

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

23.01.1975

Geschäftszahl

0738/74

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

0739/74 E 23. Jänner 1975

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Dolp und die Hofräte Dr. Raschauer, Mag. DDr. Heller, Dr. Iro und Öhler als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Leberl, über die Beschwerden des KM und der EH, geb. M, beide in Wien, beide vertreten durch Dr. Hans Pfersmann, Rechtsanwalt in Wien I, Kärntnerring 3, gegen die Bescheide des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 25. Februar 1974, Zl. 123.259/4-11/73, und Zl. 123.389/2-11/1973 (mitbeteiligte Parteien: 1) Wiener Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte in Wien I, Wipplingerstraße 28, 2) Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in Wien XX, Webergasse 2 - 6, 3) Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten in Wien V, Blechturmstraße 11, und 4) Landesarbeitsamt Wien in Wien I, Weihburggasse 30), betreffend Versicherungspflicht nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz und dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1958, nach durchgeführter Verhandlung, und zwar nach Anhörung des Vortrages des Berichters sowie der Ausführungen des Vertreters der Beschwerde, Rechtsanwalt Dr. Hans Pfersmann, des Vertreters der belangten Behörde, Ministerialrat BL, des Vertreters des mitbeteiligten Landesarbeitsamtes Wien, DDr. MU, sowie des Vertreters der mitbeteiligten Wiener Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte, Dr. RP, zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden, soweit sie sich auf den Zeitraum ab 1. Jänner 1970 beziehen, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben; im übrigen werden die Beschwerden als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat den beschwerdeführenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von je S 3.900, --, zusammen S 7.800, --, binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die beiden Beschwerdeführer sind Kommanditisten und im Innenverhältnis mit der Geschäftsführung betraute Prokuristen der prot. Firma M. M, Wien VII, K-gasse 20. Komplementär und Mitgesellschafter ist ihr Vater Kommerzialrat FM. Die beiden Beschwerdeführer waren ursprünglich am Gesellschaftskapital nicht beteiligt gewesen. Erst mit dem Gesellschaftsvertrag vom 24. Februar 1964 ist die Zweitbeschwerdeführerin als Kommanditistin mit einer Beteiligung von 5 % in die Gesellschaft eingetreten. Mit dem weiteren Gesellschaftsvertrag vom 5. Februar 1965 ist sodann auch der Erstbeschwerdeführer als Kommanditist mit einer Beteiligung von 5 % eingetreten, sodaß sich die Beteiligung des Vaters der Beschwerdeführer, Kommerzialrat FM, auf 90 % verminderte. Mit der Gesellschaftsvertrag-Abänderung vom 17. Dezember 1969 ist schließlich das Beteiligungsverhältnis so geändert worden, daß nunmehr der Erstbeschwerdeführer mit 30 % und die Zweitbeschwerdeführerin mit 15 % an der Gesellschaft beteiligt sind, wodurch sich die Beteiligung ihres Vaters auf 55 % reduziert hat.

Auf Antrag der Firma M. M stellte die Wiener Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte mit den gleichlautenden Bescheiden vom 7. September 1967 gemäß § 410 Z. 7 ASVG fest, daß die beiden

Beschwerdeführer hinsichtlich ihrer Beschäftigung bei der genannten Firma ab 1. Juni 1967 gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 AVG bzw. § 1 AIVG der Vollversicherung in der Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung und der Arbeitslosenversicherung unterlägen. In der Begründung dieser Bescheide führte die Gebietskrankenkasse aus, daß die beiden Beschwerdeführer als Kinder des Dienstgebers bis 31. Mai 1967 gemäß § 5 Abs. 1 Z. 1 ASVG von der Vollversicherung ausgenommen und im Sinne der Bestimmungen des § 8 Abs. 1 Z. 2 1g. cit. bis zu diesem Zeitpunkt lediglich der Teilversicherung in der Unfall- und Pensionsversicherung unterlegen gewesen seien. Im Zusammenhang mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 30. Juni 1966, Zl. G 10/66, mit dem die Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes über die Ausnahme der Kinder des Dienstgebers von der Vollversicherung bzw. über die Teilversicherung der im Betrieb der Eltern beschäftigten Kinder mit Ablauf des 31. Mai 1967 als verfassungswidrig aufgehoben wurden, habe der Gesetzgeber mit der 20. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 201/1967, die als verfassungswidrig erkannten Bestimmungen sinngemäß aufgehoben, sodaß mit Wirkung vom 1. Juni 1967 weder die vorstehend angeführten Ausnahmebestimmungen, noch jene über die Teilversicherung der Kinder des Dienstgebers existierten. Daraus ergebe sich eindeutig, daß ab dem 1. Juni 1967 im vorliegenden Falle die Voraussetzungen für die Vollversicherung und - im Hinblick auf den Bestand der Krankenversicherung - auch die für den Eintritt der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung nach den im Spruche des Bescheides genannten gesetzlichen Bestimmungen gegeben seien.

Dagegen erhoben die Beschwerdeführer Einsprüche, in denen sie vorbrachten, daß sie sich in keinem Verhältnis persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit zu einem Dienstgeber befänden, da sie in der Ausübung ihrer Agenden bei der Firma dem Komplementär nicht untergeordnet seien und nur ein Teil der laufenden Angelegenheiten einer gemeinsamen Beschlußfassung unterliege. Dies finde auch darin seinen Ausdruck, daß den Beschwerdeführern die Prokura erteilt worden sei. Ein Verhältnis wirtschaftlicher Abhängigkeit liege ebenfalls nicht vor, weil sie als Kommanditisten des Unternehmers nicht auf Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit angewiesen seien.

