

DGservice

Stand: Dezember 2019



GESELLSCHAFTER

Wann ist ein Dienstverhältnis möglich?

GRUNDSÄTZE
KAPITALGESELLSCHAFTEN

BESONDERHEITEN
PERSONENGESELLSCHAFTEN

VORWORT

SEHR GEEHRTE LESERINNEN UND LESER! | Viele Personen arbeiten im Rahmen von privatrechtlichen Verträgen in jenen Unternehmen mit, an denen sie eine Beteiligung halten. Inwieweit derartige Beschäftigungen der Pflichtversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz zu unterstellen sind, ist nicht immer einfach zu beantworten. Wir haben versucht, dieses schwierige Thema im folgenden Leitfaden möglichst klar und einfach darzustellen.

Der Autor

1. Auflage 2015, aktualisiert im Dezember 2019

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Für eine bessere Lesbarkeit wurden folgende Abkürzungen verwendet:

- > **AG** = Aktiengesellschaft
- > **ASVG** = Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
- > **BSVG** = Bauern-Sozialversicherungsgesetz
- > **EstG 1988** = Einkommensteuergesetz 1988
- > **GesBR** = Gesellschaft bürgerlichen Rechts
- > **GewO 1994** = Gewerbeordnung 1994
- > **GmbH** = Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- > **GSVG** = Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
- > **IE** = Insolvenz-Entgeltsicherungszuschlag
- > **IESG** = Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
- > **KG** = Kommanditgesellschaft
- > **OG** = Offene Gesellschaft
- > **OGH** = Oberster Gerichtshof
- > **UGB** = Unternehmensgesetzbuch
- > **VwGH** = Verwaltungsgerichtshof

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	2
Abkürzungsverzeichnis	2
Grundsätze	4
Kapitalgesellschaften	7
Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	7
Aktiengesellschaft (AG)	12
Personengesellschaften	16
Offene Gesellschaft (OG)	16
Kommanditgesellschaft (KG)	17
GmbH & Co KG	20
Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR)	22
Stille Gesellschaft	23
Besonderheiten	25
Ausnahmebestimmung GSVG	25
Treuhandvereinbarungen	27
Impressum	28

GRUNDSÄTZE

SYSTEMATIK | Das System der Pflichtversicherung von abhängig Beschäftigten baut grundsätzlich auf der Verschiedenheit von Dienstgeber und Dienstnehmer auf (vgl. u. a. VwGH 11.2.1997, 96/08/0009).

Kurz gesagt: Ein Dienstnehmer kann nicht gleichzeitig als sein eigener Dienstgeber fungieren.

DIENSTNEHMER | Als Dienstnehmer im Sinne des ASVG gelten hierbei Personen, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden. Ein Überwiegen dieser Merkmale gegenüber jenen der selbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit reicht dabei für den Bestand eines Dienstverhältnisses aus.

Lohnsteuerpflicht

Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist.

Ein Dienstverhältnis besteht darüber hinaus aber jedenfalls auch dann, wenn die Tätigkeit nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 des EStG 1988 der Lohnsteuerpflicht unterliegt.

Werden die Voraussetzungen für ein „klassisches“ Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht erfüllt, muss man sich im Anschluss an diese Prüfung somit auch stets mit dem steuerlichen Dienstnehmerbegriff auseinandersetzen.

DIENSTGEBER | Dienstgeber ist im Unterschied dazu immer derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird. Das bedeutet, dass er aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird.

Dies gilt auch in jenen Fällen, in denen ein Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen wird oder sein Entgelt teilweise oder ganz von dritter Stelle bekommt.

FAZIT | Grundsätzlich können an Unternehmen beteiligte Gesellschafter auf Grund der ihnen durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zukommenden Rechte und Pflichten die Geschicke des Unternehmens in unterschiedlichem Ausmaß beeinflussen.

Ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt ist demzufolge in jenen Fällen auszuschließen, in denen eine beschäftigte Person auf das Unternehmen in rechtlicher Hinsicht einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

DIENSTVERHÄLTNIS NICHT MÖGLICH | Bei manchen Gesellschaftskonstellationen besteht bereits von vornherein ein derart hoher Einfluss auf die Gestion des Unternehmens, dass im Regelfall ein Dienstverhältnis zu diesem ohne weitere Überprüfung grundsätzlich auszuschließen ist. Konkret handelt es sich um Gesellschafter einer

- > GesBR,
- > OG und
- > KG, die als Komplementäre fungieren.

Diese Gesellschafter haben grundsätzlich einen beherrschenden Einfluss auf die Betriebsführung der Gesellschaft. Sie unterliegen üblicherweise entweder der Pflichtversicherung nach dem GSVG oder dem BSVG.

Bei bestimmten Sachverhalten und bei Umgehungsverträgen (z. B. Arbeitsgesellschafter einer GesBR ohne Geschäftsführungsbefugnisse/weitreichende Einflussmöglichkeiten auf die Führung des Betriebes, von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter einer OG) können dennoch, abweichend vom vorstehend erwähnten Regelfall, Dienstverhältnisse vorliegen (vgl. VwGH 3.7.2002, 99/08/0173).

DIENSTVERHÄLTNIS MÖGLICH | Parallel zu einer bestehenden Unternehmensbeteiligung sind bei folgenden Gesellschaftsformen

Grundsatz

Ein beherrschender Einfluss auf das Unternehmen schließt grundsätzlich ein Dienstverhältnis und somit eine Pflichtversicherung nach dem ASVG aus.

Grundsatz

Die Frage, ob ein Komplementär bei Ausschluss der Vertretungs- und Weisungsbefugnis im Rahmen eines Dienstverhältnisses für die KG tätig werden kann, wurde vom VwGH bis dato nicht beantwortet.

Dienstverhältnisse möglich:

- > GmbH
- > GmbH & Co KG
- > AG
- > KG in Verbindung mit einer Beteiligung als Kommanditist.

Voraussetzung hierfür ist, dass der Gesellschafter keinen maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen auszuüben vermag und er somit nicht als „Dienstgeber“ erachtet werden muss. Die Überprüfung, ob eine derartige, einem Dienstverhältnis entgegenstehende Position im Unternehmen besteht, wird im Regelfall anhand der relevanten Gesellschaftsunterlagen (Gesellschaftsvertrag, Firmenbuch, Treuhandverträge etc.) vorgenommen.

