



Im Namen des Volkes

Verkündet am
14. März 2018

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 12 R 5/16 R**

LSG Baden-Württemberg 18.10.2016 - L 11 R 1032/16

SG Heilbronn 24.02.2016 - S 2 R 3390/12

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Deutsche Rentenversicherung Bund,
Ruhrstraße 2, 10709 Berlin,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1.,
2. AOK Baden-Württemberg,
Presselstraße 19, 70191 Stuttgart,
3. Bundesagentur für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 2018 durch den Präsidenten Prof. Dr. Schlegel, die Richter Heinz und Beck sowie den ehrenamtlichen Richter Hehr und die ehrenamtliche Richterin Rothacher für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 18. Oktober 2016 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund Beschäftigung der Sozialversicherungspflicht unterliegt.
- 2 Der Kläger ist als selbstständiger Rechtsanwalt und als stellvertretender ärztlicher Direktor einer Universitätsklinik, Abteilung Sportmedizin (Teilzeit zu 40 %), tätig. Darüber hinaus ist er Gesellschafter und Geschäftsführer der zu 1. beigeladenen GmbH. An deren Stammkapital sind mit je 20 % zwei juristische Personen sowie mit je 12 % fünf Ärzte, darunter der Kläger, beteiligt. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, im Einzelnen genannte Beschlüsse - ua über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung - bedürfen einer 3/4-Mehrheit.
- 3 Hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer stellte die beklagte Deutsche Rentenversicherung Bund im Rahmen eines vom Kläger initiierten Statusfeststellungsverfahrens gegenüber dem Kläger und der Beigeladenen zu 1. fest, dass der Kläger ab 1.2.2010 aufgrund Beschäftigung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt (*Bescheide vom 1. und 23.4.2012; Widerspruchsbescheid vom 19.9.2012*).
- 4 Das SG hat die auf Aufhebung der Bescheide der Beklagten gerichtete Klage des Klägers abgewiesen (*Gerichtsbescheid vom 24.2.2016*). Das LSG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Zwar sprächen die Regelungen im Geschäftsführervertrag und ihre gelebte Praxis nur bezüglich des festen Monatsgehalts von 600 Euro für Beschäftigung; die Arbeitszeit sei nicht näher festgelegt worden und der Kläger habe seine Tätigkeit frei und eigenverantwortlich gestalten können. Gleichwohl sei nach dem Gesamtbild Beschäftigung anzunehmen, weil der Kläger auch aufgrund seiner nur 12%igen Beteiligung am Stammkapital als Geschäftsführer im Rahmen seiner Tätigkeit an Gesellschafterbeschlüsse gebunden sei und für bestimmte bedeutende Geschäfte sogar die vorherige Zustimmung von Gesellschafterversammlung bzw Aufsichtsrat erforderlich sei (*Urteil vom 18.10.2016*).
- 5 Mit seiner Revision rügt der Kläger eine Verletzung von § 7 Abs 1 SGB IV, § 25 Abs 1 SGB III und § 1 S 1 Nr 1 SGB VI. Er könne seine Geschäftsführertätigkeit für die Beigeladene zu 1. in jeglicher Hinsicht nach Ort, Zeitpunkt, Dauer und Art der Ausführung vollkommen frei ausüben und sei insoweit auch nicht in die Arbeitsprozesse der Beigeladene zu 1. eingegliedert. Er erhalte lediglich ein geringes festes Entgelt in Höhe von monatlich 600 Euro, welches ihm auch erst im Folgejahr in Gänze für das zurückliegende Jahr überwiesen würde. Darüber hinaus erhalte er für seine weitere ärztliche Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. ein umsatzabhängi-

ges - verglichen mit dem Entgelt als Geschäftsführer relativ hohes - variables Gehalt, welches sich nach dem Unternehmenserfolg richtet. Er trage daher ein unternehmerisches Risiko.

- 6 Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 18. Oktober 2016, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Heilbronn vom 24. Februar 2016 und die Bescheide der Beklagten vom 1. und 23. April 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. September 2012 aufzuheben.
- 7 Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,
die Revision des Klägers zurückzuweisen.
- 8 Die übrigen Beteiligten haben keine Anträge gestellt. Die Beigeladene zu 3. teilt die rechtliche Argumentation im angefochtenen Urteil.

