Schwerpunktbereich

Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp*

Die Versicherungspflicht von GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern

<https://doi.org/10.1515/jura-2017-0202>

Es ist keine seltene Erscheinung, dass der oder die Gesellschafter einer GmbH zugleich als Geschäftsführer agieren. Das bietet sich bei der Einmann-GmbH, aber auch bei Gesellschaften mit kleiner oder mittlerer Größe an. Man erspart sich dabei die Aufwendungen für einen Fremdgeschäftsführer und bleibt zudem »unter sich«. Der/die Geschäftsführer befinden sich dann in zwei Rechtsverhältnissen: Die Gesellschafter sind untereinander verbunden durch den Gesellschaftsvertrag, während sie zur GmbH in einem Anstellungsverhältnis stehen. In dieser Beziehung stellt sich die Frage, ob sie der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Die Problematik hat bereits das Reichsversicherungsamt (RVA) beschäftigt,¹ bis heute ist das Bundessozialgericht (BSG) damit befasst, einschlägige Zweifelsfragen zu klären.² Das liegt daran, dass die gesellschafts- und arbeitsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten nahezu unübersehbar sind, weil sich neue Formen beruflicher Betätigung entwickelt haben und weil das Merkmal der »Beschäftigung« ein Typus ist, dem man nicht mit der juristischen Paradedisziplin, dem Subsumieren, in gewohnter Weise zu Leibe rücken kann. Das Ganze wird mit zusätzlichen Problemen befrachtet, wenn zwischen den Gesellschaftern familienhafte oder mitgliederschaftliche Beziehungen bestehen. Der nachstehende Beitrag bietet einen Überblick über die zentralen Fragen.

¹ RVA, AN 1931, 201; AN 1938, 384.

² Siehe zuletzt BSG, U. v. 29. Juli 2015, – B 12 KR 23/13 R – und – B 12 KR 18/14 R – sowie U. v. 11. November 2015, – B 12 R 2/14 R –, – B 12 KR 10/14 R –, – B 12 KR 13/14 R – jeweils juris.

*Kontaktperson: Friedrich E. Schnapp, der Verfasser war bis 2004 Inhaber eines öffentlich-rechtlichen Lehrstuhls an der Ruhr-Universität Bochum und bis 2005 Geschäftsführender Direktor des dortigen Instituts für Sozialrecht. Er ist Rechtsanwalt in Bochum.

I. Die Beschäftigung als Schlüsselbegriff in der Sozialversicherung

1. Die normativen Grundlagen

Die Vorschriften des Sozialgesetzbuchs (SGB) über die Versicherungspflicht knüpfen in allen Bereichen der Sozialversicherung prinzipiell (zu Ausnahmen s. u.) an das Merkmal der Beschäftigung an.

Für die einzelnen Bereiche der Sozialversicherung sind dies folgende Regelungen:

1. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V für die Krankenversicherung,
2. § 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI für die Rentenversicherung,
3. § 25 Abs. 1 i. V. m. 24 Abs. 1 SGB III für die Arbeitslosenversicherung,
4. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII für die Unfallversicherung und
5. § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI für die soziale Pflegeversicherung.

Diese Bestimmungen beziehen sich auf § 2 Abs. 2 Nr. 1 bzw. auf § 7 Abs. 1 SGB IV, indem sie die Ausdrücke »beschäftigt sind«, »Beschäftigte« o. ä. verwenden. Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen sind damit die soeben genannten Bestimmungen. § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV lautet:

»In allen Zweigen der Sozialversicherung sind nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige versichert

1. Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind,...«

Das leitet weiter zu § 7 Abs. 1 SGB IV, der statuiert:

»Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.«

Diese Bestimmung erweist sich somit als *Schlüsselnorm* für alle Zweige der Sozialversicherung.³ S. 2 dieser Bestimmung ist 1999 in der Absicht eingefügt worden,⁴ dem Begriff der nichtselbständigen Arbeit deutlichere Konturen zu verleihen. Die Aussagekraft des § 7 SGB IV ist für die Abgrenzung der (abhängigen) Beschäftigung von einer selbstständigen Tätigkeit allerdings nach wie vor eher gering.⁵ Das liegt darin begründet, dass es sich bei »Beschäftigung« um einen Typus handelt, bei dem die Zuordnung unsicher ist.⁶ Deshalb hat die Rechtsprechung weitere Kriterien entwickelt, um die Handhabung sicherer zu machen. Zugleich sind in Anlehnung an die Rechtsprechung in dieser Vorschrift Kriterien genannt, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine Indizwirkung haben (»insbesondere«). Diese bieten allerdings nur »Anhaltspunkte«, so das Gesetz selbst, und damit keine Tatbestandsmerkmale, unter die schlicht zu subsumieren wäre.⁷

