

taxlex

Steuerrecht ■ Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht
für die betriebliche Praxis

Top Thema

Rechnungslegungsrechts-Änderungsgesetz 2010 – Änderungen der Unternehmens- und Steuerbilanz

Unternehmenssteuerrecht
Ausscheiden ausländischer Gruppenmitglieder

Internationales Steuerrecht
Die kroatische Einkommen- und
Körperschaftsteuer

Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis
Sonderzahlungsrückverrechnung
bei nachträglichem Anspruchsentfall

ZEITSCHRIFT FÜR
STEUER UND BERATUNG
NOVEMBER 2009

11

453 – 496

Schriftleitung:

Markus Achatz
Sabine Kirchmayr-
Schliesselberger

Redaktion:

Dietmar Aigner
Gernot Aigner
Nikolaus Arnold
Heribert Bach
Andreas Damböck
Tina Ehrke-Rabel
Johann Fischerlehner
Friedrich Fraberger
Klaus Hirschler
Sabine Kanduth-Kristen
Georg Kofler
Roman Leitner
Andreas Sauer
Niklas Schmidt
Friedrich Schrenk
Kurt Schweighart
Stefan Steiger
Gerhard Steiner
Johannes Stipsits
Gerald Toifl



Helwig Aubauer
Thomas Neumann
Günter Steinlechner

MANZ

Kommanditisten im ASVG (Update 2009)

Kommanditisten können sozialversicherungsrechtlich entweder nach dem ASVG als echter/ freier Dienstnehmer, neuer Selbständiger oder überhaupt nicht der Pflichtversicherung unterliegen. Dieser Artikel beschäftigt sich mit der Pflichtversicherung gemäß ASVG und der Abgrenzung zum GSVG.¹⁾

STEFAN STEIGER

§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG;
§ 4 Abs 1 und 2, §§ 43 a und 410 ASVG;
§ 2 KommStG
Kommanditist;
Dienstnehmer;
Selbständiger;
Unternehmerrisiko;
Lohnnebenkosten

A. Einleitung

In den letzten Monaten wurde ich immer häufiger mit der Problematik konfrontiert,²⁾ dass die Gebietskrankenkassen verstärkt Kommanditisten als echte Dienstnehmer in die Pflichtversicherung gem § 4 Abs 1 Z 1 ASVG aufnehmen wollen. Gestärkt durch Entscheidungen, wie zB die bekannte Skilehrerentscheidung aus Salzburg (VwGH 2. 4. 2008, 2007/08/0240), versuchen nun auch die Gebietskrankenkassen die Kommanditisten – zum Leidwesen der SVA der gewerblichen Wirtschaft – „anzuzapfen“.

B. Wann kommt es zu einer Pflichtversicherung nach dem ASVG?

Mit einem Kommanditisten kann sowohl ein echtes als auch ein freies Dienstverhältnis iS des ASVG eingegangen werden.

Ein Dienstverhältnis³⁾ gem § 4 Abs 2 ASVG ist dann vorgesehen, wenn eine Person persönlich und wirtschaftlich abhängig gegen Entgelt beschäftigt wird. Die persönliche/wirtschaftliche Abhängigkeit setzt voraus, dass der Kommanditist⁴⁾

- kein Unternehmerrisiko (über seine Vermögensanlage hinaus) zu tragen hat;
- keine Geschäftsführungsbefugnisse innehat;
- persönlich weisungsgebunden ist.⁵⁾

Die E-MVB gehen grundsätzlich von keiner Dienstnehmerstellung aus, wenn der Person eine entscheidende Mitwirkung auf die Führung der Geschäfte zusteht.⁶⁾ Weiters wird angeführt: „In der Regel wird dies dann der Fall sein, wenn auf Grund von Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag Rechte eingeräumt werden, die ihm einen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ermöglichen. Die Stellung eines derartigen Kommanditisten kommt in diesen Fällen jener eines Komplementärs gleich, wodurch in derartigen Fällen die Dienstnehmerstellung zu verneinen ist.“