Mit Bescheid vom 26. April 1973 wies der Landeshauptmann von Wien den Einspruch des Erstbeschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 als unbegründet ab und stellte gemäß §§ 413 und 414 in Verbindung mit § 355 ASVG fest, daß die Entscheidung, wonach der Erstbeschwerdeführer hinsichtlich seiner Tätigkeit für die Firma M. M ab 1. Juni 1967 der Versicherungspflicht in der Vollversicherung und Arbeitslosenversicherung auf Grund von § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und § 1 AIVG unterliege, zu Recht erfolgt sei. In der Begründung des Einspruchsbescheides führte der Landeshauptmann nach Darstellung des bisherigen Verfahrensablaufes aus, daß im durchgeführten Ermittlungsverfahren die für den Erstbeschwerdeführer ab 1. Oktober 1963 erstattete Anmeldung sowie zwei Schreiben der Firma M. M an die Wiener Gebietskrankenkasse eingesehen worden seien. Weiters seien im Rahmen einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit je eines Vertreters der Wiener Gebietskrankenkasse, der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten und des Landesarbeitsamtes Wien durch Einvernahme von Kommerzialrat FM und dem Erstbeschwerdeführer als Partei sowie von IG, ME und MB als Zeugen folgende wesentliche Tatsachen erhoben worden:

Kommerzialrat FM sei auf Grund einer Erkrankung nicht mehr in der Lage, allen Aufgaben, die ihm aus dem Gesellschaftsverhältnis zukommen würden, nachzukommen. Ebenso könne er die Vertretung der Firma nicht mehr im vollen Umfange durchführen, und sei seine Tätigkeit auf Verhandlungen wegen Kreditgewährung und mit öffentlichen Stellen beschränkt. FM habe mit dem Betrieb selbst nichts mehr zu tun, tätige auch keine Geschäftsabschlüsse und kümmerge sich nicht um die finanzielle Gebarung, welche in den Händen der Zweitbeschwerdeführerin gelegen sei. Auf Verlangen stelle FM seine über fünfzigjährige Erfahrung dem Betrieb zur Verfügung, welcher Fall alle drei bis vier Wochen einmal eintrete. Es sei auch im Fall einer Kreditaufnahme, über die von den beiden Kommanditisten disponiert werde, seine Zustimmung nicht erforderlich, lediglich die diesbezüglichen Verhandlungen würden von ihm durchgeführt. Beschlüsse hinsichtlich der Kreditaufnahme würden von der Zweitbeschwerdeführerin gefaßt, die sodann ihre Meinung vortrage. Das Gesellschaftsverhältnis zwischen FM und seinen Kindern sei derart geschlossen worden, daß letztere de facto die Firmenleitung innehätten, jedoch im Gesellschaftsvertrag nur als Kommanditisten aufschienen. Seit 1965 habe sich FM nach und nach aus dem Gesellschaftsverhältnis zurückgezogen, doch sei dieses de iure nicht verändert worden. Als Chefs würden Kommerzialrat FM und der Erstbeschwerdeführer betrachtet und seien beide in der Lage, Weisungen an die Arbeiter und Angestellten des Betriebes zu erteilen. Auch hinsichtlich der Urlaubsgewährung würden die Entscheidungen von den beiden Vorgenannten getroffen. Der Erstbeschwerdeführer sei es jedoch, der selbständig Weisungen hinsichtlich der Arbeitserbringung und Arbeitseinteilung im Betrieb treffe, ohne dabei Rücksprache mit den anderen Gesellschaftern nehmen zu müssen. Er sei regelmäßig, je nach Arbeitserfordernis, manchmal länger, manchmal kürzer im Betrieb und er sei für die von ihm getroffenen Anordnungen selbst verantwortlich. Für seine Tätigkeit würden ihm S 2.200,- 14 x jährlich ausbezahlt. Er würde jedoch nur zur Einkommensteuer veranlagt. Der Erstbeschwerdeführer habe in Einzelvernehmung noch ergänzt, daß er seit 1. Jänner 1968 auf Grund einer mündlichen Vereinbarung sämtliche Befugnisse des Firmenchefs und auch dessen Verantwortung über habe. Er könnte auch Firmenanteile veräußern, ohne dabei einem Einspruchsrecht seines Vaters zu unterliegen. Eine disziplinäre Verantwortlichkeit seinerseits gegenüber dem Betrieb sei nicht gegeben und sei auch der Gesellschaftsvertrag nur mehr dem Papier nach richtig. Tatsächlich würde von seinem Vater keinerlei Einfluß mehr auf den Betrieb ausgeübt, abgesehen von

Gelegenheitsberatungen. Eine Einsicht in den Gesellschaftsvertrag habe ergeben, daß FM allein vertretungsbefugt sei und die Mitarbeit der Kommanditisten in jeder Beziehung seinem Weisungsrecht unterliege. Es bestehe für die Kommanditisten ein Konkurrenzverbot und seien diese zur vollen Arbeitsleistung verpflichtet, widrigenfalls ihr Vorausbezugsrecht hinsichtlich ihres Gehaltes (Vorwegvergütung) sich vermindere oder erlösche. Auf Grund dieser Verfahrensergebnisse sei folgender Sachverhalt festgestellt und als erwiesen angenommen worden:

