlichen Stellung von „Treuänder-Gesellschafter-Geschäftsführern“ ist mE folgendermaßen zu beantworten: Oben (3.1.) wurde die Ansicht vertreten, daß kraft Analogie der Fremdgeschäftsführer generell der Versicherungspflicht nach dem ASVG unterläge. Fraglich ist nun, ob ein Geschäftsführer, dessen GSVG-Versicherungspflicht in Befolgung der Rechtsmeinung des VwGH verneint werden muß, weil seine gesellschaftsrechtliche Beteiligung bloß auf einer Treuhandvereinbarung beruht, sozialversicherungsrechtlich wie ein Fremdgeschäftsführer zu behandeln ist und damit dem ASVG unterliegt oder er gar keinen sozialversicherungsrechtlichen Schutz genießt.

Die Frage besitzt durchaus praktische Relevanz. Ihre Beantwortung ist kompliziert, weil zwei Personengruppen unterschieden werden müssen. In der erwähnten Entscheidung³⁸⁾ war der Beschwerdeführer ein Rechtsanwalt, welcher offenbar im Unternehmen eines seiner Mandanten den Posten eines Geschäftsführers bekleidete und zusätzlich Geschäftsanteile treuhänderisch hielt.³⁹⁾ Diese – wenn auch nicht sehr große – Gruppe von Vertretern freier Berufe hat an einer Sozialversicherungspflicht, gleich ob nach GSVG oder ASVG, naturgemäß kein großes Interesse und erfüllt regelmäßig auch nicht die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG. Andererseits existiert ein – auch nicht allzu großer – Kreis von Personen, welche als hauptberuflich tätige Geschäftsführer treuhänderisch Geschäftsanteile zB für ein Mutterunternehmen halten. Hier ist die Interessenlage naturgemäß eine ganz andere, da die Verneinung der Versicherungspflicht nach ASVG in einem solchen Fall idR dazu führen müßte, daß der Betroffene gar keines sozialversicherungsrechtlichen Schutzes teilhaftig würde.

Gerade ein Blick auf diese zweite Gruppe macht mE deutlich, daß es keinem Zweifel unterliegen kann, daß „Treuänder-Gesellschafter-Geschäftsführer“ der Pflichtversicherung nach ASVG unterliegen; dies selbst dann, wenn sie die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG nicht erfüllen. Das Problem entschärft sich auch bedeutend, wenn man sich vor Augen führt, daß das ASVG die

³⁷⁾ BMS 11. 2. 1957, SVSlg 4373.

³⁸⁾ Die Entscheidung verrät leider nicht, ob seine Beteiligung eine wesentliche oder – etwa weil der Anwalt als „Gründungshelfer“ auftrat – bloß eine untergeordnet war.

Versicherungspflicht an die Entgeltlichkeit des Rechtsverhältnisses knüpft³⁹⁾ und, anders als das GSVG, keine Mindestbeitragsgrundlage kennt. Der Rechtsanwalt oder Wirtschaftstreuhänder, der die Tätigkeit eines Geschäftsführers (idR wird es sich um ein kleineres Unternehmen handeln) unentgeltlich, dh gewissermaßen in Erfüllung einer Nebenpflicht seines ständigen Vertretungsverhältnisses, ausübt, unterliegt daher schon aus diesem Grund nicht der ASVG-Versicherungspflicht. Bezieht er hingegen eine Vergütung, welche über den Aufwendersatz hinausgeht,⁴⁰⁾ erscheint die Beitragspflicht gerechtfertigt und wirtschaftlich auch keineswegs unbillig. Umso mehr gilt dies natürlich für jenen Geschäftsführer, der diese Tätigkeit hauptberuflich ausübt und daneben einen Teil (oder auch sämtliche) der Geschäftsanteile treuhänderisch hält. Im letzteren Fall kann die ASVG-Versicherungspflicht dogmatisch noch darauf gestützt werden, daß ein solcher Geschäftsführer dann, wenn man die Treuhandvereinbarung wegdächte, häufig ohnehin die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG erfüllt (Ausnahmen siehe oben 3.1.) oder zumindest wirtschaftlich abhängig ist. Das Hinzutreten einer Treuhandvereinbarung, welche für die Begründung der GSVG-Versicherungspflicht als „zu schwach“ erachtet wird, kann dann aber nicht dazu führen, auch die Pflichtversicherung nach ASVG auszuschließen, weil sich durch sie an der Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers nichts ändert.

3.3. GmbH & Co KG

Schließlich ist noch kurz auf den Sonderfall der GmbH & Co KG einzugehen. Diesbezüglich vertrat die Verwaltung früher die Auffassung, der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH könne nicht deren Dienstnehmer sein, weil die GmbH keine den Ansprüchen des § 35 Abs 1 ASVG genügende betriebliche Tätigkeit entfalte.⁴¹⁾ Demgegenüber befand der VwGH⁴²⁾ in der bislang einzigen (veröffentlichten) Entscheidung zu dem Thema, daß die GmbH als Komplementär einer KG gegenüber ihrem Geschäftsführer sozialversicherungsrechtlicher Dienstgeber sein könne, auch wenn die Tätigkeit der GmbH bloß darin bestehe, die Geschäftsführung in der KG auszuüben, weil auch dies eine „Tätigkeit“ iSd § 35 Abs 1 ASVG sei.