Liegt ein echtes Dienstverhältnis gem § 4 Abs 2 ASVG nicht vor, so ist zu prüfen, ob der Pflichtversicherungstatbestand des freien Dienstverhältnisses gem § 4 Abs 4 ASVG zur Anwendung kommt. Der Unterschied zwischen einem echten und freien Dienstverhältnis liegt grundsätzlich in der nicht bestehenden Eingliederung (Arbeitsort, Arbeitszeit sowie arbeitsbezogenes Verhalten) sowie in der grundsätzlichen Vertretungsmöglichkeit. Besteht zB überhaupt keine persönliche Arbeitspflicht, steht es dem

Arbeitnehmer frei, die Arbeit selbst zu erbringen oder jemanden anderen damit zu beauftragen, liegt auch kein freies Dienstverhältnis vor. Eine Dienstleistungsverpflichtung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit liegt jedoch bei beiden (beim echtem und freiem Dienstverhältnis) vor. Beispielsweise wäre es im Bereich des Verlagswesens denkbar, dass der Kommanditist zwar die Weisungen bezüglich der Thematik und des Abgabetermins der Beiträge bekommt, jedoch keine Vorgaben zur Art und Weise der Ausübung der Tätigkeit – wobei beim freien Dienstverhältnis im Regelfall die wesentlichen Betriebsmittel vom Dienstgeber gestellt werden.

Der Vorteil des freien Dienstverhältnisses liegt einerseits im Wegfall des Wohnbauförderungsbeitrags (0,5% sowohl DG- als auch DN-seitig), andererseits im Wegfall wesentlicher arbeitsrechtlicher Regelungen.⁷⁾ Ab 2010 wird das freie Dienstverhältnis aber mit Lohnnebenkosten belegt – nicht hingegen das echte Dienstverhältnis beim Kommanditisten (s unten).

Zur Abgrenzung, ob nun beispielsweise ein echtes Dienstverhältnis gem § 4 Abs 2 ASVG oder eine Mitarbeit auf gesellschaftsrechtlicher Basis vorliegt, die möglicherweise eine Pflichtversicherung als selbständig Erwerbstätiger auslöst, werden folgende Kriterien wesentlich sein:

Dr. Stefan Steiger ist Geschäftsführer der Elixia SteuerberatungsGmbH, Fachvortragender und Fachbuchautor, insb auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts.

- 1) Eine ausführliche Darstellung zur Abgrenzung findet sich in Steiger, Das Sozialversicherungsverhältnis von Kommanditisten, taxlex 2006, 132.
- 2) Beispielsweise wurden bei einer SVA von Kommanditisten drei idente Versicherungserklärungen als neuer Selbständiger abgegeben. Zwei davon wurden in die SVA einbezogen. Einer wurde von der GKK kontaktiert, dass ihn die KG als Dienstnehmer anmelden möge.
- 3) Ein steuerliches Dienstverhältnis kann beim angestellten Kommanditisten kraft Vorliegens von selbständigen oder gewerblichen Einkünften nicht vorliegen. Der Kommanditist unterliegt daher jedenfalls der Einkommensteuer.
- 4) Siehe dazu auch VwGH 10. 12. 1986, 83/08/0200, zu einem Kommanditisten einer GmbH & Co KG, der gleichzeitig auch als Gesellschafter (nicht Geschäftsführer) der Komplementär-GmbH tätig ist.
- 5) Interessanterweise wurde bei einem mir vorliegenden Fall bei einer GKK eine Pflichtversicherung als echter Dienstnehmer festgestellt, obwohl der Kommanditist lt Gesellschaftsvertrag definitiv weisungsfrei gestellt wurde.
- 6) Z 004-ABC-G-011 MVB.
- 7) Siehe dazu ausführlich Schrenk, Der freie Dienstnehmer im Arbeitsrecht, taxlex 2005, 119 ff.

Liegt ein echter oder freier (am besten schriftlicher) Dienstvertrag vor, aus dem eindeutig hervorgeht (Parteienwillen), dass der Kommanditist Anspruch auf Bezüge aufgrund dieses (freien) Dienstvertrags hat, wird eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs 2 ASVG (echtes Dienstverhältnis) bzw § 4 Abs 4 ASVG (freies Dienstverhältnis) zu unterstellen sein. Zum Ausdruck wird dies auch dadurch kommen, dass ein Bezug samt Lohnnebenkosten ausbezahlt wird und dieser Bezug in die einheitliche Gewinnermittlung der KG/KEG eingeht. Gibt es keinen schriftlichen Dienstvertrag, so könnte die GKK anhand der Tätigkeit und der Stundenanzahl den Bezug schätzen oder einen bestimmten Anteil am Gewinn annehmen. Die konkrete Angabe einer Bezugshöhe ist daher zu empfehlen. Die Vereinbarung eines 13. und 14. Bezuges bringt ertragsteuerlich keinen Vorteil, da es keine Lohnsteuer und somit auch keine begünstigte Besteuerung der Sonderzahlungen gibt. Es ist aber zu beachten, dass dies arbeitsrechtlich möglicherweise vorgesehen ist, zB bei Vorliegen eines Kollektivvertrags.

