

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/3/17 2001/08/0170

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.03.2004

## Index

21/01 Handelsrecht;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §12;  
ApG 1907 §5 Abs1;  
ApKG §5;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §4 Abs4;  
FSVG §2 Abs1 Z1;  
FSVG §2;  
HGB §164;  
HGB §170;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Köller und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in Wien, vertreten durch Bachmann & Bachmann, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Opernring 8, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 6. September 2001, Zl. 125.996/1- 7/01, betreffend Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem FSVG (mitbeteiligte Partei: Mag. N in G, vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Nussdorfer Straße 10-12), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Mitbeteiligte hatte am 3. März 1983 mit seiner Ehefrau einen Gesellschaftsvertrag über eine

Kommanditgesellschaft abgeschlossen, in welcher der Mitbeteiligte die Stellung eines Kommanditisten und seine Ehefrau die Stellung einer persönlich haftenden Gesellschafterin (Komplementärin) einnahm. Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft war der Betrieb der öffentlichen Apotheke und Drogerie in G. Die Ehefrau des Mitbeteiligten brachte in die Gesellschaft u.a. das ihr allein gehörige Apotheken- und Drogerieunternehmen in G. ein. Der Mitbeteiligte brachte als Kommanditist als Einlage einen Barbetrag ein. Vereinbart wurde (§ 2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages), dass der Mitbeteiligte berechtigt ist, im Fall, dass das derzeit zwischen den Eigentümern der Apotheke in H. und ihm bestehende Pachtverhältnis aus welchem Grunde immer beendet werden sollte, in der Gesellschaft in einem von den Gesellschaftern einvernehmlich zu bestimmenden Ausmaß mitzuarbeiten. Am Vermögen der Gesellschaft waren die Gesellschafter je zur Hälfte beteiligt. Die Gesellschaft wurde von der Komplementärin allein und selbständig vertreten (§ 4 des Vertrages). Die Geschäftsführung stand ihr zu. Sie war im Rahmen ihrer Eigenverantwortlichkeit berechtigt, nach den Apothekenvorschriften erforderliche Maßnahmen auch ohne Zustimmung sowie auch gegen den Willen des Mitgesellschafters zu ergreifen. Die Geschäftsführungsbefugnis umfasste alle Geschäfte und Maßnahmen, die der gewöhnliche Betrieb eines Apothekenunternehmens mit sich bringt. Maßnahmen und Geschäfte, welche darüber hinausgehen, durften nur getroffen bzw. abgeschlossen werden, wenn ein Gesellschafterbeschluss vorlag (§ 5 des Vertrages). Der nach Abzug der Arbeitsvergütung der Komplementärin verbleibende Reingewinn war zwischen den Gesellschaftern je zur Hälfte aufzuteilen. Für die Beteiligung der Gesellschafter an einem Verlust der Gesellschaft waren die handelsrechtlichen Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft maßgeblich (§ 9 des Vertrages).

Der Mitbeteiligte war vom 1. Jänner 1977 bis 31. Dezember 1999 Mitglied der Österreichischen Apothekerkammer in der Abteilung für selbständige Apotheker. Er war vom 1. Jänner 1979 bis zum 31. Dezember 1994 wegen Weiterversicherung in der Pensionsversicherung nach dem ASVG gemäß § 16 FSVG (in der Stammfassung) von der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem FSVG befreit. Bis zum 31. Dezember 1994 hat er als Pächter eine Apotheke mit Standort in H. geführt. Seit 1. Jänner 1995 ist er in der Apotheke in G. als tätiger Miteigentümer (Kommanditist) gemeldet.

Nach Beendigung des Pachtvertrages betreffend die Apotheke in H. war der Mitbeteiligte ab 1. Jänner 1995 Dienstnehmer der eingangs erwähnten KG im "Drei-Zehntel-Dienst" und unterlag auf Grund dieses Dienstverhältnisses der Pflichtversicherung nach dem ASVG. Er war bei der Apothekerkammer ab 1. Jänner 1995 als tätiger Miteigentümer (Kommanditist) der Apotheke in G. gemeldet.