Dieser Auffassung, der das Sozialministerium dann folgte,⁴³⁾ ist beizupflichten. Es mag zwar sein, daß der Gesetzgeber des ASVG bei Konzeption des § 35 Abs 1 nicht gerade den Fall der GmbH & Co KG, in der die GmbH nur die Rolle des geschäftsführenden Komplementärs übernimmt, vor Augen hatte, doch sind qualitativ-inhaltliche Ansprüche an den Begriff „Tätigkeit“ in § 35 Abs 1 ASVG mE abzulehnen. Anderenfalls könnte man konsequenterweise etwa dazu gelangen, die (sozialversi-

cherungsrechtliche) Dienstgebereigenschaft einer reinen Holdinggesellschaft zu verneinen, weil deren Gegenstand bloß die Beteiligung an anderen Unternehmen ist.⁴⁴⁾ Die Grenzen wären im modernen Wirtschaftsleben, das unternehmerische „Tätigkeiten“ hervorbringt, die vor Jahrzehnten noch unbekannt waren, nur schwer zu ziehen.

Festzuhalten wäre somit, daß der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH in einer KG sozialversicherungsrechtlich grundsätzlich nicht anders zu behandeln ist als der GmbH-Geschäftsführer schlechthin. Dies bedeutet, daß der oben (3.1.) aufgestellte Grundsatz, der Fremdgeschäftsführer unterliege generell der Versicherungspflicht nach ASVG, auch hier gilt. Gerade im Rahmen der GmbH & Co KG sind Fälle denkbar, in denen weder die Voraussetzungen des GSVG (mangels Beteiligung an der GmbH), noch jene des § 4 Abs 2 ASVG erfüllt sein werden, so daß der Analogie besondere Bedeutung zukommt.

Ein Beispiel wäre jener Geschäftsführer, der zwar an der GmbH nicht beteiligt ist, wohl aber maßgeblich – uU als einziger Kommanditist – an der KG. Die Bejahung der ASVG-Versicherungspflicht erweckt hier zunächst gewisse Bedenken, da der Betreffende bei entsprechender Bedeutung seines Kommanditanteiles der wirtschaftlichen und oft auch der persönlichen Abhängigkeit weitgehend ermangelt,⁴⁵⁾ erscheint jedoch in Anbetracht der für Vorstandsmitglieder geltenden gesetzlichen Regelung geboten. Auch der Fall der „Drittanstellung“⁴⁶⁾ ist mE nicht anders zu behandeln. Hat daher die KG selbst den Anstellungsvertrag mit dem (Fremd-)Geschäftsführer geschlossen, so begründet dies ebenfalls die Versicherungspflicht nach ASVG.

Gewisse Modifikationen der bislang für die GmbH angestellten Überlegungen erfordern die Besonderheiten bei der GmbH & Co KG freilich doch. So kann zB die Grenze zwischen ASVG- und GSVG-Versicherungspflicht beim Gesellschafter-Geschäftsführer anders verlaufen als beim „Normalfall“ der GmbH. Bei der oben beschriebenen Konstellation wird nämlich bereits eine geringere Beteiligung, als die für eine Sperrminorität nötige, dazu führen, daß der Geschäftsführer nach GSVG versicherungspflichtig wird. Solange der – nicht die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG erfüllende – Geschäftsführer nicht an der GmbH beteiligt ist, kann das GSVG nicht zur Anwendung kommen, weshalb die oben begründete (vgl 3.1.) Analogie ihre „Auffangfunktion“ entfaltet. Besitzt der Geschäftsführer hingegen irgend eine Beteiligung⁴⁷⁾ an der GmbH, die allerdings nicht auf einer bloßen Treuhandvereinbarung beruhen darf (siehe oben 3.2.), dann kommt es gewissermaßen zum „Überspringen“ vom ASVG zum GSVG.

Wem diese Trennung willkürlich erscheint,⁴⁸⁾ der möge sich vor Augen führen, daß es die unbefriedigende und logisch inkonsi-

³⁹⁾ Eine Ausnahme besteht in § 4 Abs 1 Z 3 ASVG.

⁴⁰⁾ Dabei ist zu beachten, daß im Hinblick auf § 1004 ABGB die Tätigkeit des Rechtsanwaltes im Zweifel entgeltlich erfolgt. Bei Vereinbarung der Unentgeltlichkeit wird allenfalls zu prüfen sein, ob nicht ein überhöhtes Entgelt für die sonstige Vertretungstätigkeit wirtschaftlich als Vorteil aus dem Geschäftsführerverhältnis zu qualifizieren ist.

⁴¹⁾ Vgl Paul Doralt in Kastner-Stoll² 319 FN 56, 321, der diese Auffassung zu Recht kritisiert; weiters die Nachweise bei Heidinger-Holzer, RdW 1985, 80.

⁴²⁾ VwGH 14. 9. 1979, ARD 3183/80 = ÖJZ 1980, 500.

⁴³⁾ Vgl BMS 5. 11. 1980, ZAS 1982, 2.

⁴⁴⁾ Während im Fall der GmbH & Co KG wenigstens die Zurechnung zur KG als „mittelbarem Dienstgeber“ möglich wäre, könnte bei der an vielen Unternehmen beteiligten Holdinggesellschaft überhaupt kein sozialversicherungsrechtlicher Dienstgeber ermittelt werden.

⁴⁵⁾ AA Paul Doralt in Kastner-Stoll² 322: seine Schlußfolgerung, die persönliche Abhängigkeit eines solchen Kommanditisten wäre jedenfalls gegeben, weil dieser mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag bloß ein Mitwirkungsrecht bei außergewöhnlichen Geschäften besäße, vermischt sachliche und persönliche Abhängigkeit.

⁴⁶⁾ Dazu allg Fleck, Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 1985, 387 ff.

⁴⁷⁾ Jede noch so geringe Beteiligung genügt.