Das liegt auch daran, dass es sich bei dem Begriff der Beschäftigung um einen *Typusbegriff* handelt, bei welchem nur eine »unvollständige Subsumtion« stattfindet.⁸ Davon wird noch die Rede sein. Im Übrigen hat die Rechtsprechung seit der Tätigkeit des RVA⁹ Unterkriterien zum Zweck der Präzisierung entwickelt. Vorab ist hier anzumerken, dass die Grundlinien des RVA vom BSG der Tendenz nach beibehalten worden sind. Das ist deswegen nicht unproble-

matisch, weil dem Sozialgesetzbuch nach wie vor das »Normalarbeitsverhältnis«¹⁰ mit dem vollschichtig tätigen Alleinernährer und die Alterssicherungsmodelle vom Schulabschluss bis zum Renteneintritt zugrunde liegen: Das Normenmaterial kann seine Herkunft aus dem Ende des 19. Jahrhunderts nicht verleugnen. Das erscheint problematisch angesichts einer Entwicklung, die zu neuen Formen beruflicher Betätigung geführt hat, bekannt unter den Bezeichnungen wie »informelle (oder flexible) Beschäftigung« oder »neue Selbstständigkeit«. Das Gesetz verlangt so die Einordnung von Phänomenen, die zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung oszillieren und lediglich mehr oder weniger zu der einen oder der anderen Kategorie gehören. Das Gesetz dagegen fordert vom Interpreten, eine Tätigkeitsform nach einem *wahr/falsch-Schema* zu beurteilen, in der Elemente der beiden herkömmlichen Standardfiguren zusammenfließen.

Beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis – vergleicht man es mit dem Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts – tritt eine sozialrechtliche Besonderheit hinzu: Während im Arbeitsrecht die Interessenlage von unternehmerischer Freiheit einerseits, Arbeitnehmerschutz andererseits gekennzeichnet ist, die sich im Instrument des Vertrages verkörpert, tritt im Sozialversicherungsrecht eine Komponente hinzu, welche die Abwägung noch einmal komplexer macht. Es ist das Interesse der Solidargemeinschaft an einem leistungsfähigen und finanzierbaren Sicherungssystem.¹¹ Das hat »eine – mitunter nicht willkürfrei scheinende – Ausweitung des Anwendungsbereichs«¹² (scil. des Beschäftigungsverhältnisses) zur Folge, zumal dadurch das Beitragsaufkommen gesteigert wird. Als Beispiel für letzteres Phänomen nennt Greiner ausdrücklich die Einbeziehung von GmbH-Geschäftsführern.¹³

Das angesprochene Interesse der Solidargemeinschaft an einem leistungsfähigen Sicherungssystem¹⁴ verbindet sich mit dem Bestreben, jemandem den Schutz der Solidargemeinschaft zukommen zu lassen. Damit ist das Tor für

3 BSGE 53, 242 (244); Schnapp, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band II, 2. Aufl. 2000, § 26 Rn. 26: Ein Überblick bei Waltermann, *Sozialrecht*, 6. Aufl. 2006, Rn. 108 (S. 62).

4 § 7 Abs. 1 S. 2 eingefügt durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit v. 20. 12. 1999 (BGBl. I 2000, S. 2) m. W. v. 1. 1. 1999.

5 Vgl. Dieter Krauskopf, *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, München, Stand: Dezember 1997, § 7 SGB IV, Rn. 7.

6 Dazu Schnapp, NZS 2014, 41.

7 Dazu siehe Preis, NZA 2000, 914 (918).

8 Berne, *Die Aufgaben der Arbeitslosenversicherung aus sozialverfassungsrechtlicher Sicht*, 2000, S. 175.

9 Schon vom RVA ist die Frage eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses danach beurteilt worden, ob der Geschäftsführer als Gesellschafter einen *maßgeblichen Einfluss* auf die Gesellschaft hat (RVA, AN 1931, 201 und AN 1938, 384), wobei die Größe des Einflusses nach der Höhe des Geschäftsanteils des Gesellschafters bestimmt wurde. Bei einer Beteiligung von weniger als der Hälfte am Stammkapital wurde regelmäßig ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis angenommen. Soweit aus der Beteiligung am Stammkapital und dem hierdurch begründeten beherrschenden Einfluss auf eine selbstständige Tätigkeit des Geschäftsführers geschlossen wurde, ist die frühe Rechtsprechung des BSG dem beigetreten (BSGE 17, 15, 20 = SozR Nr. 27 zu § 537 RVO a. F.). So wurde ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis iS des früheren § 539 Abs. 1 Nr. 1 RVO bei einem zur Hälfte am Stammkapital einer GmbH beteiligten Geschäftsführer verneint, weil er zumindest verhindern konnte, dass überhaupt ein Beschluss gefasst wird (BSGE 23, 83, 84/85 = SozR Nr. 41 zu § 537 RVO a. F.).