Die Firma M. M sei eine Kommanditgesellschaft, wobei der persönlich haftende Komplementär Kommerzialrat FM seit 1963 die Oberverantwortung über den Betrieb trage. An diesem Zustand habe sich bisher nach außen hin nichts geändert, da der Gesellschaftsvertrag durchlaufend in gleicher Form belassen worden sei. Der Erstbeschwerdeführer sei als Kommanditist mit 5 % Beteiligung in der Firma seines Vaters tätig und versee alle Agenden eines Firmenchefs, da Kommerzialrat M aus Altersgründen hiezu nicht mehr in der Lage sei. Alle diese Agenden beziehen sich jedoch nur auf das Innenverhältnis, sodaß die Stellung des Erstbeschwerdeführers die eines Prokuristen und Geschäftsführers in gehobener Stellung sei. An der Haftung für den Betrieb, als wesentliches Kriterium eines selbständigen Firmenchefs habe sich jedoch bis zum jetzigen Zeitpunkt nichts geändert und liege diese weiterhin in den Händen des Kommerzialrates FM. Die Kommanditisten seien zur Geschäftsführung verpflichtet. Auf Grund dieses Sachverhaltes habe die angerufene Behörde über den Einspruch erwogen:

Gemäß § 4 Abs.1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG in Verbindung mit den im angefochtenen Bescheid auszugsweise wiedergegebenen Entscheidungen und Erkenntnissen zeige sich, daß der Eintritt der Versicherungspflicht im gegebenen Fall einerseits von den allgemeinen Kriterien und andererseits von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werde. Zu den allgemeinen Voraussetzungen sei zu sagen, daß sich diese aus dem betrieblichen Erscheinungsbild des betreffenden Dienstnehmers ergeben und dann zutreffen, wenn der Beschäftigte auch nur aus innerbetrieblichen Umständen verhalten sei, eine dem Rahmen nach bestimmte Arbeitszeit einzuhalten, bestimmte generelle Weisungen zu befolgen und wenn er letztlich auch nur der sogenannten stillen Autorität des Betriebschefs unterliege. Zu den besonderen Voraussetzungen zähle vor allem der Umstand, daß die dem Kommanditisten übertragenen Aufgaben sich nicht direkt aus dem Gesellschaftsvertrag herleiten dürfen. Wäre dies der Fall, so würde, wenn der betroffene Kommanditist außerdem noch eine unumschränkte finanzielle Verfügungsmacht über den Gesamtbetrieb hätte und ihm außerdem noch der Nutzen, damit verbunden aber auch die Gefahrtragung im faktischen Sinn zukäme, dieser die Unternehmereigenschaft haben und damit von der Sozialversicherungspflicht ausgenommen sein.

Übertrage man nun die obigen Überlegungen auf die Ergebnisse des gesamten Ermittlungsverfahrens, so ergebe sich folgendes Bild:

Der Erstbeschwerdeführer habe im Jahre 1963 seine Tätigkeit im väterlichen Betrieb mit einem gewissen Aufgabenkreis als Angestellter aufgenommen und sei auch ordnungsgemäß zur Sozialversicherung gemeldet worden. Damit sei zur damaligen Zeit unbestritten gewesen, daß er weisungs- und arbeitszeitgebunden sowie disziplinar verantwortlich seine Tätigkeit aufgenommen habe. In weiterer Folge habe sich sein Aufgabenkreis erweitert und sich das Anwachsen seiner Verantwortlichkeit dem Betriebsinhaber, seinem Vater Kommerzialrat FM gegenüber, durch eine Beteiligung als Kommanditist an der Firma in der allerdings sehr niedrigen Höhe von 5 % der Gesamtanteile manifestiert. Die Oberverantwortung habe sich Kommerzialrat FM zur Gänze vorbehalten, ebenso auch das generelle Weisungsrecht, wobei gleichzeitig eine Bekräftigung der schon seit 1963 bestandenen Arbeitsverpflichtung in den Gesellschaftsvertrag in der Form aufgenommen worden sei, daß der Erstbeschwerdeführer sein als Vorwegvergütung bezeichnetes Entgelt verlieren sollte, falls er eine nicht entsprechende Arbeitsleistung erbringen würde. Diese Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages seien seit 1965 nicht verändert worden. Der Erstbeschwerdeführer habe selbst angeführt, daß er sich regelmäßig und oft auch über die normale Arbeitszeit hinaus im Betrieb aufhalte und daß er Weisungen erteile und auch die Arbeitseinteilung bestimme. Diese Rechte würden sich jedoch eindeutig aus seiner betriebsinternen Stellung, die den Charakter der eines leitenden Angestellten aufweise, ableiten. Diese Organstellung, die besondere Fachkenntnisse, die sich der Erstbeschwerdeführer im Laufe der Jahre durch seine betriebsinterne Praxis erworben habe, erfordere, bringe es jedoch mit sich, daß keine generellen Weisungen mehr nötig seien. Die Folge davon sei, daß der Erstbeschwerdeführer unter die stille Autorität des Betriebsinhabers gekommen sei, welcher Umstand bei ihm selbst die Annahme erweckt habe, als sei es nun er selbst, der, wenn auch nur auf Grund mündlicher Vereinbarung, die Betriebsführung innehave. Diese Annahme sei jedoch vor allem deswegen irrig, weil der Erstbeschwerdeführer als Kommanditist nur am Gewinn beteiligt sei, jedoch niemals auf Grund seiner betragsmäßig beschränkten Haftung für einen höheren Verlust der Firma zu haften vermöge, welche Möglichkeit allein bei dem zu 90 % am Betrieb beteiligten Komplementär FM gegeben sei. Alle Anordnungen, die der Erstbeschwerdeführer treffe, hätten nur Wirkung im Innenverhältnis, vermögen aber auf das Außenverhältnis keinen Einfluß zu nehmen. Somit fehle vor allem in der Person des Erstbeschwerdeführers die hervorstechendste Eigenschaft des selbständigen Unternehmertums, nämlich die Möglichkeit der Tragung nicht nur des Gewinnes, sondern auch des Verlustes für den Betrieb.