Mit Bescheid vom 18. Mai 1999 stellte die beschwerdeführende Sozialversicherungsanstalt gemäß § 3 FSVG i.V.m. § 194 GSVG und § 410 ASVG fest, dass der Mitbeteiligte seit 1. Jänner 1995 in der Pensionsversicherung nach § 2 Abs. 1 FSVG pflichtversichert sei. In der Begründung wurde der zuvor dargestellte unstrittige Sachverhalt festgestellt und sodann ausgeführt, Miteigentümer von Apotheken, zu denen auch Kommanditisten zählten, die in ihrer Apotheke als Pharmazeuten tätig seien, seien Mitglieder der Österreichischen Apothekerkammer in der Abteilung für selbständige Apotheker. Dies auch dann, wenn auf Grund dieser Tätigkeit im Einzelfall eine Pflichtversicherung nach dem ASVG bestehe. Unter Berücksichtigung der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem ASVG seien die Beiträge entsprechend der gesetzlichen Bestimmung über die Mehrfachversicherung in der Pensionsversicherung festzustellen und vorzuschreiben gewesen.

Der Mitbeteiligte erhob Einspruch. Darin führte er aus, gemäß § 3 FSVG seien auf die Pensionsversicherung die Bestimmungen des GSVG anzuwenden. Nach § 2 Abs. 1 Z. 4 letzter Satz GSVG bestehe eine Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung für Kommanditisten nicht. Es sei eindeutiger Wille des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechtes, dass bloß "kapitalistische" Einkünfte, die nicht in einem engen Sachzusammenhang mit erbrachten Tätigkeiten stünden, überhaupt nicht einer Pflichtversicherung in der Sozialversicherung unterliegen sollen. Sein Gewinnanteil als Kommanditist stehe ihm völlig unabhängig von jeder Erwerbstätigkeit zu. Es würde ihm dieser auch nicht verloren gehen, wenn er seine für die Gesellschaft ausgeübte Tätigkeit einstellte. Dies würde nur zum Verlust des Anspruches auf Arbeitsvergütung führen.

Die beschwerdeführende Sozialversicherungsanstalt legte den Einspruch dem Landeshauptmann von Niederösterreich vor. Im Begleitschreiben vom 16. Juli 1999 führte sie zum Einspruchsvorbringen aus, die vom Mitbeteiligten gewünschte Trennung seiner Einkünfte in solche, die er auf Grund seiner Mitarbeit in der Gesellschaft beziehe und auf Grund derer er der Pflichtversicherung und der Beitragspflicht nach dem ASVG unterliege, und in solche, die er zufolge seiner Beteiligung als Kommanditist (als von der Erwerbstätigkeit unabhängige Kapitaleinkünfte)

erziele, sei für das Bestehen der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem FSVG und für die Bildung der Beitragsgrundlage nicht relevant (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1987, 87/08/0054). Die im Rahmen der ASVG-Pflichtversicherung berücksichtigten Einkünfte des Mitbeteiligten führten im Wege der Mehrfachversicherung zu einer Differenzbeitragsvorschrift nach dem FSVG. Es komme daher zu keiner mehrfachen Beitragsbelastung von Einkommensbestandteilen.