Bekommt der mitarbeitende Kommanditist eine Tätigkeitsvergütung, die im Rahmen einer Gewinnverteilung, zB in Form eines Gewinnvorab ausbezahlt wird, so wird damit keine Pflichtversicherung nach dem ASVG ausgelöst, wenn zusätzlich auch vereinbart wird, dass das Gewinnvorab durch eintretende Verluste reduziert werden könnte. ME würde dies auch dann der Fall sein, wenn zwar keine Reduzierung des Gewinnvorabs vereinbart würde, aber der Kommanditist aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Regelung keine Weisungen annehmen muss oder ein Unternehmerrisiko (Haftung über die Vermögensanlage hinaus) trägt.

Dies bedeutet aber auch, dass man sich den Pflichtversicherungstatbestand nicht „aussuchen“ kann. Es kommt daher entweder das ASVG oder GSVG zur Anwendung. Die GKK darf den Kommanditisten beispielsweise daher nicht einbeziehen, wenn er maßgeblichen Einfluss auf die laufende Geschäftsführung hat. Die SVA ist aber grundsätzlich verpflichtet, bei Einlangen einer Versicherungserklärung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (neuer Selbständiger) zu prüfen, ob möglicherweise ein Tatbestand im ASVG erfüllt wäre.

Von Interesse wird das echte oder freie Dienstverhältnis va für jene Personen sein, die aufgrund der Ausnahmeregelung im GSVG nicht in den Versicherungsschutz der Pensions-, Unfall- und Krankenversicherung als selbständig Erwerbstätige kommen, weil sie entweder als „Altfälle“⁸⁾ ausgenommen sind oder als „Kapitalgeber“ unter keinen Pflichtversicherungstatbestand im GSVG fallen. Hier wäre durchaus vorstellbar, dass der Kommanditist als reiner Kapitalgeber, dh ohne Unternehmerrisiko und ohne Mitspracherecht auf die laufende Geschäftsführung, als geringfügig Beschäftigter mit einer freiwilligen Option nach § 19 a ASVG (monatlich € 50,48) in den Genuss eines sehr günstigen Kranken- und Pensionsversicherungsschutzes kommt. Der Unfallversicherungsschutz besteht bereits aufgrund des Dienstverhältnisses.

Damit es bei gemeinsamen Prüfungen nicht zu „bösen Überraschungen“ kommt, empfiehlt sich die bescheidmäßige Feststellung der Tatbestands durch die örtliche GKK gem § 410 ASVG. Möglich wäre auch die Beantragung einer Information gem § 43 a ASVG. Allerdings sollte hier nicht nur der Arbeitsvertrag, sondern auch der Gesellschaftsvertrag der GKK vorgelegt werden.

C. Kann es zu einer „Mehrfachversicherung“ im ASVG und GSVG kommen?

Wird der Kommanditist von Seiten der GKK als echter oder freier Dienstnehmer angesehen, so hat aufgrund der Regelungen in § 2 Abs 1 Z 4 GSVG die SVA der gewerblichen Wirtschaft das Nachsehen. Sie kann dann keine Beiträge mehr vorschreiben und zwar auch dann nicht, wenn der Bezug des Kommanditisten im Verhältnis zum zugewiesenen Jahresgewinn der Kommanditgesellschaft gering ist.⁹⁾ Wohl kann aber eine Pflichtversicherung im ASVG oder GSVG aufgrund einer anderen Tätigkeit entstehen.