Zusammenfassend ergebe sich, daß der Erstbeschwerdeführer innerhalb der Firma M. M unter Leitung seines Vaters den Werdegang vom kleinen Angestellten bis zum verantwortlichen leitenden Prokuristen durchgemacht habe, die gesamte Zeit über jedoch immer an eine Rahmenarbeitszeit, generelle Weisungen und

an die Verpflichtung zur Erbringung eines bestimmten, wenn auch nicht tageweise abgegrenztes Arbeitspensums, gegen ein Entgelt, welches bis 1965 als Entlohnung und nach 1965 als Vorwegvergütung bezeichnet wurde, gebunden geblieben sei. Da die Bedingungen, unter denen der Erstbeschwerdeführer im Betrieb seines Vaters tätig gewesen und auch heute noch sei, seit dem Jahre 1963, von gewissen internen Änderungen abgesehen, gleich geblieben seien, könne auch nicht gesagt werden, daß er seine Tätigkeit erst auf Grund des Gesellschaftsvertrages von 1965 ausübe, welcher Umstand für den Bereich seiner Sozialversicherung von Relevanz gewesen wäre.

Auch der Einspruch der Zweitbeschwerdeführerin wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes vom 11. Mai 1973 gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 als unbegründet abgewiesen und festgestellt, daß die Entscheidung der Wiener Gebietskrankenkasse, wonach die Zweitbeschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Tätigkeit für die Firma M. M der Versicherungspflicht in der Vollversicherung (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) sowie Arbeitslosenversicherung auf Grund von § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG ab 1. Juni 1967 unterlegen sei, zu Recht erfolgt sei.

In der Begründung ihrer Entscheidung bezog sich der Landeshauptmann auf die Ergebnisse des hinsichtlich des Erstbeschwerdeführers durchgeführten Ermittlungsverfahrens und führte dazu aus, daß in diesem Verfahren folgender Sachverhalt zutage getreten sei.

Die Verantwortung über die Kommanditgesellschaft trage seit 1963 der Komplementär Kommerzialrat FM. Die Beteiligung der Kommanditisten KM und EH betrage je 5 %. De facto hätten die beiden Kinder, KM und EH, wohl die Firmenleitung über, EH disponiere auch über die Kreditgebarung, die diesbezüglichen Verhandlungen würden jedoch von FM geführt. Auch die Beschlüsse über die Kreditaufnahme habe EH vorzubereiten, müsse jedoch sodann ihre Meinung dem Komplementär vortragen. Der Gesellschaftsvertrag sei de iure nicht verändert worden, überdies stelle FM seine 50jährige Erfahrung noch immer dem Betrieb zur Verfügung. Alle Agenden der Zweitbeschwerdeführerin bezögen sich jedoch nur auf das Innenverhältnis, und sei ihre Stellung die eines Prokuristen in gehobener Position. Sie sei als Kommanditist zur Geschäftsführung verpflichtet, die Haftung für den Betrieb trage Kommerzialrat FM.

Die angerufene Behörde habe nun über den Einspruch erwogen:

Es sei unerheblich, wie das Rechtsverhältnis, welches der Arbeitserbringung zugrunde liege, betitelt werde, es müsse lediglich nach den tatsächlichen Verhältnissen die Sozialversicherungspflicht begründet sein. Beziehe man nun die vorstehenden Überlegungen auf den gegebenen Fall, so zeige sich, daß die Zweitbeschwerdeführerin eine verantwortliche Organstellung im Betrieb des Kommerzialrates FM eingenommen habe. Sie habe wohl selbst Vorschläge für zutreffende Entscheidungen auf dem Kreditsektor unterbreiten können, sei aber hiedurch in ihrer Arbeitserbringung dem de iure Betriebsinhaber gegenüber nicht selbständig gewesen, wie dies im Einspruch behauptet worden sei, sondern vielmehr streng verantwortlich, weil sich Kommerzialrat FM auch nach seinem faktischen Ausscheiden aus dem Betriebsorganismus die letzten Entscheidungen immer vorbehalten und die tragenden Geschäftsverhandlungen immer selbst geführt habe. Die Kommanditistin EH habe daher nur im Innenverhältnis des Betriebes verantwortliche Agenden durchzuführen gehabt, jedoch auf das Außenverhältnis des Betriebes der Kommanditgesellschaft keinen Einfluß zu nehmen vermocht. Gerade der letzterwähnte Umstand wäre es jedoch gewesen, der im Falle seines tatsächlichen Eintrittes, die Selbständigkeit und damit Eigenbestimmtheit der Arbeitserbringung der Zweitbeschwerdeführerin unter Beweis gestellt hätte, was jedoch nicht der Fall sei. Zusammenfassend stehe sohin fest, daß die Zweitbeschwerdeführerin unter der stillen Autorität des Kommerzialrates FM wichtige Agenden für den Betrieb betreut, jedoch immer nur letztlich fremdbestimmte Arbeit vollbracht habe. Die Fremdbestimmung sei darin zu finden, daß FM aus Gesundheitsgründen einige Agenden an die Zweitbeschwerdeführerin übertragen, aber selbst die übergeordnete Verantwortung hierfür getragen und auch (nach außen hin) gehaftet habe. Wenn auch die Zweitbeschwerdeführerin in manchen Fällen bei der Aufsuchung von Kreditmöglichkeiten nicht an bestimmte fixe Tageszeiten gebunden gewesen sei, bedeute dies noch keineswegs, daß es ihr prinzipiell freigestanden wäre, sich die Arbeitszeit nach eigenem Belieben einzuteilen. Daß die Zweitbeschwerdeführerin ihre Agenden am Betriebsort erbracht habe und somit in den Betriebsorganismus eingegliedert gewesen sei, sei unbestritten geblieben. Die Erteilung der Prokura zeige lediglich die Vertrauensposition im innerbetrieblichen Bereich an. Nach wörtlicher Zitierung der Bestimmungen des § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG führte die belangte Behörde weiters aus, wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung erkannt habe, sei das österreichische Sozialversicherungsrecht auf dem System der Über- und Unterordnung aufgebaut. Diese Tatsache komme darin zum Ausdruck, daß der Dienstnehmer der Weisungs- und Disziplinarhoheit des Dienstgebers unterstehe und gehalten sei, seine gesamte physische und psychische Kraft dem betrieblichen Arbeitszweck zu widmen. Handle es sich nun um höherwertige Tätigkeiten, die eine gewisse Organstellung des Beschäftigten im Betrieb mit sich bringen und gleichermaßen höhere Fachkenntnisse erfordern, so komme es zur Ausbildung einer stillen Autorität des Dienstgebers, die darin bestehe, daß dieser von seinem Lenkungsrecht gegenüber dem Dienstnehmer nur mehr beschränkt Gebrauch mache, wobei die Weisungshoheit an sich jedoch keinerlei Schmälerung erfahre. Im vorgeschilderten Fall sei der Dienstnehmer unter Weiterbestand der Eingliederung in den Betriebsorganismus in der Lage, auf Grund eigener Sacherfahrung leitende Agenden auszuüben, wodurch aber auch wiederum eine erhöhte disziplinarische Verantwortlichkeit gegenüber dem Dienstgeber zutage trete. Gerade hiedurch sei aber der betroffene Dienstnehmer noch weniger in der Lage, die ihm zur Verfügung stehende Arbeitszeit selbst einzuteilen und komme es diesbezüglich zu einer engeren abhängigen Bindung an den Betriebszweck, als dies