Kann ein maßgeblicher Einfluss auf die Gestion des Unternehmens verneint werden, ist im Anschluss noch zu hinterfragen, ob die eigentliche, vom beteiligten Gesellschafter ausgeübte Tätigkeit die Kriterien eines Dienstverhältnisses erfüllt. Dies erfolgt anhand der gesetzlichen Prüfreihenfolge.

Nur wenn die Dienstnehmermerkmale (überwiegend) vorliegen, besteht auch eine Pflichtversicherung nach dem ASVG.

Organstellung

Wird ein Gesellschafter nur im Rahmen der ihm gesellschaftsrechtlich zukommenden Organstellung tätig, besteht keine Pflichtversicherung nach dem ASVG.

ORGANSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT | Ein ausschließliches organschaftliches Tätigwerden eines Gesellschafters (z. B. im Rahmen der Gesellschaftsversammlung) begründet für sich alleine allerdings noch keine Dienstnehmerstellung.

Lediglich dann, wenn Arbeiten tatsächlich über die gesellschaftsrechtlichen Rechte/Pflichten hinaus verrichtet werden (z. B. Gesellschafter einer GmbH arbeitet als Mechaniker im Unternehmen mit), kann ein Dienstverhältnis und somit eine Pflichtversicherung nach dem ASVG bestehen.

KAPITALGESELLSCHAFTEN

Kapitalgesellschaften sind juristische Personen und besitzen als solche eigene Rechtspersönlichkeit. Beispiele für Kapitalgesellschaften in Österreich sind die GmbH und die AG. Kapitalgesellschaften sind von ihren Mitgliedern losgelöst. Sie besitzen als juristische Personen ein Eigenleben, das durch ihre Organe (z. B. Vorstand bei einer AG) gestaltet wird. Die Kapitalgesellschaft ist Eigentümerin des Unternehmens. Sie ist Schuldnerin ihrer Gläubiger.

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die GmbH ist die mit Abstand weitest verbreitete Gesellschaftsform in Österreich. Sie ist eine Kapitalgesellschaft mit einem oder mehreren Gesellschaftern. Jedem Gesellschafter steht nur ein Geschäftsanteil zu, dessen Höhe durch den Gesellschaftsvertrag geregelt wird.

Als juristische Person ist die GmbH Trägerin von Rechten und Pflichten. Sie haftet unbeschränkt mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen. Eine GmbH verfügt zumindest über einen handelsrechtlichen Geschäftsführer und eine Generalversammlung.

DIENSTVERHÄLTNIS MÖGLICH? | Mittätige Gesellschafter einer GmbH unterliegen unter bestimmten Voraussetzungen der Pflichtversicherung nach dem ASVG. Die Überprüfung erfolgt in mehreren Schritten. Entsprechend der gesetzlichen Prüfreihefolge ist zunächst stets zu hinterfragen, ob die zu beurteilende Tätigkeit im Rahmen eines „klassischen“ Dienstverhältnisses nach § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG ausgeübt wird.

Ungeachtet dessen gelten als Dienstnehmer jedenfalls aber auch Personen, die nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 des EStG 1988 der Lohnsteuerpflicht unterliegen.

Prüfreihefolge

Die Überprüfung erfolgt entsprechend der gesetzlichen Prüfreihefolge in mehreren Schritten.

„KLASSISCHER“ DIENSTNEHMER | In einem ersten Schritt muss man sich der Frage widmen, ob der mittätige Gesellschafter als „klassischer“ Dienstnehmer zu qualifizieren ist. Entscheidungsrelevant ist, ob er im Hinblick auf das Ausmaß seiner Beteiligung am Stammkapital der GmbH einen maßgeblichen Einfluss auf die Gestion der Gesellschaft auszuüben vermag.

Sperrminorität

Unter Sperrminorität versteht man die Möglichkeit einer Minderheit, bei Abstimmungen einen bestimmten Beschluss zu verhindern.

Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn der jeweilige Gesellschafter mehr als 50 % am Stammkapital der GmbH hält. Bei handelsrechtlichen Geschäftsführern schließt grundsätzlich bereits eine 50%ige Beteiligung bzw. eine Sperrminorität ein „klassisches“ Dienstverhältnis aus.

Die Prüfung erfolgt anhand der bestehenden Gesellschaftsverträge. Liegt eine entsprechende Einflussmöglichkeit vor, ist ein „klassisches“ Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG grundsätzlich zu verneinen.

Beinhaltet der Gesellschaftsvertrag spezielle Abstimmungsmodalitäten (z. B. Einstimmigkeit, qualifizierte Mehrheit, besondere Regelung bezüglich Stimmgewichtung), ist eine individuelle Prüfung der Einflussmöglichkeiten des jeweiligen Gesellschafters auf die Gestion der GmbH vorzunehmen.

Ist ein „klassisches“ Dienstverhältnis mangels beherrschendem Einfluss des Gesellschafters auf die GmbH möglich, muss weiters geklärt werden, ob die jeweilige Tätigkeit in einem (überwiegenden) Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt erfolgt.

Liegen die Dienstnehmermerkmale (persönliche Arbeitsverpflichtung, Weisungsgebundenheit etc.) vor, ist eine Anmeldung als Dienstnehmer zu erstatten.

LOHNSTEUERPFLICHTIGER DIENSTNEHMER | Werden die Voraussetzungen für ein „klassisches“ Dienstverhältnis nicht erfüllt, ist weiters zu prüfen, ob auf Grund der verrichteten Tätigkeit Lohnsteuer-

pflicht besteht und auf diesem Wege eine Pflichtversicherung nach dem ASVG begründet wird.

Ein lohnsteuerpflichtiges Dienstverhältnis liegt nach dem EStG 1988 grundsätzlich dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist dann der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Bei Gesellschaftern, die an einer Kapitalgesellschaft mit nicht mehr als 25 % beteiligt sind, ist ein lohnsteuerpflichtiges Dienstverhältnis allerdings auch dann anzunehmen, wenn bei einer sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses aufweisenden Beschäftigung die Verpflichtung, den Weisungen eines anderen zu folgen, auf Grund gesellschaftsvertraglicher Sonderbestimmungen fehlt.