10 Zu Begriff und Empirie des Normalarbeitsverhältnisses siehe Mückenberger, ZSR 1985, 415. Zur Kritik s. Heinze/Streeck, in: Kocka/Offe (Hg.), *Geschichte und Zukunft der Arbeit*, 2000, S. 234 ff.

11 Greiner, in: Selbstständigkeit und Abhängigkeit der Dogmatik des Sozialrechts, SDRV 62 (2012), S. 9 ff. (9 f.). S. a. Fichte in: Hauck/Noftz, SGB, EL 08/13, K § 2 Rn. 2.

12 Greiner (Fn. 11), S. 9 ff. (9).

13 Wie vorstehend, Fn. 2.

14 Dem Grundsatz der finanziellen Stabilität (jedenfalls) der gesetzlichen Krankenversicherung hat das BVerfG in stRspr Verfassungsrang verliehen: BVerfGE 68, 193 (218) bis E 103, 172 (185). Darstellung und Kritik bei Schaks, in: Sodan (Hg.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2010, § 16 Rn. 8 ff. m. w. N.

den Einfall richterlichen Vorverständnisses weit geöffnet. Dass diese bei der Rechtsfindung auch eine Rolle spielt, ist seit der Schrift von Josef Esser über »Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung« (1972) juristisches Allgemeingut.¹⁵

2. »Beschäftigung« als Typus

a) Nicht nur die Frage nach der Versicherungspflicht der GmbH-Geschäftsführer hat die Rechtsprechung herausgefordert, sondern auch die vorgelagerte Frage nach der Abgrenzung von Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit, die je nach der Antwort *Versicherungspflicht oder Versicherungsfreiheit* nach sich zieht.

Die meisten Fälle sind eher unkompliziert, da die einschlägigen Bestimmungen in den verschiedenen Büchern des SGB einen *beruflichen Status* zugrunde legen, welcher die Versicherungspflicht begründet (z. B. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V: »*Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind*«). Probleme bereiten diejenigen Fälle, bei denen Personen nicht unter die Katalog-Tatbestände des jeweiligen Gesetzes fallen. Hier muss man auf die Generalbestimmung in § 7 SGB IV zurückgreifen. Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten dabei Dienste höherer Art (z. B. der angestellte Chefarzt¹⁶), Tätigkeiten, die im Rahmen von mitgliedschaftlichen oder gesellschaftsrechtlichen Beziehungen ausgeübt werden, und die familienhafte Mitarbeit, z. B. das Ehegattenarbeitsverhältnis, manchmal auch eine Kombination von beiden. Schließlich fallen in diesen Bereich die Figur des Honorararztes und die hier abgehandelte Figur des Gesellschafter-Geschäftsführers. Als insgesamt maßgeblich haben sich im Laufe der Zeit folgende Elemente erwiesen, die auch in § 7 Abs. 1 SGB IV ihren Niederschlag gefunden haben:

Nach der Rechtsprechung des BSG wird der Begriff der nichtselbständigen Arbeit in erster Linie dadurch geprägt, dass die Tätigkeit in *persönlicher Abhängigkeit* ausgeübt wird.¹⁷ Diese zeigt sich vornehmlich im *Weisungsrecht* des Arbeitgebers/Auftraggebers bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Ausführung der Arbeit sowie ggf. der *Eingliederung* in den Betrieb.¹⁸ Bereits diese Merkmale können in unterschiedli-

cher Intensität vorliegen, sodass sich die Rechtsprechung am Gesamtbild¹⁹ orientiert, daran also, was der Tätigkeit insgesamt das »Gepräge« verleiht, und auf die Umstände des Einzelfalls abstellt. Jürgen Brand hat aus der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit einen umfangreichen Katalog mit insgesamt 32 Kriterien herausgefiltert,²⁰ die bei der Rechtsfindung behilflich sein können. Diese dürfen nicht dahingehend missverstanden werden, als müsse man sie nur prozentual gewichten oder mit Punktzahlen versehen, um aus dem Resultat einer Addition ein Ergebnis abzulesen. Maßgeblich ist nach wie vor das Gesamtbild unter Orientierung an den gesetzlich vorgegebenen Kriterien. Eine abschließende Beurteilung kann nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller Kriterien erfolgen, da die meisten von ihnen lediglich einzelne Elemente der Gesamtbeurteilung darstellen. Bei einigen Punkten kann auch weder eine positive noch eine negative Beantwortung in Betracht kommen (»entfällt«).