bei Verrichtung einfacher Arbeiten der Fall sein würde. Dem Entgelt an sich komme nur insofern Bedeutung zu, als es einerseits die Höhe der Beitragsgrundlage indiziere und andererseits anzeige, ob die jeweiligen Geringfügigkeitsgrenzen überschritten worden seien. Im Zusammenhang mit der sohin erwiesenen Versicherungspflicht der Zweitbeschwerdeführerin sei es völlig unerheblich, ob die enthaltene Entlohnung benötigt worden sei, sondern es sei vielmehr ausschlaggebend, daß auf das Einkommen aus dieser Tätigkeit auf Grund der Beschäftigungsmerkmale Anspruch bestanden habe.

Gegen diese Einspruchsbescheide erhoben die Beschwerdeführer inhaltlich gleichlautende Berufungen, in denen sie vorbrachten, daß bei der Frage der Versicherungspflicht von Unternehmerkindern wohl ein Unterschied zu machen sei zwischen einem Kind, das in einer Firma in einem Angestelltenverhältnis stehe und den Beschwerdeführern, die neben der praktischen Geschäftsleitung noch eine Teilhaberstelle innehätten. Die Ausführungen der Einspruchsbescheide hinsichtlich "der stillen Autorität" des Betriebschefs mögen in anderen Fällen entscheidend sein, gingen jedoch im gegenständlichen Fall ins Leere. Diese an sich gewagte Hilfskonstruktion könne dort nicht am Platz sein, wo es sich aus der Natur des Verhältnisses (Vater-Kind) ergebe, daß eine "stille Autorität" vorhanden sei. Diese "stille Autorität" wäre zweifellos bis zu einem gewissen Grad auch dann vorhanden, wenn die Beschwerdeführer weitere Komplementäre des Unternehmens wären. Das Problem der Eingliederung der Beschwerdeführer in den Betrieb ergebe sich nicht aus einer persönlichen Unterordnung, sondern aus der Durchführung der praktischen Geschäftsführung. Daß diese praktische Geschäftsführung Zeit erfordere, stehe fest. Diese Arbeit werde jedoch völlig selbstverantwortlich ausgeführt. Darüber hinaus sei es sicherlich eine Selbstverständlichkeit, daß die Leistungen der Beschwerdeführer keineswegs durch die im Gesellschaftsvertrag ausgewiesene Vorwegvergütung abgegolten seien. Die Beschwerdeführer leisteten ihre Tätigkeit nahezu ausschließlich, um ihren Gesellschaftsanteil dementsprechend zu gestalten. Von dieser Warte her gesehen sei eine wirtschaftliche oder persönliche Abhängigkeit daher nicht gegeben. Die Tatsache, daß die Beschwerdeführer nicht am Verlust beteiligt seien, sei als Begründung der Einspruchsbescheide nicht entscheidend; es möge für die Eigenschaft eines selbständigen Unternehmers entscheidend sein, nicht aber für die anders zu beurteilende Frage der wirtschaftlichen und persönlichen Selbständigkeit. Man werde auch den Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht deshalb Unternehmereigenschaft absprechen können, weil sie nicht unbeschränkt haften. Die Begründung der Einspruchsbescheide treffe auf die von den Beschwerdeführern ausgeübte Tätigkeit nicht zu. Weiters wiesen die Beschwerdeführer darauf hin, daß sich der Wechsel in ihrer Stellung im Unternehmen am deutlichsten in den Gesellschaftsverträgen ausdrücke. Es sei daher die Rechtslage sowohl zum Zeitpunkt des Gesellschaftsvertrages 1965 als auch des Gesellschaftsvertrages 1969 neu zu beleuchten. Im Jahre 1969 seien die Anteile erhöht worden, sodaß ab diesem Zeitpunkt auf jeden Fall, selbst wenn die Auffassung der Einspruchsbescheide grundsätzlich durch das Bundesministerium geteilt werde, die Arbeitnehmereigenschaft erloschen sei. Indiz dafür sei auch der Wegfall der Vorwegvergütung.