Eine Sperrminorität steht einem lohnsteuerpflichtigen Dienstverhältnis in diesem Fall ebenso wenig entgegen wie eine von der tatsächlichen Kapitalbeteiligung abweichende Stimmgewichtung des Gesellschafters (vgl. u. a. Lohnsteuerrichtlinien 2002, Randzahl 670).

Neben der maximal 25 % betragenden Beteiligung löst primär die Eingliederung in den Organismus des Betriebes Lohnsteuerpflicht aus. Die Eingliederung wird durch jede nach außen hin als auf Dauer angelegt erkennbare Tätigkeit hergestellt, mit welcher der Unternehmenszweck der Gesellschaft verwirklicht wird (vgl. VwGH 10.11.2004, 2003/13/0018).

Dies kommt im Rahmen der Führung des Unternehmens durch einen handelsrechtlichen Geschäftsführer (= funktionale organisatorische Einbindung) bzw. durch sonstiges operatives Wirken eines „bloßen“ Gesellschafters zum Ausdruck.

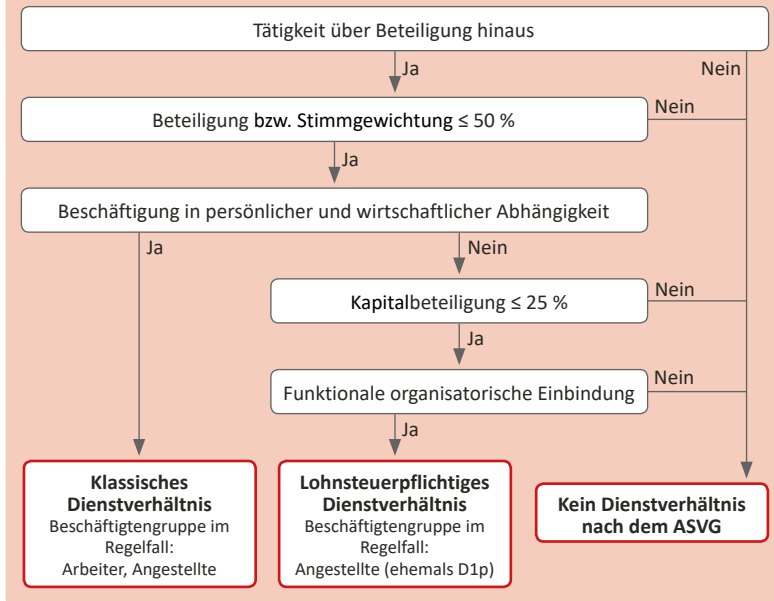
Mittätige Gesellschafter, die mit mehr als 25 % am Stammkapital beteiligt sind, beziehen Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit. Eine Pflichtversicherung nach dem ASVG besteht demzufolge nur bei Vorliegen eines „klassischen“ Dienstverhältnisses nach § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG. Liegen bei einem maximal zu 25 % beteiligten Gesellschafter keine die Weisungsgebundenheit ausschließenden gesellschaftsvertraglichen Sonderbestimmungen vor, ist zu prüfen, ob die gesamten (sozialversicherungs- bzw. einkommensteuerrechtlichen) Dienstnehmermerkmale überwiegend vorliegen.

„KEIN“ DIENSTVERHÄLTNIS | Besteht kein Dienstverhältnis, unterliegen geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH der Pflichtversicherung nach dem GSVG. Voraussetzung dafür ist, dass die GmbH Mitglied der Kammer der gewerblichen Wirtschaft ist. Sollte dies nicht der Fall sein, kann eine Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer oder subsidiär als „Neuer Selbständiger“ eintreten. Letzteres ist auch bei „bloßen“ Gesellschaftern denkbar, die nicht als Dienstnehmer zu qualifizieren sind. Die gesetzlich vorgesehene Prüfreihenfolge ist zu beachten.

BEURTEILUNG IN DER PRAXIS | In Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen und der hierzu ergangenen Judikatur wird bei der Beurteilung, ob eine Pflichtversicherung nach dem ASVG eintritt, zwischen „bloßen“ Gesellschaftern und geschäftsführenden Gesellschaftern unterschieden. Bei beteiligten gewerberechtigten Geschäftsführern ist die Prüfung der Pflichtversicherung analog der Regelung für Gesellschafter bzw. geschäftsführende handelsrechtliche Gesellschafter vorzunehmen.

Die abgebildeten Entscheidungsbäume veranschaulichen die Vorgangsweise in der Praxis.

GESELLSCHAFTER – REGELFALL

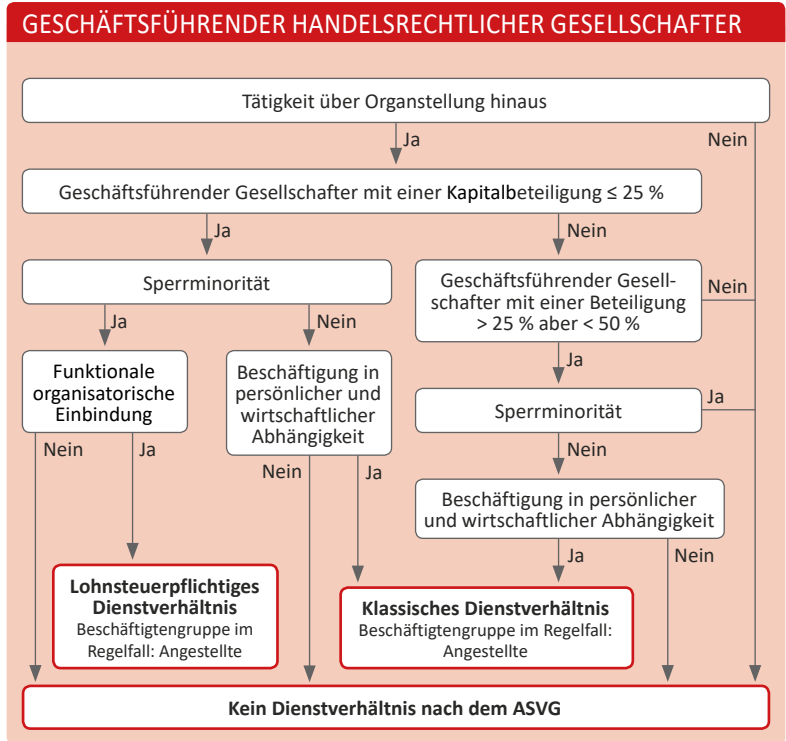


BEGINN DER PFLICHTVERSICHERUNG | Einer GmbH kommt erst ab Eintragung in das Firmenbuch eigene Rechtspersönlichkeit zu. Vor deren Protokollierung haften die Gesellschafter zu ungeteilter Hand. Angesichts dessen tritt bei „bloßen“ Gesellschaftern eine Pflichtversicherung als Dienstnehmer nach dem ASVG frühestens ab dem Tag der Eintragung der GmbH ins Firmenbuch ein.