⁴⁸⁾ Der bloß mit 5% an der Gesellschaft beteiligte Geschäftsführer ist nach GSVG versichert, der – wirtschaftlich durchaus vergleichbare – Fremdgeschäftsführer hingegen nach ASVG.

stente Regelung durch den Gesetzgeber ist, der die Verantwortung dafür zugewiesen werden muß, daß dem Erfordernis der Einzelfallgerechtigkeit nicht genügend Rechnung getragen werden kann.

4. Versicherungspflicht nach GSVG auch bei ehrenamtlicher Tätigkeit?

Beachtung verdient eine vor wenigen Monaten ergangene Entscheidung des VwGH.⁴⁹⁾ In der dieser sich mit der Frage zu beschäftigen hatte, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH auch dann nach GSVG pflichtversichert ist, wenn er seine Tätigkeit unentgeltlich ausübt.

Die Klärung dieser Frage hat keineswegs bloß akademische Bedeutung, weil es etwa im Konzernbereich nicht so selten vorkommt, daß (leitende) Angestellte einer Muttergesellschaft unentgeltlich in einer Tochtergesellschaft als Geschäftsführer arbeiten oder unternehmens- bzw. konzernfremde Personen (zB Rechtsanwalt) unentgeltlich eine solche Funktion übernehmen. Ist der Betreffende an der GmbH – wenn auch ganz geringfügig und nicht bloß treuhänderisch – beteiligt und nicht deren Arbeitnehmer,⁵⁰⁾ wird das Problem aktuell.

In dem vom VwGH entschiedenen Fall handelte es sich um einen Bürgermeister, welcher als ehrenamtlicher Geschäftsführer eines in der Rechtsform einer GmbH betriebenen, (angeblich) gemeinnützigen Unternehmens bestellt und an der GmbH beteiligt war.

Den aufgezeigten Fallkonstellationen ist der Umstand gemeinsam, daß die Beteiligten (insbes der Gesellschafter-Geschäftsführer) meist keinerlei Interesse an einer Einbeziehung in das GSVG haben, da regelmäßig eine anderweitige soziale Sicherung vorliegt.

Der VwGH erachtete im vorliegenden Fall die Unentgeltlichkeit der Geschäftsführertätigkeit als unbeachtlich und wischte die gegenteilige Rechtsmeinung der 1. Instanz (LH von Tirol) mit recht knappen Worten vom Tisch. Die Geschäftsführereigenschaft, so der VwGH, sei ein „formalisiertes Merkmal der Versicherungspflicht“; besondere Vereinbarungen im Innenverhältnis hätten keine Relevanz. Ebenso sei es unerheblich, ob die Gesellschaft im fraglichen Zeitraum einen Gewinn erzielt habe, weil es allein auf die Kammermitgliedschaft ankomme.

Diesen Ausführungen kann nicht beigespflichtet werden. Zwar ist es grundsätzlich richtig, daß sowohl Geschäftsführereigenschaft als auch Kammermitgliedschaft „formalisierte Merkmale“ der Versicherungspflicht sind und daß das GSVG, anders als § 4 Abs 2 ASVG, nicht ausdrücklich die Entgeltlichkeit des Rechtsverhältnisses verlangt, doch übersieht der VwGH, daß das GSVG gemäß dessen § 1 „die Kranken- und Pensionsversicherung der im Inland in der gewerblichen Wirtschaft selbständig **Erwerbstätigen** . . .“ regelt.⁵¹⁾ Unter „Erwerbstätigkeit“ bzw. „gewerblicher“ Tätigkeit wird aber nur eine auf Gewinn- oder zumindest Einnahmenerzielung gerichtete Tätigkeit⁵²⁾ verstanden.

⁴⁹⁾ VwGH 21. 4. 1986, ARD 3829/1986 = RdW 1986, 282.

⁵⁰⁾ Ersteres kann zB nach Gründungen von (Tochter-)Gesellschaften der Fall sein, da das österr GmbHG – im Gegensatz zu jenem in der BRD – keine Einmann-GmbH-Gründungen kennt (in der Praxis bedient man sich freilich idR der Treuhandlösung); letzteres ist zumindest bei unternehmensfremden Personen (Firmenanwalt) evident.

⁵¹⁾ Ebenso schon § 1 Abs 1 GSPVG 1957.

⁵²⁾ Vgl die Legaldefinition in § 2 Abs 1 2. Satz UstG, welche durch § 2 Abs 5 Z 2 UstG allerdings eingeschränkt wird; dazu

Das Höchstgericht ging auf diesen bereits von der 1. Instanz aufgezeigten Umstand zu Unrecht überhaupt nicht ein. Es trat auch nicht der vom BMS als belangter Behörde vertretenen Rechtsansicht entgegen, ein solcherart verstandener Begriff der „Erwerbstätigkeit“ könne zwar im Bereich des Handelsrechtes Anwendung finden, sei im Sozialversicherungsrecht aber ohne Bedeutung. Diese Ansicht entbehrt nämlich jeder rechtlichen Grundlage und steht schon mit dem – pikanterweise gerade vom VwGH gelegentlich und jüngst wieder hervorgehobenen – anerkannten Grundsatz in Widerspruch, daß Begriffe, die an mehreren Stellen der Rechtsordnung verwendet werden, mangels gegenteiliger Anordnung gleich auszulegen sind (Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtssprache).⁵³⁾ Eine solche Anordnung oder bloß Anhaltspunkte dafür fehlen aber völlig.

Wahrscheinlich teilte der VwGH diese Meinung des BMS nicht, sondern leitete seine deren Ergebnis billigende Entscheidung daraus ab, daß § 1 GSVG seiner Ansicht nach keine normative, sondern bloß programmatische Bedeutung besitze.⁵⁴⁾ Diese Auffassung hätte aber zumindest offen ausgesprochen und begründet werden müssen; dies umso mehr, als sie auf Entstehungsgeschichte und Zweck der Selbständigensozialversicherung nicht gestützt werden kann.

