

THEMA – SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Florian Dauser, LL.M

Sozialversicherung: Keine Doppelbelastung für konzernintern überlassene GmbH-Geschäftsführer

» ARD 6636/5/2019

Innerhalb von Konzernen kommt es vor, dass Dienstnehmer einer Konzerngesellschaft einer anderen Konzerngesellschaft überlassen werden. Der überlassene Dienstnehmer steht dabei weiterhin in einem Dienstverhältnis zur Überlassergesellschaft, übt seine Tätigkeit jedoch zu einem bestimmten Anteil oder ausschließlich für die Beschäftigergesellschaft aus; es liegt somit Arbeitskräfteüberlassung vor. Diese Praxis ist auch auf Ebene der Geschäftsführer von Konzerngesellschaften gängig.

1. Konzerninterne Überlassung von Geschäftsführern

Der konzernintern überlassene Dienstnehmer wird zum **Geschäftsführer der Beschäftigergesellschaft** bestellt. Ein eigener Dienstvertrag, mit dem die Geschäftsführertätigkeit bei der Beschäftigergesellschaft abgegolten wird, wird dabei aber nicht abgeschlossen. Das **Dienstverhältnis zur Überlassergesellschaft** bleibt **aufrecht**. Der überlassene Geschäftsführer erhält sein Entgelt für die Geschäftsführertätigkeit weiterhin von der Überlassergesellschaft; die Beschäftigergesellschaft ersetzt der Überlassergesellschaft den finanziellen Aufwand zu drittvergleichsfähigen Bedingungen.

Bis zum Jahr 2017 war dieses Modell auch sozialversicherungsrechtlich problemlos umsetzbar. Das sozialversicherungsrechtliche Dienstverhältnis bestand (ausschließlich) zur Überlassergesellschaft. Diese führte die für das Dienstverhältnis abzuführenden Sozialversicherungsabgaben ab. Die Tätigkeit für die Beschäftigergesellschaft wurde sozialversicherungsrechtlich nicht als (weiteres) Dienstverhältnis gewertet.

2. Sozialversicherungsrechtliches Dienstverhältnis?

In einem Erkenntnis aus dem Jahr 2017 setzte sich der Verwaltungsgerichtshof mit der Frage auseinander,¹ ob bei der Überlassung eines Arbeitnehmers als Geschäftsführer sozialver-

sicherungsrechtlich ein Dienstverhältnis zur Beschäftigergesellschaft entsteht. Anlass war die Überlassung eines Dienstnehmers einer Stadt an eine ihrer Tochtergesellschaften als Geschäftsführer. Der überlassene Geschäftsführer erhielt sein Entgelt von der Stadt, die auch alle Abgaben und Beiträge entrichtete; die Tochtergesellschaft verpflichtete sich vertraglich dazu, der Stadt die mit der Personalüberlassung entstehenden Kosten zu ersetzen.

Die **Gebietskrankenkasse Vorarlberg** stellte mit Bescheid fest, dass der überlassene Geschäftsführer aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Tochtergesellschaft der **Pflichtversicherung** unterlag und die **Tochtergesellschaft** somit **sozialversicherungsrechtliche Dienstgeberin** war. Die Gebietskrankenkasse begründete ihren Bescheid damit, dass die Gesellschaft durch den Bestellsungsakt ein unmittelbares Recht auf die Arbeitsleistung des Geschäftsführers aufgrund eigener Rechtsbeziehungen erworben habe und somit durch den Einstellungsakt ein Beschäftigungsverhältnis nach § 35 Abs 1 ASVG begründet worden sei.

Der Berufung der Tochtergesellschaft gegen den Bescheid der Gebietskrankenkasse gab der **Landeshauptmann** mit der Begründung statt, dass die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers von der schuldrechtlichen Position zu unterscheiden und die Pflichtversicherung eines Fremdgeschäftsführers dann zu bejahen sei, wenn sich aus dem Anstellungsvertrag eine persönliche Abhängigkeit ergebe. Im Fall der Überlassung **bestehe keine persönliche Abhängigkeit**, da das organschaftliche Weisungsrecht der Generalversammlung noch keine persönliche Abhängigkeit begründe.

Gegen die Entscheidung der Berufungsbehörde erhob die Gebietskrankenkasse Revision an den VwGH.

2.1. Entscheidung des VwGH

Der VwGH führte eingangs aus, dass ein schuldrechtlicher Anstellungsvertrag mit einem Geschäftsführer keine vom organschaftlichen Bestellsungsakt verschiedene Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers begründe. Der Abschluss eines Anstellungsvertrags sei somit keine Voraussetzung für die Begründung eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses. Vielmehr kommt es darauf an, dass dem Beschäftigter aufgrund eige-

¹ VwGH 7. 9. 2017, Ro 2014/08/0046, ARD 6577/14/2017.