Der Landeshauptmann von Niederösterreich gab mit Bescheid vom 25. April 2000 dem Einspruch keine Folge. In der Begründung wurde im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ausgeführt, nach dem Apothekerkammergesetz seien neben den eigentlichen selbständigen Apothekern, die die Betriebsberechtigung für eine öffentliche oder eine Anstaltsapotheke besitzen und diese Berechtigung auch ausübten, auch angestellte Apotheker Mitglieder der Kammer in der Abteilung der selbständigen Apotheker, wenn diese einerseits Miteigentümer von öffentlichen oder Anstaltsapotheken seien und andererseits zusätzlich in dieser Apotheke als pharmazeutische Fachkräfte tätig seien. Auf Grund dieser Mitgliedschaft in der Abteilung für selbständige Apotheker der Österreichischen Apothekerkammer sei der genannte Personenkreis (Miteigentümer, die in ihrer Apotheke als pharmazeutische Fachkraft tätig seien) in der Pensionsversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 FSVG pflichtversichert. Der Mitbeteiligte sei auf Grund des Gesellschaftsvertrages vom 3. März 1983 Gesellschafter der Apotheke. Er sei am Vermögen der Gesellschaft zur Hälfte beteiligt. Der Miteigentümer sei nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, welcher ein freies Verfügungsrecht der einzelnen Gesellschafter über ihren Gesellschaftsanteil nicht vorsehe, nach § 361 ABGB i.V.m. der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ein Miteigentümer im Sinne des § 5 Abs. 1 Apothekerkammergesetzes. Im Falle eines Kommanditisten und Miteigentümers einer Apotheke, welcher gleichzeitig als pharmazeutische Fachkraft im gleichen Betrieb tätig sei, würde die fehlende Sozialversicherungspflicht für die Einkünfte als Kommanditist bzw. Miteigentümer eine Ungleichbehandlung bewirken. Auf Grund der Einflussmöglichkeiten des als pharmazeutische Fachkraft in der Apotheke beschäftigten Miteigentümers würden Umgehungsmöglichkeiten geschaffen, welche Sinn und Zweck der anzuwendenden Gesetzesbestimmungen zuwiderlaufen würden.

Der Mitbeteiligte erhob Berufung. Darin führte er aus, neben seiner Tätigkeit als Pächter der öffentlichen Apotheke in H. habe er am 3. März 1983 mit seiner Ehefrau eine Kommanditgesellschaft zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in G. errichtet. Er sei als Kommanditist an der Gesellschaft beteiligt. Nach Beendigung des Pachtverhältnisses sei er in der Apotheke der KG im Rahmen eines Dienstvertrages tätig geworden. Dadurch sei er der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterlegen. Die Auffassung der Einspruchsbehörde, dass er als mitarbeitender Kommanditist Mitglied der Österreichischen Apothekerkammer in der Abteilung für selbständige Apotheker sei und damit gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 FSVG der Pflichtversicherung unterliege, sei rechtswidrig. Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft nach Handelsrecht seien nicht Miteigentümer im Sinne der Bestimmungen des ABGB. Nach § 5 Abs. 1 Apothekerkammergesetz seien in die Abteilung für selbständige Apotheker nur selbständig erwerbstätige Apotheker, also solche, die als Unternehmer im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Normen anzusehen seien, einzuordnen. Das bedeute aber, dass Kommanditisten jedenfalls nicht als selbständige Apotheker zu klassifizieren seien.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge und stellte in Abänderung des bekämpften Bescheides fest, dass der Mitbeteiligte seit dem 1. Jänner 1995 nicht in der Pensionsversicherung nach dem FSVG pflichtversichert sei. In der Begründung wurde nach einer Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzesziten der unstrittige Sachverhalt rechtlich wie folgt beurteilt: Der Gesellschaftsvertrag enthalte keine Vereinbarungen, die darauf hindeuteten, dass der Mitbeteiligte Geschäftsführungsbefugnisse, andere typische unternehmerische Aufgaben oder ein Unternehmerrisiko, das über seine Haftungseinlage hinausgehe, übernommen habe. Auch das Ermittlungsverfahren habe keinen Anhaltspunkt dafür ergeben, dass ihm - unabhängig vom Gesellschaftsvertrag - Funktionen zugekommen seien, die von der typischen Stellung eines Kommanditisten abwichen. Schließlich spreche auch nichts dafür, dass die Auffassung der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse, wonach der Mitbeteiligte keinen entscheidenden Einfluss auf die Gestion des Unternehmens ausüben könne und seine Beschäftigung die Merkmale eines Dienstverhältnisses im sozialversicherungsrechtlichen Sinn aufweise, unrichtig wäre.