Mit den nunmehr angefochtenen, inhaltlich gleichlautenden Bescheiden vom 25. Februar 1974 gab die belangte Behörde den Berufungen gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 keine Folge und bestätigte die bekämpften Einspruchsbescheide aus ihren "zutreffenden Gründen". Dem Vorbringen der Beschwerdeführer, daß der Gesellschaftsvertrag aus dem Jahre 1965 im Jahre 1969 entscheidend abgeändert worden sei und kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Firma M. M. vorliege, hält die belangte Behörde in ihren Entscheidungen entgegen, im Punkt VI des Gesellschaftsvertrages vom 5. Februar 1966, sei festgehalten, daß die Kommanditgesellschaft durch den persönlich haftenden Gesellschafter FM allein vertreten werde, diesem die Geschäftsführung allein obliege und die Mitarbeit der Kommanditisten EH und KM in jeder Beziehung den Weisungen des Komplementärs unterliege. Dieser Gesellschaftsvertrag sei am 17. Dezember 1969 in einigen Punkten abgeändert, gleichzeitig sei im Punkt 2 des Vertrages 1969 bestimmt worden, daß der bezugshabende Gesellschaftsvertrag aus dem Jahre 1965 hinsichtlich sämtlicher Bestimmungen, welche durch die Vereinbarung im Jahre 1969 keine Abänderung erfahren, weiterhin verbindlich aufrecht bestehen solle. Die im Punkt VI des Vertrages von 1965 enthaltene Bestimmung, daß die alleinige Geschäftsführung dem persönlich haftenden Gesellschafter zustehe, sei im Vertrag 1969 dahingehend modifiziert worden, daß die Geschäftsführung von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam besorgt werde, wobei sich FM für den Fall des Nichtzustandekommens einer einhelligen Meinung das Entscheidungsrecht vorbehalte. Daraus folge aber, daß FM auch nach den Bestimmungen des Vertrages 1969 weiterhin die Oberverantwortung für die Geschäftsführung obliege, weil bei Meinungsverschiedenheiten seine Stimme nach wie vor allein den Ausschlag gebe und damit den Kommanditisten in bestimmten Situationen jeder entscheidende Einfluß auf die Geschäftsführung genommen sei. Die Bestimmung des Punktes VI des Vertrages aus 1965, daß die Kommanditisten in jeder Beziehung den Weisungen des Komplementärs unterliegen, sei durch den Vertrag aus 1969 nicht berührt worden. Mangels einer Änderung im Vertrag 1969 bleibe daher die Weisungsgebundenheit der Beschwerdeführer gemäß Punkt 2 des Vertrages 1969 weiterhin aufrecht. Schließlich sei auch hinsichtlich des Fehlens der Verlusthaftung der Kommanditisten durch den Vertrag von 1969 keine Änderung eingetreten, da gemäß Punkt 5 dieses Vertrages die Aufteilung eines allenfalls auftretenden Verlustes wie bisher (siehe Punkt III letzter Absatz des Vertrages 1965) nach Maßgabe der Beteiligung am Geschäftskapital erfolge. Die Erhöhung der im Gesellschaftsvertrag 1965 mit 5 % festgesetzten Anteile im Vertrag 1969 und die Aufhebung der Bestimmungen über die Vorwegbezüge (Punkt IV des Vertrages 1965) vermögen allein noch keine Änderung bei der Beurteilung der Frage der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Kommanditisten herbeizuführen. Die

Kommanditisten blieben nämlich weiterhin verpflichtet, ihre gesamte Arbeitskraft dem Unternehmen, für das FM nach wie vor die Verantwortung trage und nach außen hin hafte, zu widmen.

Gegen diese Berufungsentscheidungen richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat darüber erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG 1958 sind für den Fall der Arbeitslosigkeit Dienstnehmer versichert, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert oder selbstversichert und nicht nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen dieses Gesetzes versicherungsfrei sind.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Demnach ist für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG nicht erforderlich, daß sämtliche Voraussetzungen für ein persönliches und wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis gegeben sein müssen, es genügt vielmehr ein Überwiegen der für ein solches Abhängigkeitsverhältnis sprechenden Merkmale gegenüber den Merkmalen einer selbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit.

Die Beschwerdeführer vertreten den Standpunkt, daß man ihre Tätigkeit nicht in einzelne Komponenten zerlegen, sondern diese Tätigkeit und ihre Stellung nur im Zusammenhang sehen könne. Für diesen Gesamtzusammenhang seien drei Grundlagen bestimmend:

- a) die Gesellschaftereigenschaft der Beschwerdeführer,
- b) ihre Eigenschaft als Sohn bzw. Tochter des Komplementärs, und
- c) die Leitung des Betriebes gemeinsam durch die beiden Beschwerdeführer und eben nicht mehr durch ihren Vater.