THEMA – SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

ner Rechtsbeziehungen mit dem persönlich abhängigen² Dienstnehmer ein unmittelbarer Rechtsanspruch auf die Dienstleistung zustehe.³

Bei Leiharbeitsverhältnissen sei zwar **grundsätzlich** von der sozialversicherungsrechtlichen **Dienstgebereigenschaft des Überlassers** auszugehen. Dieser Grundsatz sei jedoch **nicht** auf Fälle anwendbar, in denen der Dienstnehmer die Funktion des **Geschäftsführers** ausübt, da die Beschäftigergesellschaft durch den Bestellungsakt zum Geschäftsführer ein direktes Recht auf die Arbeitsleistung des Geschäftsführers erwerbe.⁴

Die **Beschäftigergesellschaft** sei daher als **sozialversicherungsrechtliche Dienstgeberin** anzusehen, unabhängig davon, ob ein arbeitsvertragliches Verhältnis zwischen ihr und dem Geschäftsführer bestand.⁵

Der VwGH ging mit Bezug auf die Rechtsprechung des OGH, wonach die zur Organfunktion (Geschäftsführerstellung) hinzutretenden schuldrechtlichen Beziehungen grundsätzlich nur in Ausnahmefällen fehlen, davon aus, dass in der faktischen Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit bei der Beschäftigergesellschaft die konkludente Annahme einer Offerte zum Abschluss eines Anstellungsvertrags und somit ein (weiteres) sozialversicherungsrechtliches Dienstverhältnis⁶ zu sehen sei.

2.2. Folgen der Entscheidung des VwGH

Konsequenz dieser Rechtsprechung war, dass Dienstnehmer von Konzerngesellschaften, die in anderen Konzerngesellschaften als Geschäftsführer bestellt waren, bei den **jeweiligen Konzerngesellschaften zur Sozialversicherung angemeldet** werden mussten (sofern sie im Einzelfall aufgrund besonderer Fallgestaltungen nicht persönlich unabhängig sind). Neben der zusätzlichen administrativen Belastung der Unternehmen kam es

dadurch zu einer **Doppelbelastung** hinsichtlich der abzuführenden **Sozialversicherungsbeiträge**, insbesondere hinsichtlich abzuführender Dienstgeberbeiträge, die in bestimmten Fällen doppelt bis zur Höchstbeitragsgrundlage entrichtet werden mussten.⁷ Konzerninterne Überlassungen wurden deshalb wirtschaftlich unattraktiv. Ungeklärt blieb zudem, wer die aus dem Überlassungsverhältnis resultierenden Sozialversicherungsbeiträge abzuführen hat⁸ und wie hoch die Beitragsgrundlage beim Überlasser anzusetzen ist.⁹

3. Reaktion des Gesetzgebers

Um den Folgen der Rechtsprechung entgegenzusteuern, hat der Gesetzgeber mit BGBl I 2019/8 eine – ab 10. 1. 2019 wirksame – Ergänzung des § 35 ASVG beschlossen.

In § 35 Abs 2 ASVG wird folgender Satz angefügt:

„Bei der Überlassung von Arbeitskräften innerhalb eines Zusammenschlusses rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung insbesondere zur Übernahme einer Organfunktion gilt der/die **Beschäftigte/r nicht als Dienstgeber/in**; dies gilt sinngemäß auch für Körperschaften des öffentlichen Rechts.“

4. Schlussfolgerung

Durch die Klarstellung, dass bei Überlassungen insbesondere zur Übernahme von Organfunktionen nicht die Beschäftigterin sozialversicherungsrechtlicher Dienstgeber ist, sondern **nur die überlassende Gesellschaft**, ist der bisherigen Rechtsprechung des VwGH die gesetzliche Grundlage entzogen.

2 Die persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers unterstellte der VwGH, da im Verwaltungsverfahren nicht bestritten wurde, dass der Geschäftsführer nicht nur seine fortlaufende Tätigkeit für die Stadt, sondern auch die Tätigkeit für die Tochtergesellschaft in persönlicher Abhängigkeit erbrachte und auch nicht behauptet wurde, dass der Geschäftsführer frei von persönlichen Weisungen tätig war.

3 Steiger, Überlassung eines Geschäftsführers – wer ist Dienstgeber?, taxlex 2018, 125.

4 Kritisch dazu: Neumann, Drittanstellung von GmbH-Geschäftsführern – Ausnahmen von der Sozialversicherungspflicht, ASoK 2018, 418.

5 VwGH 7. 9. 2017, Ro 2014/08/0046, ARD 6577/14/2017.

6 Pacic, Bestellung und Anstellung eines überlassenen Geschäftsführers, DRdA 2018/48.

7 Haas, VwGH zur Sozialversicherungspflicht überlassener Geschäftsführer – Es ist von zwei sozialversicherungspflichtigen Dienstverhältnissen auszugehen, ASoK 2018, 71.

8 Haas, ASoK 2018, 71.

9 Steiger, taxlex 2018, 125.



Der Autor.

Florian Dauser, LL.M. ist Rechtsanwaltsanwärter bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien und im Bereich Arbeitsrecht spezialisiert.

✉ florian.dauser@fwp.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Dauser/Florian

Die PVP

Personalverrechnung für die Praxis

Die PVP hält praxisbewährte Lösungen bereit für viel Probleme, die im betrieblichen Alltag in den Bereichen Personalverrechnung Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht auftreten.



Jetzt einsteigen:
pvp.lexisnexis.at

 LexisNexis®