

Versicherungsfreiheit für einen mitarbeitenden Gesellschafter einer GmbH - alleiniger und gleichberechtigter Gesellschafter neben Ehegatten (§ 7 Abs. 1 und 4 SGB IV);

hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 17.5.2001 - B 12 KR 34/00 R - von Dr. Andreas MARSCHNER, Magdeburg, in "DIE SOZIALGERICHTS-BARKEIT" 1/2002, 73-74

Das BSG hat mit Urteil vom 17.5.2001 - B 12 KR 34/00 R - (HVBG-INFO 2001, 1699-1702) Folgendes entschieden:

Leitsatz

Bei einer Tätigkeit für eine GmbH kann es an einer versicherungspflichtigen Beschäftigung auch dann fehlen, wenn der Beschäftigte zwar nicht Geschäftsführer, aber neben seinem Ehegatten alleiniger und gleichberechtigter Gesellschafter der GmbH ist.

Orientierungssatz

1. Ist anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände festzustellen, ob abhängige Beschäftigung vorliegt, ist die Art der Kontoführung ein geeignetes Abgrenzungskriterium. Es spricht gegen das Vorliegen abhängiger Beschäftigung, wenn die Vergütung auf ein betriebliches Konto des Arbeitgebers fließt, über das auch der "Beschäftigte" verfügen kann, über das ihm aber rechtlich nicht die alleinige Verfügungsmacht zusteht.
2. Das Darlehen eines Arbeitnehmers an den Arbeitgeber (hier: Ehegatten-Arbeitsvertrag), welches sich nicht auf den Fall der Not oder wirtschaftlicher Schwierigkeiten der GmbH beschränkt, sondern ohne weitere Voraussetzungen fester Bestandteil des Vertragsverhältnisses ist, ist für Arbeitsverträge untypisch. Ebensowenig ist es die Regel, daß Arbeitnehmer ohne weiteres, insbesondere ohne zwingende betriebliche Gründe, einen Großteil des ihnen vertraglich zustehenden Urlaubs nicht in Anspruch nehmen.

Anmerkung:

Das Urteil verdient Zustimmung.

1. Das vorliegende Judikat des 12. Senats des BSG liefert ein gelungenes Beispiel dafür, dass es in der höchstrichterlichen Rechtsprechung notwendig sein kann, einem unbestimmten Rechtsbegriff in der Weise Konturen zu geben, dass eine richterliche Fallgruppenbildung mit einem Gespür für die sachgerechte Lösung des einzelnen Falles verbunden wird. Dieses Gespür schließt die Notwendigkeit mit ein, auch einmal bestimmte Fallgruppenbildungen zugunsten einer gerechten, am Gesetzeszweck orientierten Einzelfallentscheidung zu durchbrechen bzw. abzuwandeln.

2. Der unbestimmte Rechtsbegriff, mit dem es der Senat zu tun hatte, war einer der wichtigsten und berühmtesten Begriffe des Sozialversicherungsrechts überhaupt, der seit geraumer Zeit seine gesetzliche Kodifikation im § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV gefunden hat. Es handelt sich hierbei um den Begriff der „Beschäftigung“, der – vorbehaltlich bestimmter Regelungen in den einzelnen Sozialversicherungszweigen über eine Versicherungsfreiheit – im Falle seiner Bejahung regelmäßig dazu führt, dass die betroffenen Personen in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden.

3. Es macht im Rahmen der vorliegenden Anmerkung wenig Sinn, die Definitionsmerkmale des in einer jahrzehntenlangen Rechtsprechung (zunächst des RVA, später des BSG) entwickelten Begriffs der „Beschäftigung“, der mit den arbeitsrechtlichen Kriterien des „faktischen Arbeitsverhältnisses“ weitestgehend übereinstimmt, noch einmal in grundsätzlicher Weise zu problematisieren. Diese

Grundzüge, die in der Literatur nicht ernsthaft angezweifelt und zu Beginn der Gründe des vorliegenden Urteils noch einmal vorgestellt werden, können wie folgt zusammengefasst werden: Die „Beschäftigung“ zeichnet sich durch eine persönliche Abhängigkeit von einem anderen, dem Arbeitgeber, aus. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig erwerbstätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die getroffenen Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag.