Die Gesamtschau bringe als Ergebnis, daß die Beschwerdeführer schon Mitte 1967 nicht mehr in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit von ihrem Vater tätig waren. Selbstverständlich werde gar nicht bestritten, daß noch gewisse Elemente einer Abhängigkeit vom Vater vorhanden waren. Aber diese Elemente seien eben schon derart in den Hintergrund gerückt und praktisch unbedeutend geworden, daß man angesichts des Ergebnisses der Beweisaufnahme rechtlich zu keinem anderen Schluß kommen könne als dem, daß eben die Elemente der Selbständigkeit, der Unabhängigkeit, bereits Mitte 1967 weitgehend überwogen hätten.

Was zunächst den Hinweis der Beschwerdeführer auf ihre Gesellschaftereigenschaft betrifft, so ist ihnen entgegenzuhalten, daß der Besitz von Gesellschaftsanteilen nicht schon für sich allein die wirtschaftliche oder persönliche Abhängigkeit ausschließt. Der Besitz von Gesellschaftsanteilen wird sicherlich dann von Bedeutung sein, wenn damit für die betreffenden Gesellschafter ein derartiges Ausmaß an Rechten und Befugnissen verbunden ist, daß sie bereits als Mitunternehmer anzusehen sind und daher schon kraft ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung ein Verhältnis wirtschaftlicher oder persönlicher Abhängigkeit auszuschließen ist. Ein solches Mitspracherecht ist jedoch durch die gesellschaftsrechtliche Stellung als Kommanditist, hier noch dazu mit einer Minderheitsbeteiligung von je 5 % am Gesellschaftskapital keinesfalls gegeben. So hat z.B. der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 23. Juni 1965, Zl. 2322/64, im Fall einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine selbständige Erwerbstätigkeit geschäftsführender Gesellschafter verneint, die mit 25 % am Stammkapital beteiligt gewesen sind.

Aber auch die von den Beschwerdeführern ins Treffen geführte familienrechtliche Stellung als Kinder des Komplementärs ist nicht geeignet, eine andere rechtliche Beurteilung herbeizuführen. Seit der durch die 20. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 201/1967, geschaffenen Rechtslage stellt die persönliche Eigenschaft als Kind des Dienstgebers keinen Ausnahmegrund von der Sozialversicherungspflicht mehr dar.

Es bleibt daher der Beschwerdeeinwand zu prüfen, daß die Leitung des Betriebes gemeinsam durch die beiden Beschwerdeführer und nicht mehr durch ihren Vater erfolgt sei. Mit diesem Einwand soll offenbar dargetan werden, daß ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit gegenüber dem Dienstgeber zumindest seit Mitte 1967 nicht mehr bestanden habe.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A (Abschnitt A II), die Unterschiede zwischen der Beschränkung der Bestimmungsfreiheit der selbständig Erwerbstätigen und der Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Dienstnehmers und die sich daraus ergebenden Merkmale seiner persönlichen Abhängigkeit ausführlich dargelegt und darunter seine persönliche Arbeitspflicht, seine Unterordnung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, seine

Verpflichtung zur Befolgung der Weisungen des Dienstgebers, die Überwachung seiner Arbeit durch den Dienstgeber und schließlich die disziplinarische Verantwortlichkeit des Dienstnehmers hervorgehoben.

In den durch die angefochtenen Bescheide bestätigten Einspruchsbescheiden vom 26. April und vom 11. Mai 1973 hat sich der Landeshauptmann auf Grund der Ergebnisse der durchgeführten Ermittlungen ausführlich mit der Frage der persönlichen Abhängigkeit der beiden Beschwerdeführer auseinandergesetzt. Er hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß auch nach Aufnahme der Beschwerdeführer als Kommanditisten mit einem Minoritätsanteil von je 5 % in die Gesellschaft sich Kommerzialrat FM die Oberverantwortung ebenso wie auch das generelle Weisungsrecht weiterhin vorbehalten habe. Im Gegensatz zu der in der Beschwerde vertretenen Auffassung stellt die Ausübung der Funktion eines Geschäftsführers kein Indiz gegen die Annahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung dar. Der Geschäftsführer im gesellschaftsrechtlichen Sinn kann ohne weiters auch angestellter Geschäftsführer im arbeitsrechtlichen Sinn, also leitender Angestellter mit Versicherungspflicht, sein. Die belangte Behörde hat deshalb mit Recht das besondere Gewicht ihrer Überlegungen auf das Entscheidungsrecht innerhalb der Firma gelegt. Auf Grund der Ermittlungsergebnisse steht fest, daß der Vater der beiden Beschwerdeführer als Inhaber der Majorität in der Firma die wesentlichen Entscheidungen getroffen hat, denen sich seine Kinder als leitende Angestellte zu unterwerfen hatten. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der Bestimmung des Punktes VI des Gesellschaftsvertrages vom 5. Februar 1965, wonach die Vertretungsbefugnis der Firma und die Geschäftsführung dem persönlich haftenden Gesellschafter FM allein obliegt und die Mitarbeit der Kommanditisten in jeder Beziehung den Weisungen des Komplementärs unterliegt. Das von der Einspruchsbehörde durchgeführte Ermittlungsverfahren hat keine Anhaltspunkte dafür ergeben, daß die erwähnte Vertragsbestimmung - entgegen der Meinung der Beschwerdeführer - eine stillschweigende Änderung erfahren haben sollte.