Insgesamt lässt sich feststellen, dass alle Merkmale, die zur Beurteilung herangezogen werden, sich durch eine gewisse Elastizität auszeichnen, an den Grenzen verschwimmen und derart eine strikte oder weiche Handhabung ermöglichen. Zwar existiert keine Zweifelsregelung des Inhalts, dass in nicht eindeutigen Fällen eher zugunsten der Sozialversicherungspflicht zu entscheiden sei,²¹ de facto hat sich die Rechtsprechung des BSG aber in diese Richtung entwickelt. So hat sich etwa die an sich erforderliche Weisungsgebundenheit, die vorliegen muss, um ein Beschäftigungsverhältnis annehmen zu können, bei Diensten höherer Art zu einer »funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess« verflüchtigt,²² wobei diese Dienste selbst dann noch fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes »aufgehen«.²³ Das Direktionsrecht und auch die »Eingliederung« in einen fremden Betrieb existieren hier nur noch in einer »homöopathischen Ver-

¹⁵ Siehe auch Schnapp, NZS 2014, 41 (42).

¹⁶ Dazu BSGE 32, 38.

¹⁷ BSGE 3, 30 (37 ff.); 8, 278 (282 ff.); 16, 98 (101); 24, 28 ff.; 35, 20 ff.; 36, 262 (263 f.); 47, 201 (204); 50, 231 ff.; 51, 164 ff.

¹⁸ S. die Aufzählung bei Voelzke, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3: Rentenversicherung, 1994, § 16 Rn. 32f. Z. T. durch die jüngste Rechtsprechung des BSG überholt.

¹⁹ Ähnlich die finanzgerichtliche Rspr.; siehe Ralf P. Schenke, Rechtsfindung im Steuerrecht, 2010, S. 160 ff.

²⁰ J. Brand, ZSR 1996, 401 (405 f.).

²¹ Voelzke (Fn. 18), Rn. 28.

²² BSGE 16, 289; 20, 6. Gegenstand der erstgenannten Entscheidung des BSG war die Tätigkeit eines selbstständigen Predigers im Bund Freier evangelischer Gemeinden in den Jahren 1945 bis 1953; bei der zweiten ging es um Golflehrer, die auf dem Gelände des Golfclubs Unterricht erteilten.

²³ StRspr seit BSGE 16, 289 (294) = SozR Nr. 30 zu § 165 RVO, BSGE 21, 57 (58 f.) = SozR Nr. 2 zu § 2 AVG; in jüngerer Zeit z. B. BSG SozR 3-2 940 § 3 Nr. 2 S. 9 m. w. N.; BSGE 66, 168 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 1, SozR 3-2400 § 7 Nr. 20 S. 80; BSG, NZS 2013, 181. Zutreffende Eingrenzungen bei LSG Hessen, Urt. v. 23. 11. 2006 – L 1 KR 763/03.

dünnung«.²⁴ 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 abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung («Gepräge») und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.²⁵

b) Sowohl dieser Umstand sowie die bereits erwähnte Plastizität der Merkmale liegen darin begründet, dass es sich beim Begriff der Beschäftigung, wie gesagt, um einen Typus handelt, dessen Kennzeichen in aller Kürze zu skizzieren sind.

Das wichtigste Merkmal des Typusbegriffs²⁶ liegt darin, dass er nicht – wie ein Klassenbegriff – im Sinne der Logik definiert, sondern nur umschrieben werden kann.²⁷ Demgegenüber sind die Merkmale eines Klassenbegriffs unbeweglich; dieser kennt nur das »Entweder-oder« (Jedes X ist ein A oder ein non-A).²⁸ In der Logik erfolgt die Realdefinition von Begriffen nach dem scholastischen Muster:²⁹

Omnis definitio fit per genus proximum et differentiam specificam.
Jede Definition wird so vorgenommen, dass man die nächsthöhere Gattung aufzeigt und den artspezifischen Unterschied hervorhebt.

Von seiner Struktur her liegt das »Entweder-Oder«-Modell auch dem § 7 Abs. 1 SGB IV zugrunde: § 7 Abs. 1 SGB IV verlangt eine »Ja«- oder eine »Nein«-Antwort: *tertium non datur*. Das Gesetz zwingt also dazu, eine kategorische Antwort zu geben, während ein Typusbegriff Elemente aufweist, die mehr oder weniger zu ihm gehören. Beispielhaft

für die Handhabung des Typus« durch das BSG ist eine Entscheidung des 5. Senats.³⁰ Bei Fallkonstellationen, bei denen die vertragliche Gestaltung und tatsächliche Erscheinungsform des »Beschäftigungs«-Verhältnisses konkurrieren, ist seit über 20 Jahren die Linie des BSG wie folgt:

Ausschlaggebend ist das Gesamtbild. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine »Beschäftigung« vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt... In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist.³¹