Die Materialien zur 25. Novelle des GSPVG,⁵⁵⁾ deren Art I Z 1 (= § 2 Abs 1 Z 3 GSPVG) die Vorgängerbestimmung des § 2 Abs 1 Z 3 GSVG war, halten vielmehr fest, daß „sie (dh die Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH) **Einkünfte** in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer und als Gesellschafter auf Grund ihrer Kapitaleinlage beziehen. Da die Pflichtversicherung erst bei Erfüllung der Tatbestandsmerkmale Geschäftsführertätigkeit und Gesellschaftsverhältnis eintritt, ergibt sich daraus, daß zur Ermittlung der Beitragsgrundlage sowohl die Einkünfte aus der Geschäftsführertätigkeit als auch aus dem Gesellschaftsverhältnis (auf Grund der Kapitaleinlage) heranzuziehen sind.“⁵⁶⁾

Diese Überlegungen treffen selbstverständlich weder beim ehrenamtlich als Geschäftsführer tätigen Bürgermeister bzw. berufsmäßigen Parteienvertreter noch auf den leitenden Angestellten einer Muttergesellschaft zu, welcher in Befolgung einer konzernrechtlichen Verpflichtung als Gesellschafter-Geschäftsführer eines Tochterunternehmens

Dorait-Ruppe, Steuerrecht I² 268f; vgl weiters § 1 Abs 2 GewO; *Brüggemann* in Staub⁴ GK HGB Rdz 9 § 1 mwN zur Auslegung des Begriffes „Handelsgewerbe“; *Brüggemann* aaO Rdz 10f betont andererseits durchaus zutreffend, daß „Gemeinnützigkeit“ die Gewinnerzielungsabsicht nicht schlechthin ausschließt, kommunale Versorgungsbetriebe daher durchaus Kaufmannseigenschaft besitzen könnten.

⁵³⁾ VwGH 14. 1. 1985 84/12/0063, ZFVB 1985/4/1363; ähnlich VwGH 29. 10. 1980 570/80, ZFVB 1981/6/1631 mwN.

⁵⁴⁾ In eine derartige Richtung deutet auch das Erk des VwGH v 30. 6. 1983 (vgl FN 35), in welchem der VwGH – wenn auch nur als obiter dictum – meinte, daß bei den nach § 1 GSVG versicherten selbständig Erwerbstätigen in der gewerblichen Wirtschaft gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GSVG das Merkmal einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch das Erfordernis der Kammermitgliedschaft „abgedeckt“ werde.

⁵⁵⁾ BGBl 619/1977.

⁵⁶⁾ EB RV 642 BlgNR XIV. GP 6f; vgl auch bereits die EB zur RV des GSPVG 343 BlgNR VII. GP 50, wo die Einbeziehung der vertretungsbefugten Gesellschafter „gewisser juristischer Personen“ (damals noch nicht der GmbH) damit begründet wurde, daß sie „nicht bloß als Vermögensinhaber, sondern als selbständig im Erwerbsleben Tätige anzusehen sind und als solche ebenfalls eines sozialversicherungsrechtlichen Schutzes bedürfen“.

mens tätig wird und aus dieser Tätigkeit keinerlei Einkommen bezieht. In all diesen Fällen besteht überdies auch kein Bedürfnis nach einer sozialen Absicherung, weil der genannte Personenkreis typischerweise anders versichert ist.

Die vom Gesetz getroffene Anknüpfung an die Kammermitgliedschaft ergibt sich daraus, daß das GSVG primär die selbständig Erwerbstätigen in der gewerblichen Wirtschaft erfaßt,⁵⁷⁾ was aber nichts daran ändert, daß der in die Pflichtversicherung einbezogene Personenkreis jedenfalls erwerbstätig, dh in der Absicht tätig sein muß, einen Gewinn bzw wirtschaftlichen Ertrag zu erzielen. Da, wie gesagt, zum beitragspflichtigen Entgelt sowohl die Einkünfte aus der Geschäftsführertätigkeit, als auch jene aus dem Gesellschaftsverhältnis zu zählen sind, schließt die bloße Unentgeltlichkeit des Geschäftsführerverhältnisses die Versicherungspflicht nach GSVG noch nicht aus. Erforderlich ist vielmehr zusätzlich, daß entweder das von der GmbH betriebene Unternehmen nicht auf Gewinn gerichtet ist bzw von vornherein keine Ausschüttungen an seine Gesellschafter vornimmt oder der Gesellschafter-Geschäftsführer in concreto aus seinem Geschäftsanteil keinen Gewinn beziehen kann (nicht bloß wegen wirtschaftlich schlechter Situation tatsächlich nicht bezieht). Letzteres ist zB dann denkbar, wenn den Gesellschafter-Geschäftsführer eine konzernrechtliche Abführungspflicht trifft. Abzustellen ist somit darauf, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer – denn um seine Versicherungspflicht geht es – einer „Erwerbstätigkeit“ nachgeht, nicht, ob sein Unternehmen (die Gesellschaft) diese Voraussetzungen erfüllt. Beides kann, wie gezeigt, durchaus auseinanderfallen.