Im Unterschied zu den Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften seien die persönlich haftenden Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) und von eingetragenen Erwerbsgesellschaften (OEG, KEG) typischerweise persönlich unternehmerisch tätig, um den Gesellschaftszweck zu erreichen. Es sei daher folgerichtig, dass diese

Personen, die auf Grund ihrer Haftung auch das wesentliche Unternehmerrisiko tragen, in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden (Hinweis auf SSV 3/98). Anders sei die Situation bei den Kommanditisten einer KG oder KEG, deren persönliche Haftung nach § 161 HGB auf den im Firmenbuch eingetragenen Haftungsbetrag beschränkt sei. Sie seien nur bei außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen in die Geschäftsführung eingebunden und von der Vertretung der Gesellschaft nach außen sogar zwingend ausgeschlossen. Bei den Kommanditisten stünden daher in der Regel die vermögensmäßige Beteiligung und die Kapitalverzinsung im Vordergrund. Für dieses Regelmodell der KG (KEG) bestehe eine Sozialversicherungspflicht nicht, weil auch nicht von einer Erwerbstätigkeit gesprochen werden könne (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 9. März 1983, 81/14/0044). Bringe der Kommanditist jedoch Dienstleistungen in die Gesellschaft ein und übernehme er typische unternehmerische Aufgaben oder trage ein Unternehmerrisiko, das über seine Haftungseinlage hinausgehe, liege eine Erwerbstätigkeit vor, die nach den Kriterien des § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG, bei Dienstleistungen gegebenenfalls nach § 4 Abs. 2 oder § 4 Abs. 4 ASVG, die Sozialversicherungspflicht nach sich ziehe.

Aus diesen Gründen sei § 2 Abs. 1 Z. 1 FSVG i.V.m. dem § 5 Abs. 1 Apothekerkammergesetz so auszulegen, dass keine Pflichtversicherung ohne entsprechende Erwerbstätigkeit eintrete. Eine Mitwirkung als typischer (der gesetzlichen Regelung entsprechender) Kommanditist könne daher nicht zu einer Pflichtversicherung führen, weil diese Mitwirkung keine Erwerbstätigkeit darstelle. Eine für einen Kommanditisten atypische Mitwirkung des Mitbeteiligten sei aus folgenden Gründen nicht anzunehmen: Über die für einen Kommanditisten typische Beschränkung auf das Zurverfügungstellen von Kapital gehe die Mitwirkung des Mitbeteiligten lediglich dadurch hinaus, dass er in der Apotheke ungefähr 12 Stunden pro Woche als Pharmazeut beschäftigt sei. Da diese Tätigkeit jedoch als Dienstnehmer ausgeübt werde, könne sie nicht als Element einer selbständigen Erwerbstätigkeit angesehen werden. Die vom Mitbeteiligten gewählte Form einer Beteiligung an der Gesellschaft und seiner Mitwirkung in der Apotheke seien rechtlich durchaus zulässig. Da auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür bestünden, dass diese vertraglichen Gestaltungen nur zum Schein vorgenommen worden seien, müsse die sozialversicherungsrechtliche Wirkung der Trennung seiner Beteiligung an der Apotheke in eine rein kapitalistische Beteiligung als Kommanditist und in eine Beschäftigung als Dienstnehmer als dem Gesetz entsprechend angesehen werden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragt - unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift - die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Der Mitbeteiligte erstattete eine Gegenschrift, in der er die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die beschwerdeführende Sozialversicherungsanstalt erachtet sich in dem Recht verletzt, die Pflichtversicherung des Mitbeteiligten in der Pensionsversicherung nach dem FSVG vom 1. Jänner 1995 bis 31. Dezember 1999 festzustellen. Dazu führt sie aus, die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem FSVG sei an die Mitgliedschaft in der Österreichischen Apothekerkammer in der Abteilung für selbständige Apotheker geknüpft. Dies sei eine von der Apothekerkammer zu beurteilende Vorfrage. Es sei unbestritten, dass der Mitbeteiligte am Vermögen der Gesellschaft zur Hälfte beteiligt sei und im Unternehmen mitarbeite. Die Beurteilung der Österreichischen Apothekerkammer sei daher keinesfalls als unrichtig zu erkennen. Diese zutreffende Vorfragenbeurteilung führe auch zur Pflichtversicherung nach dem FSVG.