Bestrebungen, dem Vertrag eine stärkere Bedeutung beizumessen,³² finden ihre Grenze darin, dass das Sozialrecht im Unterschied zum Arbeitsrecht der Disposition der Parteien nicht zugänglich ist. Der Grund liegt darin, dass der Versicherungsschutz und die damit verbundene Beitragspflicht nicht in das Belieben der (Arbeits-) Vertragsparteien gestellt werden sollen; das »Schutzprinzip« fordert, dass sie sich nicht auf die Subjektivität gewillkürter Freiheit sollen berufen können (s. a. § 32 SGB I: Verbot nachteiliger Vereinbarungen).^{33 34}

Nachstehend wird exemplarisch die *Rechtslage in der gesetzlichen Rentenversicherung* behandelt, und zwar aus folgendem Grund: Ist das Tatbestandsmerkmal »Beschäftigung« (= nichtselbständige Arbeit; vgl. § 7 SGB IV) gegeben, so gilt das³⁵ auch für die übrigen Zweige der Sozialversicherung. In der gesetzlichen Krankenversicherung gibt es die Jahresarbeitsentgeltgrenzen des § 6 Abs. 1, 6 oder 7 SGB V, bei deren Überschreiten Versicherungsfreiheit des grundsätzlich pflichtversichert bleibenden Be-

²⁴ Dieser Ausdruck bei *Schwerdtfeger*, NZS 1998, 49.

²⁵ StRspr; vgl. zum Ganzen z. B. zuletzt BSG SozR 4-2400 § 28 e Nr. 4 Rn. 17; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 6 Rn. 14 m. w. N.; siehe auch BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 19 S. 69 f., Nr. 13 S. 31 f und Nr. 4 S. 13, jeweils m. w. N.; BSGE 78, 34, 36 = SozR 3-2940 § 2 Nr. 5 S. 26 f m. w. N. Zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung s. BVerfG SozR 3-2400 § 7 Nr. 11.

²⁶ Zum Typusbegriff speziell im **Sozialversicherungsrecht** siehe etwa *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 159 ff. mit umfassenden Nachweisen; *Schenkel*, Sozialversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 23 ff.; *Schnapp*, NZS 2014, 41 (42 ff.). Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit siehe BVerfG (K), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11 = NJW 1996, 2644 = NVwZ 1996, 1099 = NZA 1996, 1063 = NZS 1996, 522 = SGB 1997, 27. Für das **Steuerrecht** ausführlich *Ralf P. Schenke* (Fn. 19), S. 160 ff.

²⁷ Jüngst dazu *Schnapp*, NZS 2014, 41 (44 ff.).

²⁸ *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 70.

²⁹ Siehe *Schnapp*, Logik für Juristen, 7. Aufl. 2016, S. 43.

³⁰ BSG, U. v. 9. 5. 2012, B 5 R 68/11 R.

³¹ BSG, SozR 4-2400 § 7 Nr. 7; BSG, USK 2008-45. Zuletzt BSGE 111, 257 = NZS 2013, 181.

³² So das Postulat von *Uffmann*, ZfA 2012, 1 (25 ff.), die allerdings aus der Sicht des Arbeitsrechts argumentiert.

³³ Siehe auch *Schnapp*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger* (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band II, 2. Aufl. 2000, § 26 Rn. 5.

³⁴ Siehe schon *Papinian* (D. 2, 14, 38): *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* – »Das öffentliche Recht kann durch Vereinbarungen von Privatpersonen nicht geändert werden.«

³⁵ Abgesehen von der GUV, deren Begriff »beschäftigt ist« auch durch deutlich andere Vorgaben und Rahmen konkretisiert wird.

beschäftigten eintritt (Pflichtversicherungsgrenze) als Beschränkung. Im Rentenversicherungsrecht gilt die Besonderheit, dass nicht nur die Beschäftigten pflichtversichert sind, sondern daneben ein in § 2 Satz 1 Nr. 1 bis 8 spezifisch und in Nr. 9 SGB VI generalklauselartig aufgeführter Kreis von Selbstständigen. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI spielt gelegentlich in die Gesamtproblematik hinein; manche Diskussionen sind deshalb nur verständlich, wenn man diese Vorschrift in die Betrachtung mit einbezieht.

III. Stellvertretend: Die Rechtslage in der gesetzlichen Rentenversicherung

1. Beschäftigte und selbständig Tätige

Insbesondere in der gesetzlichen Rentenversicherung ist die kraft Gesetzes vorzunehmende Differenzierung zwischen § 1 und § 2 SGB VI zu beachten: In § 1 SGB VI ist der Kreis der *Beschäftigten* angesprochen, wie die amtliche Überschrift³⁶ erkennen lässt; die versicherungspflichtigen Personen sind in S. 1, Nummern 1 bis 4 im Einzelnen aufgezählt. § 2 SGB VI dagegen betrifft laut amtlicher Überschrift »*Selbstständig Tätige*«.