Aus Kostensicht könnte es daher interessant sein, ein echtes Dienstverhältnis (mit einem schriftlichen Dienstvertrag) mit einem relativ geringen Entgelt über der Geringfügigkeitsgrenze abzuschließen und sich damit die hohen Beiträge in der gewerblichen Sozialversicherung von 25,18% (2009) bzw 25,43% (2010)¹⁰⁾ zu ersparen. Ein weiterer Vorteil der ASVG-Versicherung gegenüber der GSVG-Versicherung liegt in der Krankenversicherung. Im ASVG kommt die E-card-Gebühr iHv € 10,- einmal jährlich zur Anwendung. Im Bereich des GSVG gibt es grundsätzlich einen Selbstbehalt bei bestimmten ärztlichen Leistungen von 20%. Zu berücksichtigen ist aber jedenfalls die geringere Beitragsgrundlage in der Pensionsversicherung, die dann auch zu einer geringen Gutschrift am Pensionskonto und daher auch im Regelfall zu einer geringen Pension führen wird.

8) Mit 1. 1. 1998 trat der Versicherungstatbestand der selbständig Erwerbstätigen gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG in Kraft. In der Erstfassung waren „Kommanditisten“ von Kommanditgesellschaften bzw Kommanditerwerbsgesellschaften aus diesem Pflichtversicherungstatbestand ausgenommen (§ 2 Abs 1 Z 4 letzter Satz GSVG). Mit der 23. GSVG-Novelle wurde diese Ausnahmebestimmung mit § 276 Abs 4 GSVG insofern gestrichen, als „Kommanditisten“, deren Gesellschaftsverhältnis vor dem 1. 7. 1998 begründet wurde, nicht der Pflichtversicherung als selbständig Erwerbstätige unterliegen – sog „Altfälle“. Die SVA geht hier im Regelfall vom Datum der Eintragung ins Firmenbuch aus. Für „Kommanditistenstellungen“, die vor dem 1. 7. 1998 begründet wurden, jedoch erst ab dem 1. 7. 1998 eingetragen wurden, kann eine Prüfung bei der SVA beantragt werden. Kommt es zu Veränderungen des Gesellschaftsverhältnisses ab dem 1. 7. 1998, so bleibt grundsätzlich die Ausnahme von der Pflichtversicherung bestehen, wenn sich an der gesellschaftsrechtlichen Stellung des „Kommanditisten“ nichts ändert.

9) „Selbständig erwerbstätige Personen, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte im Sinne der §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG 1988) erzielen, wenn auf Grund dieser betrieblichen Tätigkeit nicht bereits Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz oder einem anderen Bundesgesetz in dem (den) entsprechenden Versicherungszweig(en) eingetreten ist.“

10) Jeweils ohne den Unfallversicherungsbeitrag.

D. Kommanditisten und Lohnnebenkosten

Bei Vorliegen einer Pflichtversicherung als echter Dienstnehmer gem § 4 Abs 2 ASVG kommt es zu keiner Lohnnebenkostenpflicht von DB, DZ und Kommunalsteuer, da diese Personen weder steuerliche Dienstnehmer noch wesentlich Beteiligte an einer Kapitalgesellschaft sind. Derzeit werden auch Kommanditisten, die in einem freien Dienstverhältnis gem § 4 Abs 4 ASVG stehen, ebenfalls nicht in DB, DZ und Kommunalsteuer einbezogen. Ab 1. 1. 2010 sieht die Sache bei den freien Dienstverhältnissen jedoch anders aus. Aufgrund der Änderungen durch das Budgetbegleitgesetz 2009 werden ab 1. 1. 2010 auch freie Dienstverhältnisse iSd § 4 Abs 4 ASVG einbezogen. Dies trifft dann auch Kommanditisten. Kommanditisten als echte Dienstnehmer gem § 4 Abs 2 ASVG bleiben jedoch mE weiter-

hin von den Lohnnebenkosten (DB, DZ und KommSt) befreit.¹¹⁾

11) § 2 lit a KommSt lautet: „Personen, die in einem Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 stehen, freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs 4 ASVG, sowie an Kapitalgesellschaften beteiligte Personen im Sinne des § 22 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988.“

SCHLUSSSTRICH

Kommanditisten können entweder nach dem ASVG, GSVG oder gar nicht versichert sein. Eine Pflichtversicherung als echter Dienstnehmer wird dann bestehen, wenn die Person persönlich und wirtschaftlich abhängig gegen Entgelt beschäftigt ist. DB, DZ und KommSt fällt bei echten Dienstverhältnissen von Kommanditisten nicht an.