§ 1 FSVG regelt die Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung einiger Gruppen im Inland freiberuflich selbständig Erwerbstätiger nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.

§ 2 Abs. 1 FSVG in der Stammfassung, BGBl. Nr. 624/1978, lautet auszugsweise:

"§ 2. (1) Auf Grund dieses Bundesgesetzes sind, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen pflichtversichert:

...

3. die Mitglieder der Österreichischen Apothekerkammer in der Abteilung für selbständige Apotheker;

..."

Ab 1. Jänner 1998 lautet diese Bestimmung zufolge der 10. Novelle zum FSVG, BGBl. I Nr. 139/1997, wie folgt:

"(1) Auf Grund dieses Bundesgesetzes sind, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Pensionsversicherung in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen pflichtversichert:

1. die Mitglieder der Österreichischen Apothekerkammer in der Abteilung für selbständige Apotheker;

..."

§ 5 Apothekerkammergesetz lautet, und zwar Abs. 1 in der Fassung BGBl. Nr. 54/1989, Abs. 2 in der Fassung BGBl. Nr. 173/1957, sowie Abs. 3 und 4 in der Stammfassung:

"§ 5. (1) Mitglieder der Kammer in der Abteilung der selbständigen Apotheker sind alle physischen und juristischen Personen, die nach den Bestimmungen des Apothekengesetzes, RGBl. Nr. 5/1907, in der jeweils geltenden Fassung, die Berechtigung zum Betrieb einer öffentlichen oder einer Anstaltsapothekes besitzen und diese Berechtigung auch ausüben, sowie die Miteigentümer solcher Apotheken, die in ihrer Apotheke als pharmazeutische Fachkräfte tätig sind. Im Falle der Verpachtung einer öffentlichen Apotheke tritt an die Stelle der Berechtigten und der Miteigentümer jedoch der Pächter.

(2) Mitglieder der Kammer in der Abteilung der Angestelltenapotheker sind alle in einer der im Abs. 1 genannten Apotheken tätigen pharmazeutischen Fachkräfte (vertretungsberechtigte Apotheker, Aspiranten und Dispensanten), soweit für diese nicht die Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in der Abteilung der selbständigen Apotheker gegeben sind, sowie die durch eine Funktion in einer Standesvertretung oder auf Grund eines öffentlichen Mandates an der Ausübung ihres pharmazeutischen Berufes verhinderten pharmazeutischen Fachkräfte.

(3) Die in den Absätzen (1) und (2) genannten Personen haben sich innerhalb dreier Tage nach Beginn ihrer beruflichen Tätigkeit bei der Apothekerkammer zu melden und jede Veränderung binnen gleicher Frist dort anzuzeigen.

(4) Die Mitgliedschaft erlischt mit dem Verlust der in den Absätzen (1) und (2) erwähnten Rechtsstellung, doch bleiben stellenlos gewordene Angestellte so lange Mitglieder, als sie bei der Stellenlosenvermittlung der pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich gemeldet sind. Wird ein angestellter Apotheker zum selbständigen Apotheker oder umgekehrt, so wird er Mitglied der für ihn zuständigen Abteilung."

Die belangte Behörde vertritt die Auffassung, dass in einer Apotheke als Pharmazeuten mitarbeitende Kommanditisten der Eigentümerkommanditgesellschaft, die in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt sind, nicht nach dem FSVG, sondern nach § 4 Abs. 1 i.V.m. 2 ASVG pflichtversichert seien. Eine Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z. 1 FSVG i.V.m.

§ 5 Abs. 1 ApothekerkammerG trete nur im Falle einer "entsprechenden Erwerbstätigkeit" (worunter die belangte Behörde - wie die weiteren Ausführungen der Begründung des angefochtenen Bescheides zeigen - eine selbständige unternehmerische Erwerbstätigkeit eines Komplementärs einer KG versteht) ein.