Bei beteiligten handelsrechtlichen Geschäftsführern kann die Pflichtversicherung abweichend davon bereits ab Vorliegen eines notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrages beginnen (GmbH in Gründung). Die Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch ist bei diesem Personenkreis unbeachtlich (vgl. E-MVB 004-ABC-G-010 der Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger unter www.sozdok.at).

Spezialtatbestand

Beteiligte handelsrechtliche Geschäftsführer können schon vor Eintragung der GmbH ins Firmenbuch nach dem ASVG pflichtversicherungspflichtig sein.



Aktiengesellschaft (AG)

Bei einer AG handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft. Ihr kommt eigene Rechtspersönlichkeit zu. Die Gesellschafter sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt. Für Verbindlichkeiten der AG haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

Als juristische Person kommt der AG Dienstgebereignschaft zu. Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft nach außen obliegt ausschließlich dem Vorstand. Ob die Vorstandsmitglieder Aktien der AG halten oder nicht, ist dabei unerheblich.

DIENSTVERHÄLTNIS MÖGLICH? | Bei mittätigen Aktionären mit einer Beteiligung von maximal 50 % tritt im Regelfall eine Pflichtversicherung als „klassischer“ Dienstnehmer ein. Voraussetzung ist natürlich, dass die Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit (überwiegend) erfüllt werden.

Beschäftigte, die an der AG als Kapitalgesellschaft mit maximal 25 % beteiligt sind, unterliegen im Sinne des § 47 EStG 1988 der Lohnsteuerpflicht. Die Eingliederung in den Organismus des Betriebes reicht hierfür primär aus. Eine Pflichtversicherung als lohnsteuerpflichtiger Dienstnehmer nach dem ASVG ist die Folge.

Bei einer Beteiligung von mehr als 25 % am Grundkapital der Gesellschaft kann lediglich ein „klassisches“ Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt eine Pflichtversicherung nach dem ASVG begründen.

Übersteigt die Beteiligung des mittätigen Aktionärs 50 %, ist zu klären, ob ihm dadurch ein beherrschender Einfluss auf den Vorstand und somit auf die Geschäftsführung der AG zukommt. Trifft dies zu, ist eine Pflichtversicherung nach dem ASVG zu verneinen.

VORSTANDSMITGLIEDER | Der Vorstand einer AG hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten (vgl. § 70 Aktiengesetz). Ein „klassisches“ Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ist im Hinblick auf diese Verpflichtung auszuschließen.

Vorstandsmitglieder, die keine Aktien bzw. eine Beteiligung bis maximal 25 % an der AG halten, gelten grundsätzlich als lohnsteuerpflichtige Dienstnehmer. Voraussetzung ist eine Vereinbarung, nach der ihnen eine einem Dienstverhältnis im Sinne des EStG 1988 zu Grunde liegende Stellung zukommt (vgl. Lohnsteuerrichtlinien 2002, Randzahl 982).

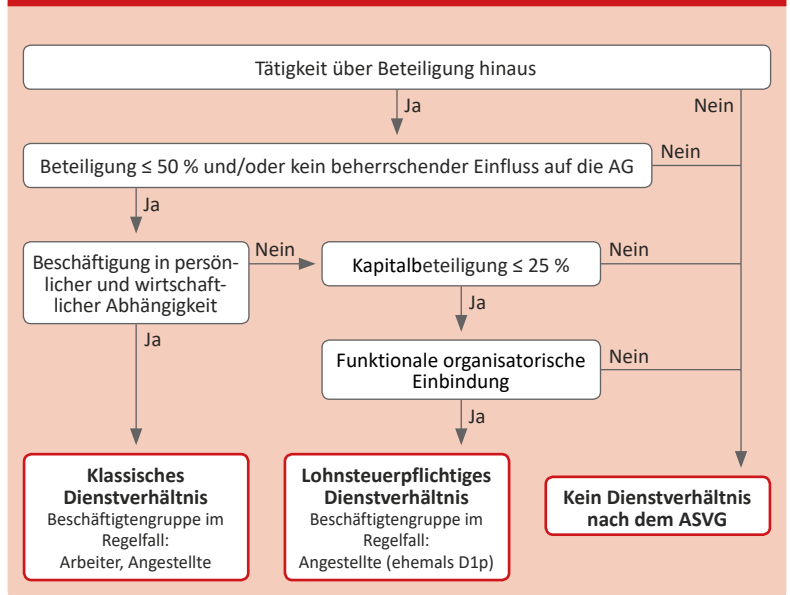
Aus Sicht der Finanzbehörde liegt in der Praxis bei den meisten Vorstandsmitgliedern Lohnsteuerpflicht vor. Diese Personengruppe fällt nicht unter den Schutzzweck des IESG, weshalb auch kein IE zu entrichten ist (vgl. OGH 24.3.2014, 8 Obs 3/14w).

Spezialtatbestand

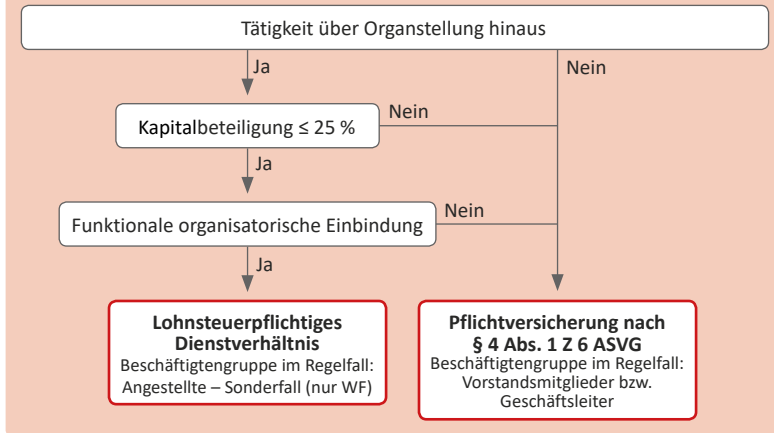
Vorstandsmitglieder einer AG, die nicht als Dienstnehmer zu qualifizieren sind, unterliegen dennoch der Pflichtversicherung nach dem ASVG.