Festzuhalten ist daher, daß die Kammermitgliedschaft (der GmbH) im Hinblick auf § 1 GSVG sowie den Regelungszweck des Gesetzes ein notwendiges, jedoch kein ausreichendes Kriterium der Versicherungspflicht ist.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß § 2 Abs 1 Z 1 GSVG jedenfalls Kammermitglieder (sofern es sich um physische Personen handelt) ohne weitere Voraussetzung in die Pflichtversicherung einbezöge und § 2 Abs 1 Z 2 und 3 GSVG allein die Funktion hätten, bei Vorliegen einer juristischen Person jene physischen Personen der Versicherungspflicht zu unterwerfen, welche die wirtschaftlichen Nutznießer der juristischen Person seien (vgl FN 24). Auch für das Vorliegen der Versicherungspflicht nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG muß vielmehr geprüft werden, ob der Betreffende einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Muß dies verneint werden, so besteht keine Versicherungspflicht. In diesen – sicherlich überaus seltenen – Fällen wird auch die Kammermitgliedschaft in aller Regel zu Unrecht bestehen, weil das HKG (vgl §§ 1 Abs 1, 3 Abs 2, insbes 29 Abs 5 und 6 HKG) überwiegend an auf Gewinn gerichtete Tätigkeiten, dh in erster Linie an die Bestimmungen der GewO anknüpft.

Aus der vom VwGH gewählten Formulierung, es sei „nicht maßgebend, was im Innenverhältnis vereinbart wurde“,⁵⁸⁾ leuchtet die Befürchtung hervor, Gesellschaft und Gesellschafter-Geschäftsführer könnten durch Vorspiegelung interner Abmachungen die Versicherungspflicht umgehen.

Diese Befürchtung ist weitgehend unbegründet. Abgesehen davon, daß die Praxis lehrt, daß Geschäftsführer einer GmbH eher die Einbeziehung anstreben als bekämpfen⁵⁹⁾ und Scheingeschäfte zwecks Vermeidung der Versicherungspflicht daher die seltene

Ausnahme bilden werden, obliegt selbstverständlich dem Geschäftsführer der Beweis für die Unentgeltlichkeit seiner Tätigkeit. Dieser Beweis wird nicht schon durch Vorlage einer entsprechenden Vereinbarung als erbracht anzusehen sein (insbes dann nicht, wenn der Geschäftsführer sie kraft des Umfangs seiner Beteiligung quasi „mit sich selbst“ abgeschlossen hat), sondern erst dann, wenn zusätzliche Umstände, wie insbes das Vorliegen einer anderen Hauptbeschäftigung mit entsprechenden Einkünften, dargetan werden.

Einem letzten möglichen Einwand gilt es noch zu begegnen. Der hier vertretenen Auffassung, wonach die Kammermitgliedschaft der GmbH bestenfalls Indiz für die Versicherungspflicht nach GSVG ist, welches die Behörde aber bei entsprechendem Vorbringen bzw sonstigen Anhaltspunkten nicht der Verpflichtung enthebt, das Vorliegen einer Erwerbstätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers zu prüfen, könnte allenfalls vorgehalten werden, daß sie in bestimmten Fällen einen (unzulässigen) Eingriff in den autonomen Wirkungsbereich der gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber bedeute und zu einer „Korrektur“ der von der Interessenvertretung weisungsfrei vorgenommenen Mitgliedschaftszuordnung führe. Dort nämlich, wo entweder trotz Vorliegens einer Erwerbstätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers die Richtigkeit der Kammermitgliedschaft zweifelhaft ist oder wo die Frage auftaucht, ob eine nicht der Kammer angehörige GmbH, deren Gesellschafter-Geschäftsführer erwerbstätig ist, richtigerweise Kammermitglied sein müßte, stellt sich die Frage, ob die Behörde an das Faktum der Mitgliedschaft bzw Nichtmitgliedschaft gebunden ist oder nicht. In diesen beiden – sicher überaus seltenen – Fällen könnte die Behörde (der VwGH) allenfalls in die Lage geraten, die Gesetzeskonformität der (Nicht-)Mitgliedschaft selbst zu beurteilen. In allen anderen Fällen hingegen, dh dort, wo an der Richtigkeit der Kammermitgliedschaft der GmbH kein Zweifel besteht, der Gesellschafter-Geschäftsführer aber dennoch nicht „erwerbstätig“ ist⁶⁰⁾, ergeben sich keinerlei Konfliktmöglichkeiten mit der inneren Ordnung der gesetzlichen Arbeitgebervertretung.

Das Problem ist in erster Linie im Zusammenhang mit der Frage virulent geworden, ob der Gewerbe- oder der Industriekollektivvertrag gelten soll, wenn ein noch in der Sektion Gewerbe vertretenes Unternehmen bereits den Umfang eines Industriebetriebes (vgl § 7 GewO) erreicht hat, eine Umgruppierung innerhalb der Kammer aber (noch) nicht vorgenommen wurde. Diesbezüglich schloß sich der OGH⁶¹⁾ jüngst der Auffassung von Schrank⁶²⁾ an, wonach es dem Gericht verwehrt sei, die Frage der richtigen Fachgruppenzugehörigkeit bzw Gewerbeberechtigung selbständig zu prüfen und die Anwendung des maßgeblichen KollV ausschließlich von der tatsächlichen Einstufung des betreffenden Arbeitgebers abhängig zu machen.⁶³⁾ Auf die von Schrank bzw vom OGH für diese Ansicht ins Treffen geführten Argumente kann in

⁵⁷⁾ Daß dies ohne weiteres möglich ist, zeigt nicht bloß der Anlaßfall (FN 49); in FN 52 wurde festgehalten, daß gemeinnützige Unternehmen (Kommunalbetriebe!) durchaus von der GewO (bzw vom HGB) erfaßt sein können und gerade dort ehrenamtliche Tätigkeit häufiger vorkommen wird.

⁵⁸⁾ OGH 14 Ob 147/86 (Besprechung von Petrovic in einem der nächsten Hefte der ZAS).

⁵⁹⁾ Schrank, Kollektivvertragsangehörigkeit und Handelskammermitgliedschaft: Dargestellt am Beispiel der Industrie-Kollektivverträge, ZAS 1978, 129ff.