Ausgangsvorschrift ist – auch für die Prüfungsreihenfolge! – § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI:

»Versicherungspflichtig sind

1. Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind; ...«³⁷

Ist eine Person diesem Kreis zuzuordnen, weil sie »beschäftigt« ist, so ist hier die Prüfung beendet. Die einzige Bestimmung, die bei den Gesellschafter-Geschäftsführern noch in die Diskussion kommt, ist § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI. Sie lautet:

9. Personen, die

a) im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und

b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind; bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft.

³⁶ »Amtliche Überschrift« bedeutet, dass diese Überschrift *Bestandteil des Gesetzestextes* ist; sie ist also nicht eine unverbindliche redaktionelle Überschrift.

³⁷ Die übrigen Personenkreise interessieren in diesem Zusammenhang nicht.

Diese Vorschrift ist durch das 1999 in Kraft getretene Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte eingefügt worden. Damit wurde ein *Personenkreis selbstständig Erwerbstätiger* in die Versicherungspflicht einbezogen, der (anders als der Personenkreis nach S. 1 Nrn. 1–8) durch seine *Tätigkeitsmerkmale* definiert wird.³⁸ In der früheren Gesetzestermiologie wurden die hier erfassten Personen ausdrücklich als *arbeitnehmerähnliche Selbstständige* bezeichnet.³⁹ Mit dem – im Wesentlichen rückwirkend zum 1. 1. 1999 in Kraft getretenen – Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit v. 20. 12. 1999⁴⁰ sind die Vorschläge der von der Bundesregierung eingesetzten Kommission durch die gesetzgebenden Körperschaften aufgegriffen und umgesetzt worden.⁴¹ Die frühere Klammerdefinition als arbeitnehmerähnliche Selbstständige ist gestrichen worden. Das (ursprüngliche) Erfordernis, dass ein Arbeitnehmer wenigstens 400,- EUR monatlich verdienen muss, ist im Zuge der Überarbeitung des SGB III⁴² durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt v. 20. 12. 2011 mit Wirkung zum 1. 4. 2012 entfallen.⁴³

§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI kommt nur dann zum Zuge, wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer nicht unter § 1 S. 1 Nr. 1 fällt, weil er als selbstständig einzustufen, also nicht beschäftigt ist. Das Gesetz unterscheidet zwischen Beschäftigten und selbständig Tätigen; für beide Gruppen ist gesondert bestimmt, wer von ihnen versicherungspflichtig ist. M. a. W.: § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI erfasst nur »echte« *Selbstständige*, also Personen, die weisungsfrei (d. h.: ohne in eine fremde Arbeitsorganisation integriert zu sein) auf eigene Rechnung und mit Gewinnerzielungsabsicht arbeiten. S. 1 Nr. 9 stellt also eine *konstitutive Erweiterung* des versicherten Personenkreises dar.⁴⁴ Dabei müssen die Merkmale nach a) und b) kumulativ vorliegen.

³⁸ Das heißt, ohne auf berufliche Merkmale abzustellen. Vgl. BT-Drucks. 14/45 S. 20.

³⁹ Siehe BSG, U. v. 23. 11. 2005, B 12 RA 5/03 R, juris Rn. 15, BSG SozR 4-2600 § 231 Nr. 1. Fichte in: Hauck/Noftz, SGB VI, EL 08/13, K § 2 Rn. 24.

⁴⁰ BGBl. I 2000 S. 2.

⁴¹ BT-Drucks. 14/1855 S. 6; vgl. hierzu Sommer, NZS 2000, 122; Linenkohl, AuA 2000, 59.

⁴² Durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt v. 20. 12. 2011 (BGBl. I S. 2854).

⁴³ Vgl. Art. 51 Abs. 1 dieses Gesetzes.

⁴⁴ Allg. Ansicht; siehe stellvertretend Fichte in: Hauck/Noftz, SGB, EL 08/13, K § 2 Rn. 79; Pietrek, in: juris-PK SGB VI, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 1 und 2 m. w. N.

Fall 1:⁴⁵ A ist Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer einer GmbH. Bei dieser sind keine anderen Mitarbeiter beschäftigt. Einziger Auftraggeber des selbstständig tätigen Klägers ist die GmbH. Fällt A als Gesellschafter-Geschäftsführer einer solchen Ein-Mann-GmbH unter § 1 S. 1 Nr. 1 oder unter § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI?