Besteht im Einzelfall kein lohnsteuerpflichtiges Beschäftigungsverhältnis (z. B. bei einem Aktienanteil von mehr als 25 %) ist auf § 4 Abs. 1 Z 6 ASVG Bedacht zu nehmen. Entsprechend dieser Bestimmung unterliegen Vorstandsmitglieder (Geschäftsleiter) von Aktiengesellschaften, Sparkassen, Landeshypothekenbanken sowie Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und hauptberufliche Vorstandsmitglieder (Geschäftsleiter) von Kreditgenossenschaften der Pflichtversicherung nach dem ASVG. Im Unterschied zu (lohnsteuerpflichtigen) Dienstnehmern besteht für diesen Versichertenkreis allerdings keine Pflichtversicherung in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung. Der IE ist nicht zu entrichten.

GESELLSCHAFTER EINER AKTIENGESELLSCHAFT



VORSTAND EINER AKTIENGESELLSCHAFT



PERSONENGESELLSCHAFTEN

Die OG, die KG, die GesBR sowie die stille Gesellschaft haben eine Gemeinsamkeit – sie sind allesamt Personengesellschaften. Dies bedeutet, dass zumindest ein Gesellschafter mit seinem privaten Vermögen für die Verbindlichkeiten des Unternehmens haftet. Die GmbH & Co KG gehört als besondere Form einer KG ebenfalls zu den Personengesellschaften.

Im allgemeinen Sprachgebrauch sind vereinzelt auch noch die Bezeichnungen „Offene Handelsgesellschaft“ (OHG), „Offene Erwerbsgesellschaft“ (OEG) und „Kommandit-Erwerbsgesellschaft“ (KEG) erhalten geblieben. Diese Gesellschaftsformen existieren rechtlich nicht mehr. Sie wurden anlässlich des Inkrafttretens des UGB automatisch in OG bzw. KG umgewandelt.

Offene Gesellschaft (OG)

Eine OG besteht aus zumindest zwei Gesellschaftern. Diese haften persönlich, unbeschränkt, primär sowie solidarisch als Gesamtschuldner für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die OG besitzt eigene Rechtspersönlichkeit und kann demzufolge eigene Rechtsgeschäfte abschließen.

Grundsatz

Auf Grund des beherrschenden Einflusses der beteiligten Gesellschafter sind sie grundsätzlich nach dem GSVG pflichtversichert.

GESELLSCHAFTER – PFLICHTVERSICHERUNG | Angesichts dessen fungiert sie gegenüber den von ihr beschäftigten Personen als Dienstgeber. Ausgeübt wird die „Dienstgeberfunktion“ ausschließlich durch die jeweils vertretungsbefugten Gesellschafter der OG. Daher kann es insbesondere zwischen einer OG und ihrem uneingeschränkt vertretungs- und weisungsbefugten Gesellschafter keinen Dienstvertrag – und damit kein der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegendes Dienstverhältnis – geben (vgl. VwGH 24.11.2016, Ra 2016/08/0011). Gesellschafter einer OG sind angesichts dessen nach dem GSVG pflichtversichert. Dabei ist es unerheblich, ob die Gesellschaft der Wirtschaftskammer angehört.

Liegt keine Gewerbeberechtigung vor bzw. ist sie nicht erforderlich, tritt eine Versicherung als „Neuer Selbständiger“ ein. Erstreckt sich der Unternehmensgegenstand der OG hingegen auf die Führung eines land(forst)wirtschaftlichen Betriebes, besteht Pflichtversicherung nach dem BSVG.

DIENSTVERHÄLTNIS MÖGLICH? | In Ausnahmefällen ist allerdings auch eine Pflichtversicherung nach dem ASVG denkbar. Voraussetzung ist, dass der jeweilige Gesellschafter von der Vertretung und Geschäftsführung der OG vertraglich ausgeschlossen wurde (vgl. VwGH 24.11.2016, Ra 2016/08/0011).

Spezialtatbestand

In Ausnahmefällen kann auch eine Pflichtversicherung nach dem ASVG eintreten.

Eine derartige gesellschaftsrechtliche Vereinbarung führt dazu, dass ein wesentlicher Einfluss des Gesellschafters auf die Geschäftsführung der OG, welcher einer Pflichtversicherung nach dem ASVG entgegensteht, zu verneinen ist.

In einem solchen Fall ist es dem von seiner Verantwortung entbundenen Gesellschafter der OG sodann nicht möglich, die „Dienstgeberfunktion“ wahrzunehmen. Wird zudem eine Beschäftigung in einem (überwiegenden) Verhältnis von persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübt, liegt ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 2 ASVG vor (vgl. auch VwGH 24.11.2016, Ra 2016/08/0011).

Kommanditgesellschaft (KG)

Eine KG setzt sich zumindest aus einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementär) und mindestens einem lediglich mit seiner Vermögenseinlage haftenden Gesellschafter (Kommanditisten) zusammen. Wie der OG kommt auch ihr eigene Rechtspersönlichkeit zu. Die KG ist berechtigt, Rechtsgeschäfte zu tätigen und fungiert als Dienstgeber gegenüber den von ihr beschäftigten Dienstnehmern.

KOMPLEMENTÄR – PFLICHTVERSICHERUNG | Die Vertretung der Gesellschaft sowie die Geschäftsführung obliegt ausschließlich den Komplementären. Wenngleich außergewöhnliche Geschäfte zwar auch der Zustimmung des (der) Kommanditisten bedürfen, ändert dies nichts daran, dass dem Komplementär die Ausübung der „Dienstgeberfunktion“ zukommt. Ein der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegendes Dienstverhältnis eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters zur KG ist daher grundsätzlich ausgeschlossen. Wie die Gesellschafter einer OG sind auch Komplementäre einer KG nach dem GSVG bzw. dem BSVG pflichtversichert.

KOMMANDITIST – PFLICHTVERSICHERUNG | Da einem Kommanditisten nach den Bestimmungen des UGB weder die Vertretung noch die Geschäftsführung der KG obliegt, kann er ungeachtet der Höhe seiner Beteiligung im Rahmen eines Dienstverhältnisses nach dem ASVG für die KG tätig werden. Voraussetzung ist natürlich wiederum, dass die Beschäftigung (überwiegend) in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt erfolgt.