⁶⁰⁾ Anders noch LG Linz, Arb 6583; ArbG Kitzbühel, ZAS 1978, 150ff. Möglich, wenn auch nicht häufig, ist auch eine schlichtweg falsche Branchenzuordnung durch die Kammer (vgl Schrank, ZAS 1978, 130 FN 6).

⁵⁷⁾ Der Begriff wurde vom HKG übernommen.

⁵⁸⁾ Vgl auch BMS 8.7.1981, SVSlg 28.359 = Linseder-Teschner FN 11 zu § 2 GSVG.

⁵⁹⁾ Vgl Paul Doralt in Kastner-Stoll 321.

diesem Rahmen selbstverständlich nicht detailliert eingegangen werden; bemerkt sei lediglich folgendes:

ME sind gegen die Auffassung von *Schrank* bzw des OGH doch Bedenken angebracht.⁶⁴⁾ Es ist nämlich nicht ganz einsichtig, warum in der (gerichtl./verwaltungsbehördl) Überprüfung der richtigen Mitgliedschaftszuordnung durch die Kammer ein unzulässiger Eingriff in den selbständigen Wirkungsbereich derselben bzw eine unzulässige „Fiktion“⁶⁵⁾ zu erblicken sein soll, wenn sich diese Überprüfung lediglich auf die selbständige Entscheidung einer Vorfrage ohne Bindung über den konkreten Fall hinaus und selbstverständlich ohne dadurch bewirkte Änderung/Zuerkennung/Aberkennung der Mitgliedschaft als solcher beschränkt. In der Tat handelt es sich mE primär um ein Vorfragenproblem, welches nach den dafür geltenden Regeln zu lösen ist.⁶⁶⁾ Niemand würde zB auf die Idee kommen, ein Strafverfahren, in dem die Frage der Erschleichung bzw Anmaßung einer bestimmten Qualifikation, welche die Mitgliedschaft in einer als Selbstverwaltungskörper konstituierten Interessenvertretung nach sich zieht,⁶⁷⁾ als Vor- oder Hauptfrage zu beurteilen ist, als unzulässigen Eingriff in deren Autonomie anzusehen.

Die Sozialversicherungspflicht nach GSVG ist ebenso wie die Anwendung des (richtigen) KollV eine Außenwirkung der Kammermitgliedschaft, welche schon aus Rechtsschutzwägungen einer Kontrolle zugänglich sein muß. Das dagegen mögliche Argument der Rechtssicherheit, welches für die Maßgeblichkeit der tatsächlichen (Nicht-) Mitgliedschaft spräche, ist zwar an sich durchaus gewichtig (insbes im Fall der Abgrenzung zwischen handwerksmäßig und industriemäßig betriebenen Gewerbe), kann mE aber das Ergebnis von *Schrank* nicht tragen. Rechtssicherheit, welche darin besteht, einen Zustand der Rechtswidrigkeit⁶⁸⁾ aufrechtzuerhalten, ist wohl ein Gut von sehr zweifelhaftem Wert.⁶⁹⁾

Für den hier betrachteten Fall der Prüfung der GSVG-Versicherungspflicht ist auch das von *Schrank* ins Treffen geführte Argument der Wahrung der Gegnerunabhängigkeit⁷⁰⁾ irrelevant, da eine mögliche Einflußnahme auf die Mitgliedschaft bzw Willensbildung der gesetzlichen Arbeitgebervertretung keinem Arbeitnehmer eröffnet würde, sondern dem als selbständig geltenden Gesellschafter-Geschäftsführer.⁷¹⁾

Schließlich muß man sich noch die gleichheitswidrigen Konsequenzen der Auffassung des VwGH vor Augen führen. Vorstandsmitglieder, welche, zB konzernrechtlich bedingt, unentgeltlich tätig sind, unterliegen auch in Anbetracht ihrer durch § 4 Abs 3 Z 10 erfolgten Einbeziehung

⁶⁴⁾ Gegen *Schrank* allg *Schwarz*, Zur Kollektivvertragsangehörigkeit von Arbeitgebern als Mitglieder gesetzlicher Interessenvertretungen, öRdA 1986, 379ff.

⁶⁵⁾ So *Schrank*, ZAS 1978, 133.

⁶⁶⁾ So offenbar auch *Schwarz*, öRdA 1986, 485; grundlegend zur Vorfragenproblematik *Kralik*, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953).

⁶⁷⁾ ZB Betrugsprozeß gegen einen „Arzt“, der mit Hilfe gefälschter Zeugnisse tätig wurde.

⁶⁸⁾ Eklatant ist dies bei unrichtiger Branchenzuordnung.

⁶⁹⁾ Krit zum Gewicht des häufig als letzter Ausweg gebrauchten Rechtssicherheitsarguments *Wiedemann*, Rechtssicherheit – ein absoluter Wert? Gedanken zum Bestimmtheitsfordernis zivilrechtlicher Tatbestände, FS Larenz (1973), 199ff (211 ff); vgl auch *Herzog* in Maunz–Dürig–Herzog–Schalz, GK-GG Rdz 61 zu Art 20, der betont, daß das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit dem Prinzip der Rechtssicherheit gleichrangig gegenüberstehe.

⁷⁰⁾ Vgl *Schrank*, ZAS 1978, 137f.