II

- 9 Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Zu Recht haben die Vorinstanzen die Anfechtungsklage als unbegründet abgewiesen, weil die angefochtenen Bescheide der Beklagten rechtmäßig sind. Als Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH mit einem Anteil am Stammkapital von 12 % und ohne eine im Gesellschaftsvertrag (Satzung) geregelte umfassende ("echte"/"qualifizierte") Sperrminorität unterliegt der Kläger in dieser Tätigkeit aufgrund Beschäftigung der Sozialversicherungspflicht.
- 10 1. Zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Widerspruchsbescheids vom 19.9.2012 unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, in der GRV sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung der Versicherungspflicht (*vgl § 1 S 1 Nr 1 SGB VI in der Fassung des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung vom 24.4.2006 <BGBl I 926> und § 25 Abs 1 S 1 SGB III in der Fassung des Job-AQTIV-Gesetzes vom 10.12.2001 <BGBl I 3443>*).
- 11 Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (S 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (S 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das

Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (*stRspr*; vgl zum Ganzen zB BSG Urteil vom 16.8.2017 - B 12 KR 14/16 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 31 RdNr 17 mwN und BSG Urteil vom 31.3.2017 - B 12 R 7/15 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 30 RdNr 21 mwN, jeweils auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen; BSG Urteil vom 30.4.2013 - B 12 KR 19/11 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 21 RdNr 13 mwN; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl BVerfG <Kammer> Beschluss vom 20.5.1996 - 1 BvR 21/96 - SozR 3-2400 § 7 Nr 11). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG Urteil vom 23.5.2017 - B 12 KR 9/16 R - SozR 4-2400 § 26 Nr 4 RdNr 24 mwN, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen).

- 12 Bei der Statusbeurteilung ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen, den die Verwaltung und die Gerichte konkret festzustellen haben. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen "Etikettenschwindel" handelt, der uU als Scheingeschäft iS des § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG Urteil vom 18.11.2015 - B 12 KR 16/13 R - BSGE 120, 99 = SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 17 mwN).

- 13 Diese Maßstäbe gelten auch für Geschäftsführer einer GmbH (vgl zuletzt BSG Urteil vom 11.11.2015 - B 12 KR 10/14 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 28 RdNr 15 ff; BSG Urteil vom 29.7.2015 - B 12 KR 23/13 R - BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr 24, RdNr 17 ff), und zwar ungeachtet der konkreten Bezeichnung des der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Vertrags. Dem steht nicht die Vorschrift des § 5 Abs 1 S 3 ArbGG entgegen (*dazu a*). Vielmehr kommt es für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit zunächst darauf an, dass der Geschäftsführer am Gesellschaftskapital beteiligt ist (sog Gesellschafter-Geschäftsführer). Ein Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung (sog Fremdgeschäftsführer) ist ausnahmslos abhängig beschäftigt (*dazu b*). Selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer müssen zudem über

eine Mindestkapitalbeteiligung von 50 vH oder eine "echte" Sperrminorität verfügen (*dazu c*). Außerhalb des Gesellschaftsvertrags (Satzung) zustande gekommene, sich auf die Stimmverteilung auswirkende Abreden sind für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung ohne Bedeutung (*dazu d*). Gemessen daran ist der Kläger abhängig beschäftigt (*dazu e*).

- 14 a) Eine abhängige Beschäftigung von Geschäftsführern ist nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach § 5 Abs 1 S 3 ArbGG Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung einer juristischen Person berufen sind, nicht als Arbeitnehmer gelten. Diese Regelung beschränkt sich auf das ArbGG und hat keine Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht. Der Zugehörigkeit zu den Beschäftigten der juristischen Person steht auch nicht entgegen, dass Geschäftsführer im Verhältnis zu sonstigen Arbeitnehmern Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (*BSG Urteil vom 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R - SozR 3-2400 § 7 Nr 20 S 78 f*).
- 15 b) Bei einem Fremdgeschäftsführer scheidet eine selbstständige Tätigkeit generell aus (*BSG Urteil vom 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R - SozR 3-2400 § 7 Nr 20 S 79*). Die frühere sog "Kopf und Seele"-Rechtsprechung, wonach ein Fremdgeschäftsführer einer Familiengesellschaft und ausnahmsweise auch ein Angestellter unterhalb der Geschäftsführerebene, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, ausnahmsweise als selbstständig angesehen worden ist, wenn er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hinderten, hat der Senat ausdrücklich aufgegeben. Die Maßgeblichkeit des rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhaltens der Beteiligten ist mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht zu vereinbaren. Eine "Schönwetter-Selbstständigkeit" lediglich in harmonischen Zeiten, während im Fall eines Zerwürfnisses die rechtlich bestehende Weisungsgebundenheit zum Tragen käme, ist nicht anzuerkennen (*BSG Urteil vom 29.7.2015 - B 12 KR 23/13 R - BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr 24, RdNr 29 f mwN; BSG Urteil vom 29.8.2012 - B 12 KR 25/10 R - BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17, RdNr 32*).
- 16 c) Ist ein GmbH-Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, sind der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig, sondern muss, um nicht als abhängig Beschäftigter angesehen zu werden, über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 vH der Anteile am Stammkapital hält. Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, ist grundsätzlich abhängig beschäftigt. Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbstständiger anzusehen, wenn er