Grundsatz

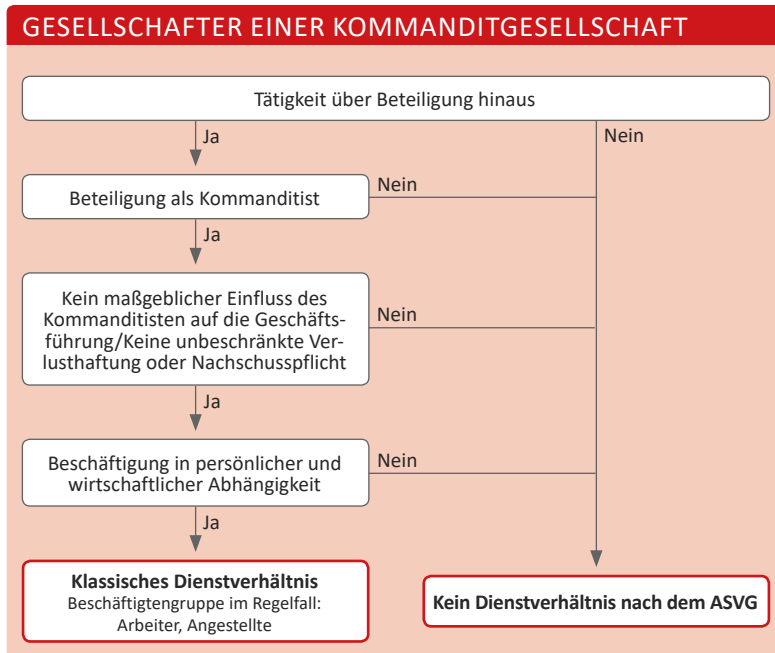
Wird der Einfluss eines in der KG aktiv tätigen Kommanditisten auf gesellschaftsrechtlicher Basis maßgeblich erweitert, ist ein Dienstverhältnis nach dem ASVG nicht mehr möglich.

Wird der Kommanditist auf gesellschaftsrechtlicher Basis allerdings mit Rechten ausgestattet, die über die ihm nach den Bestimmungen des UGB zukommenden Rechte hinausgehen (Beteiligung an der Geschäftsführung, spezielle Abstimmungsmodalitäten etc.), ist das Vorliegen eines Dienstverhältnisses anhand der Gesellschaftsunterlagen bzw. konkret getroffenen Vereinbarungen im Detail zu prüfen. Bei maßgeblicher Einflussmöglichkeit ist eine Pflichtversicherung nach dem ASVG zu verneinen.

Aktiv über ihre Beteiligung als Gesellschafter der KG hinaus tätige Kommanditisten, die auf Grund ihres Einflusses auf die Gesellschaft nicht als Dienstnehmer gemäß dem ASVG zu qualifizieren sind, unterliegen als freie Dienstnehmer bzw. subsidiär als „Neue Selbständige“ der Pflichtversicherung nach dem ASVG bzw. GSVG (vgl. VwGH 13.5.2009, 2006/08/0341).

Weiters ist es möglich, eine weitergehende Haftung des Kommanditisten im Sinne einer unbeschränkten Verlusthaftung bzw. Nachschusspflicht über die Haftenlage hinaus zu vereinbaren, was ebenfalls für eine selbständige Erwerbstätigkeit als Neuer Selbständiger spricht (vgl. VwGH 12.9.2018, Ra 2015/08/0104).

Ist der Kommanditist einer GmbH & Co KG zugleich Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der Komplementär-GmbH, tritt Pflichtversicherung als „Neuer Selbständiger“ auch ohne Mittätigkeit ein (vgl. VwGH 11.9.2008, 2006/08/0041).



GmbH & Co KG

Bei einer GmbH & Co KG handelt es sich um eine spezielle Form einer KG. Als Komplementär fungiert keine natürliche Person, sondern eine im Firmenbuch eingetragene GmbH. Diese verfügt auch über einen oder mehrere handelsrechtliche Geschäftsführer.

Die Geschäftsführung und Vertretung der KG obliegt nach den Bestimmungen des UGB grundsätzlich der GmbH bzw. den sonstigen an der KG beteiligten Komplementären.

Der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegende Dienstverhältnisse von mittätigen Gesellschaftern der GmbH & Co KG können sowohl mit der Komplementär-GmbH als auch der KG bestehen (vgl. VwGH 14.9.1979, 1304/77).

TÄTIGKEIT FÜR DIE KOMPLEMENTÄR-GMBH | Wird ein an der GmbH beteiligter Gesellschafter bzw. geschäftsführender handelsrechtlicher Gesellschafter für die Komplementär-Gesellschaft tätig, hat die Überprüfung, ob Pflichtversicherung nach dem ASVG besteht oder nicht, nach den selben Kriterien zu erfolgen, wie für „normale“ GmbH-Gesellschafter.

Dabei spielt eine etwaige weitere direkte Beteiligung des Betreffenden an der KG (z. B. als Kommanditist) keine Rolle. Neben dem Vorliegen der Dienstnehmermerkmale nach § 4 Abs. 2 ASVG ist somit lediglich zu klären, ob der Gesellschafter auf Grund seiner Beteiligung am Stammkapital der GmbH einen maßgeblichen Einfluss auf die Gestion der Komplementär-GmbH auszuüben vermag.

Denkbar ist, dass ein Kommanditist der KG Arbeiten im Rahmen eines Dienstverhältnisses für die Komplementär-GmbH verrichtet, an der er keine Beteiligung hält.

TÄTIGKEIT FÜR DIE KG | In jenen Fällen, in denen ein an der Komplementär-GmbH beteiligter Gesellschafter durch die KG beschäftigt wird, ist ebenfalls zu hinterfragen, ob ihm ein maßgeblicher Einfluss auf die KG zukommt. Hier ist zunächst seine Stellung innerhalb der GmbH zu beurteilen. Als Komplementär der Personengesellschaft nimmt diese die Vertretung und die Geschäftsführung der KG wahr, weshalb der GmbH grundsätzlich „Dienstgeberfunktion“ zukommt.