⁷¹⁾ Allg krit gegen das Argument der Gegnerunabhängigkeit aber *Schwarz*, öRdA 1986, 389.

in das ASVG der Versicherungspflicht nicht,⁷²⁾ was sachlich in keiner Weise zu rechtfertigen ist. Darüber hinaus müßte die vom VwGH zugrunde gelegte Ansicht, konsequent fortgeführt, gerade in den konzernrechtlichen Drittanstellungsfällen (aber eben nur für den Geschäftsführer, nicht für Vorstandsmitglieder) dazu führen, daß eine Erwerbstätigkeit zweimal Versicherungs- und Beitragspflicht auslöst. Der Betreffende wäre als (leitender) Angestellter der Muttergesellschaft nach ASVG versichert und als – diesbezüglich unentgeltlich tätiger – Gesellschafter-Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft nach GSVG. Dies bedeutete geradezu eine Perversion des Prinzips der Mehrfachversicherung, welches ja davon ausgeht, daß zwei oder mehrere (Erwerbs-)Tätigkeiten vorliegen⁷³⁾ und nicht ein und dieselbe Erwerbstätigkeit gewissermaßen unter zwei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet wird.⁷⁴⁾

Dem Verfasser ist bislang nicht bekannt geworden, daß die Verwaltung eine derartige Praxis entfaltet hätte, was aber nicht darüber hinwegtäuschen kann, daß der vom VwGH vorgezeichnete Weg theoretisch dorthin münden müßte.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Position des VwGH, es komme für die GSVG-Versicherungspflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH nur auf die Kammermitgliedschaft der letzteren an und nicht darauf, ob der Geschäftsführer überhaupt eine Erwerbstätigkeit ausübe, weder mit dem Buchstaben des Gesetzes noch mit dessen Sinn und Zweck in Einklang steht und daher nochmals gründlich⁷⁵⁾ überdacht werden sollte.

5. Ergebnisse

Abschließend sollen die wichtigsten Ergebnisse des vorstehenden Beitrages kurz zusammengefaßt werden:

⁷²⁾ Auch die durch § 4 Abs 3 Z 1 bis 10 ASVG den Dienstnehmern gleichgestellten Personen sind nach ASVG nur dann versichert, wenn sie entgeltlich tätig werden, was zwar nur bei einigen Tatbeständen klar formuliert ist, angesichts des Zweckes der Gleichstellung aber jedenfalls generell gelten muß.

⁷³⁾ Zum Prinzip der Mehrfachversicherung allg *Tomanil*, Sozialversicherungsrecht³ 54, 57; im Rahmen des GSVG ist das Prinzip der Mehrfachversicherung nur in der Pensionsversicherung verwirklicht; in der Krankenversicherung gilt hingegen das Subsidiaritätsprinzip (vgl § 4 Abs 2 Z 3 GSVG).

⁷⁴⁾ Vom Prinzip der Mehrfachversicherung in der Pensionsversicherung nach GSVG normiert allerdings § 4 Abs 3 Z 2 GSVG eine Ausnahme. Nach dieser Bestimmung sind Personen, die auf Grund der die Pflichtversicherung nach GSVG begründenden Erwerbstätigkeit bereits der Pflichtversicherung in der PV nach ASVG unterliegen, für die Dauer dieser Pflichtversicherung von der Pensionsversicherungspflicht nach GSVG ausgenommen. Fraglich ist aber, ob diese etwas unklare Bestimmung (*Mayr*, FS Floretta 774) in den konzernrechtlichen Drittanstellungsfällen bei Zugrundelegung der Meinung des VwGH eine Doppelversicherung zu verhindern imstande wäre, weil man – wenn auch mE zu Unrecht – uU den Standpunkt vertreten könnte, es handle sich gar nicht um **eine** Tätigkeit. Der durch die 3. GSVG-Novelle eingefügte 2. Halbsatz in § 2 Abs 1 Z 3 GSVG, welcher für den Regelfall die bis dahin auftretenden Doppelversicherungsprobleme beseitigte (*Mayr*, FS Floretta 774), könnte bei der konzernrechtlichen Drittanstellung die Doppelversicherung nicht verhindern, weil der Angestellte der Muttergesellschaft nicht auf Grund der Beschäftigung als Geschäftsführer nach ASVG versichert ist (diese Funktion bekleidet er ja nur bei der Tochtergesellschaft).

⁷⁵⁾ Die eigentliche „Begründung“ der VwGH-Entscheidung vom 21. 4. 1986 umfaßt ganze 17 Zeilen!

a) Durch § 4 Abs 3 Z 10 ASVG schuf der Gesetzgeber der 37. ASVG-Novelle einen Wertungswiderspruch im Recht der gesetzlichen Sozialversicherung für Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen, welcher durch Analogie zu beseitigen ist.

b) Diese Analogie führt zu dem Ergebnis, daß der Fremdgeschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unabhängig davon, ob er die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ASVG erfüllt, nach ASVG pflichtversichert ist.

c) Entgegen der offenbar überwiegend vertretenen Lehre und Rsp ist der – wenn auch hauptberuflich tätige – Fremdgeschäftsführer keinesfalls immer Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG. Bei der Prüfung der (sozialversicherungsrechtlichen, aber auch arbeitsrechtlichen) Dienstnehmereigenschaft des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH ist, anders als dies der VwGH überwiegend tut, nicht allein auf die mögliche Beeinflussung der Willensbildung in der Gesellschaft durch den Geschäftsführer abzustellen.

d) Ein bloß treuhänderisch an der Gesellschaft beteiligter Geschäftsführer ist – die Offenlegung des Treuhandverhältnisses vorausgesetzt – nicht nach GSVG versichert, sondern wie ein Fremdgeschäftsführer zu behandeln, was bedeutet, daß er bei entgeltlicher Tätigkeit nach ASVG versichert ist.

e) Die dargestellten Grundsätze gelten auch für die GmbH & Co KG, wobei allerdings die „Beteiligungsgrenze“, welche für die Trennung von ASVG- und GSVG-Versicherungspflicht von Bedeutung ist, unter gewissen Voraussetzungen (zB Geschäftsführer ist auch Kommanditist) niedriger angesetzt werden muß.

f) Die Auffassung des VwGH, auch ein bloß ehrenamtlich (dh unentgeltlich) tätiger Gesellschafter-Geschäftsführer unterläge der GSVG-Versicherungspflicht, sofern nur die GmbH selbst Mitglied der Kammer der gewerblichen Wirtschaft ist, muß abgelehnt werden. Es kommt vielmehr zusätzlich darauf an, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer „erwerbstätig“ iSd § 1 GSVG ist. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn er weder aus seiner Geschäftsführertätigkeit noch kraft der Kapitalbeteiligung Einkünfte erzielt.