Die Gerichte haben übereinstimmend entschieden, dass 1. der Kläger als Geschäftsführer im maßgeblichen Verhältnis zu »seiner« GmbH nicht abhängig beschäftigt ist, weil er keinen Weisungen unterliegt. Die GmbH kann 2. nicht versicherungspflichtig sein; denn »Personen« im Sinne der Vorschrift sind nur natürliche Personen. Es ist erwogen worden, die Rechtspersönlichkeit der GmbH »hinwegzufingieren«, also einen »Durchgriff« auf die Person des Geschäftsführers zu nehmen, dergestalt die Auftraggeber der GmbH als Auftraggeber des Geschäftsführers auszugeben sowie anschließend das Resultat dieser Vorgehensweise allein der natürlichen Person zuzuordnen. Damit hätte dieser mehrere Auftraggeber und wäre nicht versicherungspflichtig beschäftigt. Dieser »Verschmelzungstheorie« hat das BSG eine Absage erteilt und eine Versicherungspflicht nach § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI verneint. Erst jetzt kam § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI ins Spiel. Das BSG⁴⁶ hat die Versicherungspflicht des A letztlich bejaht, weil dieser nur einen Auftraggeber – nämlich die GmbH – hatte und keine Arbeitnehmer beschäftigt.

Dieser Entscheidung lag die Rechtslage zugrunde, bei welcher der zweite HS. von Buchstabe b) (*bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft.*) noch nicht im Gesetz enthalten war. Deshalb konnte das BSG davon ausgehen, dass A nur einen Auftraggeber hatte. Diese Entscheidung hat einige Aufregung verursacht, weil der Effekt dieses Urteils gewesen wäre, dass bis zu einer Million betroffene GmbH-Geschäftsführer verpflichtet gewesen wären, auch rückwirkend beträchtliche Beträge in die gesetzliche Rentenversicherung einzubezahlen. Dadurch sah der Gesetzgeber die Existenz vieler mittelständischer Unternehmen gefährdet, was wiederum zu einer Gefährdung von vielen Arbeitsplätzen hätte führen können. Ursprünglich war man sich einig, dass für selbstständige GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer keine Rentenversicherungspflicht als »arbeitnehmerähnliche Selbstständige« in Betracht kam, wenn die GmbH 1. mehrere Auftraggeber hatte und 2. über sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer verfügte.⁴⁷ Den Ausschlag gab damit das Außenverhältnis der GmbH. Aus diesen Gründen ist durch das Haushaltsbegleitgesetz 2006 v. 29. 6. 2006⁴⁸ S. 1 Nr. 9 durch den HS. 2 ergänzt worden, wonach bei Gesellschaftern die Auftraggeber der Gesellschaft als Auftraggeber gelten. Damit wollte der Gesetzgeber klar- und si-

cherstellen,⁴⁹ dass GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer regelmäßig *nicht* der Rentenversicherungspflicht unterliegen.⁵⁰

2. Die »Schönwetter-GmbH«

Angesichts dieser Gesetzesänderung hatten sich viele GmbH-Geschäftsführer womöglich zu früh gefreut. Denn nach wie vor gilt es, zunächst die Hürde des § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI zu überwinden: Erst wenn feststeht, dass jemand selbstständig ist, kommt § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI ins Spiel.

Fall 2:⁵¹ A ist Geschäftsführer der X-GmbH. Alleingesellschafterin und ebenfalls Geschäftsführerin ist seine Ehefrau (E). A kann – auch wegen seiner fachlichen Ausbildung – in dem Unternehmen »schalten und walten«, zumal E sich regelmäßig um die gemeinsamen Kinder kümmern muss. A hat für die GmbH eine Bürgschaft in Höhe des Stammkapitals übernommen, an diesem ist er selbst zu 30 % beteiligt. E hat ihm im Anstellungsvertrag außerdem ein Vetorecht eingeräumt. Gegen die von der Rentenversicherung behauptete Versicherungspflicht wendet A ein, aufgrund seiner Fachkenntnisse und seiner faktischen Stellung sei er »Kopf und Seele« der GmbH. Seine Ehe sei harmonisch, so dass es zwischen ihm und E zu keinen Zerwürfissen komme. Wird A letztlich Recht behalten?

Die Entscheidung ist von den Instanzen unterschiedlich beurteilt worden. SG und LSG haben A und der GmbH Recht gegeben, das BSG hat die Entscheidungen jedoch aufgehoben. Maßgeblich waren folgende Erwägungen: Weitreichende Entscheidungsbefugnisse machen einen leitenden Angestellten nicht schon zu einem Selbstständigen. Die für das Leistungsrecht der Arbeitsförderung und das Recht der Unfallversicherung entwickelte sog. »Kopf und Seele«-Rechtsprechung ist für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status nach § 7 Abs. 1 SGB IV nicht heranzuziehen. Ein im Anstellungsvertrag eingeräumtes Vetorecht ändert daran nichts; denn der Vertrag ist einseitig kündbar. Das ist nicht vereinbar mit dem *Erfordernis der Vorhersehbarkeit* sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schon von Beginn der zu beurteilenden Tätigkeit an. Nur wenn der Geschäftsführer

⁴⁵ Der Entscheidung BSGE 95, 275 (= SozR 4-2600 § 2 Nr. 7 = NJW 2006, 1162 = NZS 2006, 491 = Der Betrieb 2006, 616) nachgebildet.