Den Beschwerdeführern ist allerdings beizupflichten, daß in ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung durch die Vertragsänderung vom 17. Dezember 1969 eine wesentliche Änderung eingetreten ist. Mit der durch diese Vertragsänderung herbeigeführten Neuregelung des Gesellschaftsverhältnisses und insbesondere der Stellung der beiden Beschwerdeführer in der Firma hat sich der Landeshauptmann in den von der belangten Behörde bestätigten Einspruchsbescheiden überhaupt nicht, die belangte Behörde aber nur unzureichend auseinandergesetzt, ohne nähere Ermittlungen hinsichtlich der Rechtswirkungen der Vertragsänderung im Innenverhältnis der Gesellschaft durchgeführt zu haben. Abgesehen von der durch die Vertragsänderung bewirkten Erhöhung der Kommanditanteile des Erstbeschwerdeführers auf 30 % und der Zweitbeschwerdeführerin auf 15 %, welcher Umstand für sich allein noch keine relevante Änderung in der gesellschaftsrechtlichen Stellung der Beschwerdeführer gegenüber dem bisherigen Zustand bedeuten würde, erscheinen jedoch die Vertragsänderungen von Bedeutung, daß die im Punkt III des Gesellschaftsvertrages vom 5. Februar 1965 festgelegte Berechtigung der Gesellschafter zum Bezug von Vorwegvergütungen außer Wirksamkeit tritt, sowie die Bestimmung (7), daß nunmehr die Geschäftsführung von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam besorgt wird, wobei sich FM für den Fall des Nichtzustandekommens einer einhelligen Meinung das Entscheidungsrecht vorbehält. Die belangte Behörde hat diese letztere Vertragsänderung dahingehend ausgelegt, daß FM auch nach den Bestimmungen des Vertrages 1969 weiterhin die Oberverantwortung für die Geschäftsführung obliege und außerdem mangels einer ausdrücklichen Änderung die im Punkt VI des Vertrages aus 1965 festgelegte Weisungsgebundenheit der Beschwerdeführer gegenüber dem Komplementär, weiterhin aufrecht bleibe. Demgegenüber wenden die Beschwerdeführer ein, daß durch Punkt (7) des Vertrages 1969 zwingend auch der vierte Absatz des Punktes VI des Vertrages 1965 aufgehoben worden sei. Wenn der Vertrag 1969 ausdrücklich bestimme, daß die Geschäftsführung von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam besorgt werde, so sei damit nach Meinung der Beschwerdeführer eine frühere Bestimmung, laut welcher die Kommanditisten in jeder Beziehung den Weisungen des Komplementärs unterliegen, logisch unvereinbar. Ferner vertreten die Beschwerdeführer die Auffassung, daß durch den vertraglichen Vorbehalt des Entscheidungsrechtes des Komplementärs im Falle des Nichtzustandekommens einer einhelligen Meinung der Gesellschafter keineswegs ein Abhängigkeitsmoment, ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, begründet werde. Die Beschwerdeführer weisen darauf hin, daß es in den allermeisten Fällen von Gesellschaftsverträgen nicht das Prinzip der Einstimmigkeit, sondern das Prinzip der Mehrstimmigkeit gebe, welches meist nicht nach der Zahl der Stimmen, sondern im Verhältnis der Gesellschaftsanteile gewertet werde.

Die Ausführungen der Beschwerde zu den durch die Vertragsänderung vom 17. Dezember 1969 bewirkten Änderungen in der gesellschaftsrechtlichen Stellung der beiden Beschwerdeführer geben jedenfalls zu Bedenken in der Richtung Anlaß, ob die von der belangten Behörde vorgenommene Auslegung der maßgeblichen Vertragsbestimmungen auch dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien entspricht. Die Parteien des Gesellschaftsvertrages sind dazu aber nicht befragt worden. Der Verwaltungsgerichtshof ist daher der Auffassung, daß die Änderungen des Gesellschaftsvertrages vom 17. Dezember 1969, auf die der Landeshauptmann in den Einspruchsbescheiden überhaupt nicht näher eingegangen ist und die darauf bezughabenden Ausführungen in den Berufungen der Beschwerdeführer die belangte Behörde zu veranlassen gehabt hätten, ergänzende Ermittlungen vorzunehmen bzw. durchführen zu lassen, um eindeutig klarzustellen, welche Änderungen nach dem Willen der Vertragsparteien im Innenverhältnis der Gesellschaft ab dem 1. Jänner 1970 bewirkt werden sollten und ob damit auch eine Hinderung in der

gesellschaftsrechtlichen Stellung der Beschwerdeführer etwa im Sinne einer Mitunternehmerschaft beabsichtigt war.

Da sohin einerseits der Sachverhalt in der aufgezeigten Richtung ergänzungsbedürftig geblieben und andererseits die Begründung der angefochtenen Bescheide insoweit auch mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, waren diese, soweit sie den Zeitraum ab 1. Jänner 1970 betreffen, gemäß § 42 Abs. 2 lit. c Z. 2 und 3 VwGG 1965 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Im übrigen war jedoch die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG 1965 als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Bestimmungen der §§ 47 ff VwGG 1965 in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers vom 19. Dezember 1974, BGBl. Nr. 4/1975. Hiebei konnte jedoch der Verhandlungsaufwand nur einmal zuerkannt werden, weil die vorliegenden Beschwerdesachen zu einer gemeinsamen Verhandlung verbunden worden sind (siehe das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 1972, Z1. 1086ff/71).

Das Mehrbegehren auf Ersatz des Aufwandes für Stempelgebühren von je S 15,-- für die vorgelegten Vollmachten, zusammen S 30,--, war im Hinblick auf die Gebührenbefreiungsbestimmung des § 110 Abs. 1 Z. 2 lit. a ASVG abzuweisen, wobei hervorzuheben ist, daß die der Beschwerde angeschlossenen Vollmachten zwar nicht auf die Vertretung im gegenständlichen Verfahren beschränkt sind, die Vorlage von Vollmachten mit einer derartigen Beschränkung jedoch genügt hätte.

Wien, am 23. Jänner 1975