Kommt dem GmbH-Gesellschafter auf Grund seiner Beteiligung und den Abstimmungsmodalitäten in der GmbH keine bestimmende Rolle zu, besteht bei Vorliegen der Dienstnehmerkriterien Pflichtversicherung nach dem ASVG. Bei der anzustellenden Prüfung gelten wiederum die bereits dargelegten Kriterien für GmbH-Gesellschafter.

BETEILIGUNG AN DER KG | Eine etwaige zusätzliche Beteiligung an der KG (z. B. Gesellschafter der GmbH und Kommanditist) ist ebenfalls zu berücksichtigen. Dies vor allem dann, wenn die Beteiligung an der KG gesellschaftsvertraglich mit Rechten verbunden ist, die dem Kommanditisten (neben der Komplementär-GmbH) eine Beteiligung an der Geschäftsführung der KG ermöglichen. Es ist unerheblich, wie oft von dieser Befugnis Gebrauch gemacht wird.

Gleiches gilt, wenn

- > eine weitergehende Haftung des Kommanditisten im Sinne einer unbeschränkten Verlusthaftung bzw. Nachschusspflicht über die Haftungseinlage hinaus vereinbart wurde oder
- > ein Kommanditist zwar nicht an der GmbH beteiligt ist, aber an der Geschäftsführung des Komplementärs nachhaltig mitwirken kann.

Prüfreihenfolge

Wird ein an der Komplementär-GmbH beteiligter Gesellschafter durch die KG beschäftigt und hat dieser keinen maßgeblichen Einfluss, erfolgt die Überprüfung nach den Kriterien für GmbH-Gesellschafter.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR)

Eine GesBR besteht aus zwei oder mehreren natürlichen bzw. juristischen Personen. Sie dient entsprechend dem jeweils abgeschlossenen Vertrag dem gemeinschaftlichen Erwerb der an ihr beteiligten Gesellschafter. Nehmen die Gesellschafter im Namen der GesBR am Rechtsverkehr teil, spricht man von einer Außengesellschaft. Ist dies nicht der Fall, liegt eine Innengesellschaft vor.

Anders als bei Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) ist anlässlich der Gründung einer GesBR keine Mindesteinlage erforderlich. Die einzelnen Gesellschafter verpflichten sich lediglich vertraglich, ihre Arbeitskraft und/oder Vermögenswerte (Geld, Sachwerte etc.) zum gemeinsamen Nutzen einzubringen. Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges vorsieht, obliegt die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinsam.

Grundsatz

Der GesBR kommt keine Rechtspersönlichkeit und somit keine Dienstgeber-eigenschaft zu.

Einer GesBR kommt im Unterschied zu anderen Gesellschaftsformen keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Demzufolge kann sie als solche keine Rechtsgeschäfte abschließen, weshalb ihr auch keine Dienstgeber-eigenschaft zukommt.

Achtung: Wird eine Person z. B. im Rahmen eines Dienstverhältnisses direkt von der GesBR (Außengesellschaft) beschäftigt, fungiert jeder einzelne Gesellschafter als Dienstgeber.

In der Praxis werden GesBR vor allem für Zwecke einer befristeten Kooperation der an ihr beteiligten Gesellschafter gegründet.

GESELLSCHAFTER – PFLICHTVERSICHERUNG | Die Frage, ob bzw. nach welcher Rechtsgrundlage eine Pflichtversicherung eintritt, stellt sich grundsätzlich nur dann, wenn es sich bei einem oder mehreren Gesellschaftern der GesBR um natürliche Personen handelt.

Da den einzelnen Gesellschaftern, mangels Rechtspersönlichkeit der GesBR, Dienstgebereignenschaft zukommt, sind diese Personen im Regelfall als Inhaber einer Gewerbeberechtigung bzw. als „Neue Selbständige“ nach dem GSVG pflichtversichert. Im land- und forstwirtschaftlichen Bereich besteht Pflichtversicherung nach dem BSVG.

DIENSTVERHÄLTNIS MÖGLICH? | Unter bestimmten Voraussetzungen ist allerdings auch eine Pflichtversicherung nach dem ASVG möglich. Dies betrifft vor allem jene Konstellationen, in denen einem Arbeitsgesellschafter einer GesBR keine Geschäftsführungsbefugnisse oder weitreichenden Einflussmöglichkeiten auf die Führung des Betriebes zukommen. Die im ASVG normierten Dienstnehmermerkmale müssen in derartigen Fällen vorliegen. Als Dienstgeber tritt der jeweils andere Gesellschafter auf.

Spezialtatbestand

Ist ein Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, ist eine Pflichtversicherung nach dem ASVG möglich.

Ein „Fremdgeschäftsführer“ – sprich eine Person, die nicht an der GesBR beteiligt ist – unterliegt bei Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt und/oder Lohnsteuerpflicht ebenfalls als Dienstnehmer der Pflichtversicherung nach dem ASVG. Die Gesellschafter treten gemeinsam als Dienstgeber auf.

Stille Gesellschaft

Eine stille Gesellschaft liegt vor, wenn sich eine Person an einem Unternehmen mit einer Kapitaleinlage beteiligt. Die Einlage geht dabei in das Vermögen des jeweiligen Unternehmens über. Wesentlich ist, dass der stille Gesellschafter sodann am Gewinn bzw. Verlust des Unternehmens beteiligt ist. Letzteres kann durch einen Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.

Der stillen Gesellschaft kommt keine Rechtspersönlichkeit zu. Nur das Unternehmen, an dem eine Beteiligung besteht, kann berechtigt bzw.

verpflichtet werden. Dem Unternehmen kommt somit die Eigenschaft als Dienstgeber zu.

DIENSTVERHÄLTNIS MÖGLICH? | Die Lehre unterscheidet zwischen „typischen“ und „atypischen“ stillen Gesellschaftern.

Einem „typischen“ stillen Gesellschafter kommen keine Geschäftsführungsbefugnisse zu. Er ist lediglich am Gewinn bzw. allenfalls am Verlust des Unternehmens beteiligt. Demzufolge kann er keinen Einfluss auf das Unternehmen, an dem er beteiligt ist, ausüben. Eine Beschäftigung im Rahmen eines Dienstverhältnisses ist möglich, sofern die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorliegen. Treffen diese Voraussetzungen zu, ist der mittätige stille Gesellschafter als Dienstnehmer nach dem ASVG zur Pflichtversicherung zu melden.