Dieser Auffassung der belangten Behörde kann aus folgenden Gründen nicht beigetreten werden:

§ 1 FSVG regelt die Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung einiger Gruppen im Inland freiberuflich selbständig Erwerbstätiger nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen. Wer demnach als freiberuflich selbständig Erwerbstätiger anzusehen ist, ergibt sich aus dem die Pflichtversicherung regelnden § 2 leg. cit. § 2 FSVG knüpft die Pflichtversicherung im hier maßgebenden Zusammenhang nicht an die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, sondern ausschließlich an die Mitgliedschaft der betreffenden "natürlichen Personen" in der Österreichischen Apothekerkammer in der Abteilung für selbständige Apotheker.

Nach § 5 Apothekerkammergesetz in der hier zeitraumbezogen anzuwendenden, oben wiedergegebenen Fassung sind Mitglieder der Kammer in der Abteilung für selbständige Apotheker einerseits alle physischen (und juristischen) Personen, welche die Berechtigung zum Betrieb einer öffentlichen oder einer Anstaltsapothekes besitzen und diese Berechtigung auch ausüben (unter diese Kategorie fällt der Mitbeteiligte nicht), andererseits aber auch Miteigentümer solcher Apotheken, die in ihrer Apotheke als pharmazeutische Fachkräfte tätig sind.

Der Mitbeteiligte ist zwar (nur) Kommanditist, insoweit jedoch auch (Gesamthand-)Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens (vgl. OGH SZ 52/112). Soweit ein solcher Kommanditist daher in seiner Apotheke als pharmazeutische Fachkraft tätig ist, ist er Mitglied der Abteilung für selbständige Apotheker in der Apothekerkammer

und damit pflichtversichert im Sinne des § 2 FSVG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1987, 87/08/0054).

Andererseits ist nach der sinngemäß auch auf Kommanditisten zu übertragenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu angestellten Gesellschaftern einer GmbH auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein an der Geschäftsführung nicht beteiligter Kommanditist in einem Verhältnis wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. September 1994, 93/08/0175, sowie Jabornegg, HGB, § 164, Rz 11 mit zahlreichen Hinweisen) zur KG als Dienstgeberin (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12325/A) beschäftigt sein kann und daher auch eine Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG für ihn in Betracht kommt.

Es trifft auch zu, dass die Rechtsstellung eines Kommanditisten durch entsprechende Vertragsgestaltung, insbesondere durch Einräumung von Geschäftsführungsbefugnissen auch der eines Komplementärs so weit angenähert werden kann, dass seine Tätigkeit der eines selbständig Erwerbstätigen entspricht (vgl. das Erkenntnis vom 30. September 1994, Zl. 93/08/0175, m. w.H.). Dies wird jedoch für eine KG, die eine Apotheke betreibt, durch besondere gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen:

Gemäß § 12 Abs. 1 Apothekengesetz ist die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke ein persönliches Betriebsrecht und darf auf andere nicht übertragen werden. Der Apothekenbetrieb hat, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, in der Rechtsform eines Einzelunternehmens des Konzessionsinhabers zu erfolgen. Gemäß § 12 Abs. 2 leg. cit. sind die Errichtung und der Betrieb einer öffentlichen Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft nach handels- und sonstigen zivilrechtlichen Vorschriften nur zulässig, wenn zur Gewährleistung ausreichender rechtlicher und wirtschaftlicher Verfügungsmacht im Apothekenunternehmen der Konzessionsinhaber (hier also die Ehefrau des Mitbeteiligten) sowohl Gesellschafter mit ausschließlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, insbesondere allein berechtigt ist, sämtliche für die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung notwendigen Maßnahmen durchzuführen, als auch über eine Beteiligung am gesamten Apothekenunternehmen von mehr als der Hälfte verfügt. Dieser Bestimmung wird auch entsprochen, wenn der Konzessionsinhaber über eine wesentliche Beteiligung am gesamten Apothekenunternehmen von mindestens einem Viertel verfügt sowie berechtigt und verpflichtet ist, seine Beteiligung entweder durch Übergang von Todes wegen oder längstens innerhalb von zehn Jahren durch Übergang unter Lebenden auf insgesamt mehr als die Hälfte des gesamten Apothekenunternehmens zu erhöhen. Die Beteiligung am gesamten Apothekenunternehmen ist nach dem Verhältnis der Ansprüche des Konzessionsinhabers im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft zu den Ansprüchen der übrigen Gesellschafter im Falle ihres Ausscheidens festzustellen. Gemäß § 12 Abs. 4 leg. cit. bedürfen Vereinbarungen jeder Art über Errichtung und Betrieb einer öffentlichen Apotheke gemäß Abs. 2 sowie Änderungen solcher Vereinbarungen der Genehmigung durch die Österreichische Apothekerkammer. Entsprechen Vereinbarungen oder Änderungen derselben nicht den in Abs. 2 geforderten Voraussetzungen, ist die Genehmigung zu versagen. Den Abs. 1 bis 3 widersprechende Erklärungen, Vereinbarungen oder Beschlüsse jeder Art sowie Treuhandverträge sind für die Vertragspartner rechtsunwirksam.