⁴⁶ Siehe vorige Fußnote.

⁴⁷ Fichte, in: Hauck/Noftz, SGB, EL 08/13, K § 2 Rn. 85

⁴⁸ BGBl. I S. 1402.

⁴⁹ Hinter einer solchen »Klarstellung« verbirgt sich in aller Regel eine konstitutive Regelung (mit Rückwirkung!), so auch hier. Zu solchen Kaschierungen von Neuregelungen siehe Schnapp, JZ 2011, 1125 ff. Weitere Beispiele bei W. Meyer, NJW 2007, 3682 ff.

⁵⁰ Fichte, in: Hauck/Noftz, SGB, EL 08/13, K § 2 Rn. 85.

⁵¹ Der Entscheidung BSG, U. v. 29. 7. 2015 – B 12 KR 23/13 R nachgebildet. Bereits vorher war die »Kopf-und-Seele-Rechtsprechung« aufgegeben worden; s. BSG, Urteil vom 29. 08. 2012, B 12 KR 25/10 R = BSGE 111, 257; BSG, Urteil vom 29. 08. 2012, B 12 R 14/10 R. Die Fälle betrafen sog. Familiengesellschaften.

über die rechtliche Möglichkeit, ihm nicht genehme Weisungen jederzeit abzuwenden, ist er versicherungsfrei. Das Urteil bedeutet eine Wende in der Rechtsprechung des BSG und eine Erweiterung des Kreises der Versicherungspflichtigen.

IV. Erläuterungen und Fazit

Bis zu der »Kehrtwende« hat das BSG für einen Fremdgeschäftsführer einer Familiengesellschaft und ausnahmsweise auch für einen Angestellten unterhalb der Geschäftsführerebene, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, Versicherungsfreiheit angenommen. Voraussetzung war, dass er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne dass ihn der oder die Gesellschafter daran hinderten.⁵² Ebenso regelmäßig hat das Gericht Sozialversicherungsfreiheit für Familienangehörige angenommen, wenn der Alleingesellschafter von Weisungsrechten aus familiärer Verbundenheit keinen Gebrauch machte. Nunmehr stellt das BSG allein auf die rechtlichen Verhältnisse ab. Damit scheint die Rechtsprechung einen Punkt erreicht zu haben, welcher die Tendenz einer fortschreitenden Ausdehnung des Beschäftigungsbegriffs vorläufig zum Abschluss bringt: Weitreichende Entscheidungsbefugnisse allein machen einen Geschäfts-

führer nicht zu einem Selbstständigen.⁵³ Rein schuldrechtliche Vereinbarungen wie z.B. ein im Anstellungsvertrag eingeräumtes, nur auf einzelne Entscheidungsgegenstände bezogenes Vetorecht akzeptiert das BSG ebenfalls nicht (mehr), weil sie einseitig gekündigt werden können. Maßgeblich ist das rechtliche, unverrückbare Erscheinungsbild zu Beginn der Tätigkeit des Geschäftsführers (Erfordernis der *Vorhersehbarkeit*). Nur Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer *Mehrheitsbeteiligung*, einer in der Satzung (!) verankerten *Sperrminorität* oder einem *Vetorecht* sind nach der Rechtsprechung des BSG noch sozialversicherungsfrei. Das gilt auch in einer sog. Familien-GmbH.⁵⁴ Das Gericht misst auch einer nur auf Zeiten eines harmonischen Zusammenwirkens unter Familienmitgliedern beschränkten »Schönwetter-Selbstständigkeit« sozialversicherungsrechtlich keine entscheidende Bedeutung zu.⁵⁵ Eine Stimmrechtsübertragung ohne den dazugehörigen Geschäftsanteil ist unzulässig.⁵⁶ Nur die im Gesellschaftsvertrag wurzelnde, von Beginn an bestehende rechtliche, nicht abdingbare Möglichkeit, ihm nicht genehme Weisungen jederzeit abzuwenden, begründet die Versicherungsfreiheit eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers.

⁵² Nachweise bei BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Rn. 17, Rn. 31.

⁵³ BSG SozR 4-2400 § 28 p Nr. 4 Rn. 30 m. w. N.

⁵⁴ BSG, U. v. 11. 11. 2015, – B 12 KR 10/14 R –.

⁵⁵ BSGE 111, 257 = SozR 4 2400 § 7 Nr. 17; BSG U. v. 29. 7. 2015 – B 12 KR 23/13 R –.

⁵⁶ BGH, U. v. 11. 10. 1976 – II ZR 119/75 – LM Nr. 25 zu § 47 GmbHG = DB 1976, 22950 = GmbHR 1977, 244 = MDR 1977, 292.