Entscheidungen Nr 19–21

19

§ 1154b ABGB (§ 8 AngG) – Krankheitsbegriff, Arbeitsunfähigkeit

Leitsätze:

Die arbeitsrechtliche Bedeutung einer Krankheit ist von der durch sie bewirkten Arbeitsunfähigkeit abhängig.

Eine Krankheit muß nicht immer Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben, zumal für den arbeitsrechtlichen Krankheitsbegriff (anders als nach § 120 ASVG) die Notwendigkeit der Krankenbehandlung nicht unerläßliches Tatbestandsmerkmal ist.

Auf ärztliche Bescheinigungen, die erst nachträglich und auf Grund einer übertriebenen Schilderung der Beschwerden ausgestellt wurden, kann sich der AN nicht berufen.

§ 27 Z 4 AngG – Unterlassen der Dienstleistung

Ein AN in ungekündigter Stellung darf zur Vorstellung im Rahmen der Bewerbung um einen anderen Posten nur seine Freizeit oder einen Urlaub heranziehen.

OGH 3. 6. 1985, 4 Ob 59/85; LG Graz 8. 1. 1985, 2 Cg 60/84; AG Graz 29. 6. 1984, 3 Cr 10/83.

Die Kl wurde von der Bekl entlassen. Sie begehrte rückständigen Lohn, Sonderzahlungen, Kündigungs- und Urlaubsschädigung. Bereits vor dem zur Entlassung führenden Vorfall hat sie die Bekl mehrere Male über Gründe von Dienstverhinderungen unrichtig informiert. Zuletzt rief die Kl am 2. 3. 1981 abends bei der Schwiegermutter der Bekl an und teilte dieser mit, sie habe ein Telegramm erhalten, wonach ihre Schwägerin nach einem schweren Unfall in Italien im Spital liege. Sie müsse ihre Schwägerin besuchen und werde sich am nächsten Tag von Italien telephonisch melden. Auch dieser behauptete Dienstverhinderungsgrund entsprach jedoch nicht den Tatsachen. Am 2. 3. 1981 litt die Kl vielmehr an einem entzündeten Hühnerauge. Sie sagte davon weder zur Bekl, noch zu deren Schwiegermutter etwas. Auch als sich die Kl am 5. 3. 1981 bei der Bekl telephonisch meldete und behauptete, wieder von Italien zurück zu sein, erwähnte sie von diesen Beschwerden nichts und sagte, sie werde wieder ins

Geschäft kommen. Die Bekl erwiderte, sie brauche nicht mehr kommen, sie sei bereits abgemeldet. Erst nach der Entlassung begab sich die Kl in ärztliche Behandlung und erwirkte Bestätigungen über ihre Arbeitsunfähigkeit. Den Ärzten schilderte sie ihre Beschwerden bewußt übertrieben. Im Verfahren konnte nicht mehr festgestellt werden, ob die Kl durch die Beschwerden am Hühnerauge so beeinträchtigt war, daß sie ihre Arbeit nicht hätte ausüben können. Die Kl stellte schließlich außer Streit, vom 2. bis 5. 3. 1981 nicht in Italien gewesen zu sein und behauptete zuletzt, sich im Rahmen der Bewerbung um einen Posten bei der Fa. S. in B. vorgestellt zu haben.

Das Erstger hielt die Entlassung für gerechtfertigt und sprach der Kl an entlassungsunabhängigen Ansprüchen aus dem laufenden Dienstverhältnis S 15.449,84 sA zu, während es das Mehrbegehren von S 42.603,06 sA abwies. Das BerGer gab nur der Berufung der Bekl teilweise, nicht aber jener der Kl Folge, sprach der Kl – nach Klageeinschränkung – S 11.879,86 brutto sA zu und wies ein Mehrbegehren von S 43.340,72 sA ab.

Der OGH wies die Revision der Kl ab.

Entscheidungsgründe:

Die Revisionswerberin behauptet das Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes des § 477 Abs 1 Z 9 (§ 503 Abs 1 Z 1) ZPO, weil das Urteil des BerGer mit sich selbst in Widerspruch stehe und für die Entscheidung keine (nachvollziehbaren) Gründe angeführt seien. Mit der Wendung des Gesetzes, daß das Urteil mit sich selbst in Widerspruch stehe, ist aber nur ein Widerspruch im Urteilspruch selbst, nicht aber in den Gründen oder zwischen Spruch und Gründen gemeint (EvBl 1958/11 uva: Fasching, Zivilprozeßrecht, Rz 1760). Derartige Widersprüche liegen nicht vor. Widersprüche, wie sie die Revisionswerberin zwischen der Begründung des seinerzeitigen Aufhebungsbeschlusses des BerGer und dem nunmehr angefochtenen – auf einer geänderten Tatsachengrundlage beruhenden – Urteil der zweiten Instanz behauptet, können schon begrifflich den Nichtigkeitsgrund eines mit sich selbst im Widerspruch