Der „atypische“ stille Gesellschafter kann demgegenüber entsprechend dem abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag an der Geschäftsführung mitwirken bzw. werden ihm Vermögensrechte am Unternehmen eingeräumt. Bei derartigen Konstellationen ist daher zu prüfen, in welchem Umfang er die Geschicke des Unternehmens beeinflussen kann.

Besteht ein maßgeblicher Einfluss, ist ein Dienstverhältnis des stillen Gesellschafters zum Unternehmen, an dem er eine Beteiligung hält, ausgeschlossen. Eine Pflichtversicherung als „Neuer Selbständiger“ nach dem GSVG tritt ein.

Ohne einen derartigen maßgeblichen Einfluss unterliegt ein mittätiger „atypischer“ stiller Gesellschafter bei Vorliegen der Dienstnehmermerkmale der Pflichtversicherung nach dem ASVG.

Grundsatz

Hat der „atypische“ stille Gesellschafter keinen maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen, ist eine Pflichtversicherung nach dem ASVG möglich.

BESONDERHEITEN

Zum Abschluss einige Besonderheiten, die bei der Beurteilung der Pflichtversicherung von Gesellschaftern zu beachten sind.

Ausnahmebestimmung GSVG

Die zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer GmbH unterliegen der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem GSVG,

- > sofern diese Gesellschaft der Kammer der gewerblichen Wirtschaft angehört und
- > diese Person nicht bereits auf Grund ihrer Beschäftigung als Geschäftsführer der Teilversicherung in der Unfallversicherung oder der Pensionsversicherung nach dem ASVG unterliegt.

GEWERBERECHTLICHE GESCHÄFTSFÜHRER | Juristische Personen, z. B. GmbH und AG, benötigen einen gewerberechtlichen Geschäftsführer. Dies gilt auch für OG und KG als eingetragene Personengesellschaften. Der gewerberechtliche Geschäftsführer hat die für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen samt den etwaig erforderlichen Befähigungsnachweisen mitzubringen. Zudem muss er in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen. Er haftet für die einwandfreie Gewerbeausübung.

Grundsatz

Der gewerberechtliche Geschäftsführer haftet für die einwandfreie Gewerbeausübung.

REGLEMENTIERTES GEWERBE | Ist für die Gewerbeausübung ein Befähigungsnachweis erforderlich, kann im Falle einer eingetragenen Personengesellschaft entweder ein zur Vertretung der Gesellschaft und Geschäftsführung berechtigter persönlich haftender Gesellschafter oder im Falle einer juristischen Person ein Angehöriger des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organes der Gesellschaft als gewerberechtlicher Geschäftsführer fungieren.

Alternativ ist auch die Bestellung einer Person ohne Vertretungs- bzw. Geschäftsführungsbefugnis möglich. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich dabei um einen mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigten Dienstnehmer im Sinne des ASVG handelt. Die allgemeinen Erfordernisse der GewO 1994 sind bei beiden Konstellationen zu erfüllen.

DIENSTNEHMERSTELLUNG | Hält ein mittätiger gewerberechtl. Geschäftsführer am Unternehmen eine Beteiligung, ist bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung die dadurch bedingte Einflussnahme auf die Gesellschaft zu hinterfragen.

Werden zur Vertretung und Geschäftsführung berechtigte persönlich haftende Gesellschafter einer OG bzw. Komplementäre einer KG als gewerberechtl. Geschäftsführer bestellt, ist eine Pflichtversicherung nach dem ASVG grundsätzlich zu verneinen.

Bei Gesellschaftern einer GmbH, einer AG und bei Kommanditisten einer KG ist das Ausmaß der möglichen Einflussnahme auf die jeweilige Gesellschaft entsprechend den bereits erläuterten Kriterien zu prüfen. Die Stellung als gewerberechtl. Geschäftsführer stellt dabei kein zusätzliches Prüffeld dar. Besteht kein maßgeblicher Einfluss und werden die Merkmale eines Dienstverhältnisses erfüllt, tritt Pflichtversicherung nach dem ASVG ein.

VERSTOSS GEGEN GEWO 1994 | Wird eine nicht am Unternehmen beteiligte Person ohne Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis im Rahmen eines Dienstverhältnisses als gewerberechtl. Geschäftsführer beschäftigt, ist darauf zu achten, dass die geforderte Mindestarbeitszeit (= 50 % der Normalarbeitszeit) tatsächlich eingehalten wird.

Dies gilt auch, wenn ein „bloßer“ Gesellschafter einer GmbH, ein Kommanditist oder ein „bloßer“ Aktionär als gewerberechtllicher Geschäftsführer eingesetzt wird. Da diese nicht dem vertretungsberechtigten Personenkreis der Gesellschaft angehören, können sie nur als Dienstnehmer ihre Funktion als gewerberechtllicher Geschäftsführer wahrnehmen. Besteht kein Dienstverhältnis oder wird eine Tätigkeit in geringerem Stundenausmaß verrichtet, liegt ein Verstoß gegen die GewO 1994 vor.

Treuhandvereinbarungen

Bedient sich ein Gesellschafter eines Treuhänders, um seine Rechte und Pflichten in der Gesellschaft wahrzunehmen, ändert dies nichts an der Beurteilung seiner Pflichtversicherung. Der treuhändisch verwaltete Geschäftsanteil ist stets dem Treugeber zuzuordnen. Bestehende Treuhandvereinbarungen und ähnliche Verträge sind bei allfälligen Überprüfungsverfahren vorzulegen.

Grundsatz

Der treuhändisch verwaltete Geschäftsanteil ist stets dem Treugeber zuzuordnen.

Impressum

Herausgeber: Kooperationsgemeinschaft DGservice | Autor: Hannes Holzinger | Layout: Matthias Berger, Mag. Wolfgang Böhm, Gerhard Trimmel | Bildnachweis Titelbild: Rawpixel/Shutterstock.com | Hersteller: Ferdinand Berger & Söhne Ges.m.b.H., 3580 Horn, Wiener Straße 80 | Offenlegung (§ 25 Mediengesetz): Magazin zur Herausgabe von Informationen zur Sozialversicherung | Erscheinungsort: österreichweit | Medieninhaber und Redaktion: Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, 3100 St. Pölten, Kremser Landstraße 3, vertretungsbefugte Organe abrufbar unter: www.noedis.at/impressum | DVR: 0023965