exakt 50 vH der Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende ("echte" oder "qualifizierte"), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist. Denn der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber ist eine "unechte", auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln (*vgl BSG Urteil vom 11.11.2015 - B 12 R 2/14 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 27 RdNr 28 mwN; BSG Urteil vom 11.11.2015 - B 12 KR 10/14 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 28 RdNr 24 mwN; BSG Urteil vom 29.6.2016 - B 12 R 5/14 R - Juris RdNr 39 ff; BSG Urteil vom 24.9.1992 - 7 RAr 12/92 - SozR 3-4100 § 168 Nr 8 S 16*).

17 d) Die für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit notwendige Rechtsmacht, die den Gesellschafter-Geschäftsführer in die Lage versetzt, die Geschicke der Gesellschaft bestimmen oder zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern zu können, muss gesellschaftsrechtlich eingeräumt sein. Außerhalb des Gesellschaftsvertrags (Satzung) bestehende wirtschaftliche Verflechtungen (*vgl hierzu BSG Urteil vom 29.7.2015 - B 12 KR 23/13 R - BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr 24, RdNr 27; BSG Urteil vom 29.8.2012 - B 12 KR 25/10 R - BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17, RdNr 26; BSG Urteil vom 29.8.2012 - B 12 R 14/10 R - Juris RdNr 30*), Stimmbindungsabreden (*vgl hierzu BSG Urteil vom 11.11.2015 - B 12 KR 13/14 R - BSGE 120, 59 = SozR 4-2400 § 7 Nr 26, RdNr 25*) oder Veto-Rechte (*vgl hierzu BSG Urteil vom 11.11.2015 - B 12 KR 10/14 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 28 RdNr 26*) zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer sowie anderen Gesellschaftern und/oder der GmbH sind nicht zu berücksichtigen. Sie vermögen die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse nicht mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben. Unabhängig von ihrer Kündbarkeit genügen die das Stimmverhalten regelnden Vereinbarungen nicht dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände. Im Interesse sowohl der Versicherten als auch der Versicherungsträger ist die Frage der (fehlenden) Versicherungspflicht wegen Selbstständigkeit oder abhängiger Beschäftigung schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil es darauf nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten der Sozialversicherungsträger und die Leistungsansprüche des Betroffenen ankommt (*BSG Urteil vom 11.11.2015 - B 12 KR 13/14 R - BSGE 120, 59 = SozR 4-2400 § 7 Nr 26, RdNr 27 mwN*).

18 e) Nach Maßgabe dieser Grundsätze war der Kläger nicht selbstständig tätig, sondern abhängig beschäftigt. Der Kläger verfügt nur über einen 12%igen Anteil am Stammkapital der Beigeladenen zu 1. und nicht über eine im Gesellschaftsvertrag (Satzung) geregelte umfassende ("echte"/"qualifizierte") Sperrminorität.

19 2. Das Vorbringen der Revision führt zu keinem anderen Ergebnis: Dass der Kläger die Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer nicht in Vollzeit, sondern neben anderen Tätigkeiten verrichtet hat,

spielt für das Vorliegen von Beschäftigung iS von § 7 Abs 1 SGB IV in dieser konkreten Tätigkeit keine Rolle. Ebenso ist ein relevantes Unternehmerrisiko beim Kläger schon deshalb nicht anzuerkennen, weil er nach seinem eigenen Vorbringen die unmittelbar erfolgsabhängigen Einnahmen nicht als GmbH-Geschäftsführer, sondern in einer weiteren Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. als Arzt erzielt, während er für die vorliegend zu prüfende Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer ein regelmäßiges Gehalt von 600 Euro pro Monat erhält, was - selbst bei jahresweiser Auszahlung - für Beschäftigung iS von § 7 Abs 1 SGB IV spricht. Die nach dem Vorbringen des Klägers faktische arbeitskraft- und inhaltsbezogene Weisungsfreiheit vermag an der durch die gesellschaftsrechtliche Ausgangslage bedingten Abhängigkeit von der Gesellschafterversammlung und der fehlenden Rechtsmacht des Klägers nichts zu ändern. Schließlich kommt vorliegend noch hinzu, dass für bestimmte bedeutende Geschäfte sogar die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit qualifizierter Mehrheit bzw eine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich ist.

20 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.