Daraus ergibt sich, dass bei Kommanditgesellschaften, welche Apotheken führen, die Rechtsstellung der Kommanditisten von Gesetzes wegen gerade nicht an die eines selbständig Erwerbstätigen angeglichen werden kann, sondern die uneingeschränkte Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis - hier - der Komplementärin als Konzessionsträgerin gewahrt sein muss. Kommanditisten müssen daher von der (laufenden) Geschäftsführung im Sinne des § 164 HGB ohne Recht auf Widerspruch in Bezug auf Handlungen des persönlich haftenden Gesellschafters als Konzessionsinhaber ausgeschlossen bleiben (der nicht dispositive Ausschluss von der Vertretung ergibt sich schon aus § 170 HGB; vgl. z.B. Jabornegg, HGB, § 170, Rz 1). Soweit solche Kommanditisten daher als pharmazeutische Fachkräfte auch Arbeitsleistungen erbringen, treten diese in rechtlicher Hinsicht typischerweise gerade nicht als selbständige Erwerbstätigkeit in Erscheinung. Sie werden entweder auf besonderen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag, einem freien Dienstvertrag oder einem Arbeitsvertrag beruhen (vgl. Jabornegg, a.a.O., § 164 Rz 11).

Soweit daher der Gesetzgeber in § 2 FSVG i.V.m. § 5 Apothekerkammergesetz als pharmazeutische Fachkräfte mittätige Miteigentümer von Apotheken ungeachtet der rechtlichen Grundlagen dieser Tätigkeit in die Pflichtversicherung nach dem FSVG einbezogen hat, sind davon - und ungeachtet der steuerlichen Behandlung ihrer gesamten Einkünfte im Sinne des § 23 Z. 2 EStG 1988 - typischerweise gerade keine selbständig erwerbstätigen Kommanditisten betroffen, sondern u.a. auch solche Kommanditisten, bei denen die Beschäftigung auf (freien) Dienstverträgen beruht. Insoweit

ist die Versicherungspflicht mitarbeitender Miteigentümer von Apotheken in § 2 FSVG besonders geregelt, sodass diese Bestimmung als lex posterior und lex specialis anderen in Betracht kommenden konkurrierenden Rechtsgrundlagen für eine Pflichtversicherung (wie z.B. § 4 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und § 4 Abs. 4 ASVG) vorgeht. Der Umstand, dass der Mitbeteiligte im fraglichen Zeitraum faktisch, jedoch zu Unrecht, als nach dem ASVG pflichtversichert angesehen wurde, vermag daran nichts zu ändern.

Da die belangte Behörde diese Rechtslage verkannt hat, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 17. März 2004

#### **Schlagworte**

Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen Materien Selbständige Erwerbstätigkeit Abgrenzung

Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen Materien Sozialversicherung Handelsrecht

Gesellschaftsrecht

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2001080170.X00

#### **Im RIS seit**

03.05.2004

#### **Zuletzt aktualisiert am**

15.10.2008

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)