4. Die allgemeinen Kriterien zur Beantwortung der Frage des Vorliegens des Beschäftigungsverhältnisses werden im vorliegenden Fall noch durch weitere Prüfmerkmale angereichert, welche die Rechtsprechung zu Fallgestaltungen eines sog. Gesellschafter-Geschäftsführers entwickelt hat. Zu diesen Kriterien gehört insbesondere die von der ständigen Rechtsprechung des BSG getroffene Annahme, dass der zugleich als Geschäftsführer fungierende Gesellschafter dann nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht, wenn er Einzelanweisungen gegen sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann, weil er mindestens 50 % des Stammkapitals innehat.

5. Das Problem, das sich vorliegend dem 12. Senat des BSG stellte und den Kernpunkt der gesamten Urteilsgründe markiert, bestand nun darin, dass einerseits gemäss den vorstehend aufgezählten Kriterien kein Beschäftigungsverhältnis der Klägerin vorgelegt hätte, dass sich der Sachverhalt aber andererseits nach dem Gesamtbild aller Umstände so darstellt, dass trotz der formalen Geschäftsführerposition des Ehemannes faktisch eine Aufteilung der Betriebslei-

tung zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann stattfand: Der Klägerin oblag die kaufmännische, dem Ehemann die technische Leitung des Betriebs.

a) Unter dem Gesichtspunkt der sachgerechten, am Gesetzeszweck (fehlendes Schutzbedürfnis unter Abweichung vom „Normalbild“ eines Arbeitnehmers) orientierten Gesetzesanwendung konnte angesichts dieser faktischen Aufteilung der Betriebsleitung nur ein Ergebnis richtig sein, nämlich die Verneinung eines Beschäftigungsverhältnisses der Klägerin. Mit Blick hierauf muss zunächst einmal festgehalten werden, dass der *Senat* zum richtigen Ergebnis gelangt ist. Eine andere Frage ist, ob der *Senat* auf dem Weg zu diesem Ergebnis den richtigen Argumentationsweg gewählt hat. Mit Blick auf diese Frage müssen an der vorbehaltlosen Zustimmung zum Judikat einige – kleine – Abstriche gemacht werden.

b) Der rechtliche Ansatzpunkt für die zentrale Argumentation des *Senats* besteht in der Aussage, dass eine rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein kann, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne gleichwohl ausscheidet. Dass der *Senat* diesen Ansatzpunkt ausgewählt hat, kann kaum beanstandet werden. Es bot sich hier dem *Senat* die Gelegenheit, an frühere Fälle der *BSG*-Rechtsprechung, die (nicht zu denselben, aber) zu ähnlichen Fallkonstellationen ergingen, nahtlos anzuknüpfen. Auch in diesen Fällen war vom *BSG* auf die „rechtliche Überlagerung“ abgestellt worden.

Es wäre freilich wünschenswert gewesen, wenn der *12. Senat des BSG* im vorliegenden Judikat noch etwas ausführlicher argumentiert hätte. So wäre etwa ein Hinweis darauf angebracht gewesen, dass es in der Konsequenz einer entscheidenden Bedeutung des Abweichens der tatsächlichen von den rechtlichen Verhältnissen (vgl. oben zu 2.) steht, wenn auch „tatsächliche Überlagerungen“ der rechtlichen Fallgestaltung erheblich sind. Der *12. Senat* hätte etwa auch folgende Formulierung unter Hinweis auf die Entscheidung des *11. Senats des BSG* vom 8.8.1990 (SoZR 3-2400 § 7 Nr. 4 = SGB. 1991 mit Anm. *Wolber*) anbringen können: Ebenso wie eine gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit durch den tatsächlich eingeräumten Einfluss aufgehoben werden kann, so kann auch das formale Befolgenmüssen von Weisungen des Ehegatten-Geschäftsführers durch tatsächliche Machtverhältnisse aufgehoben werden.

Schließlich hätte es der Urteilsbegründung gut angestanden, wenn der teleologische Aspekt stärker in den Vordergrund gerückt worden wäre – wenn also vom *Senat* darauf aufmerksam gemacht worden wäre, dass der soziale Schutzzweck der Sozialversicherungspflichtigkeit (der letztlich hinter der Definition der „Beschäftigung“ steht) hier eine Verneinung des Beschäftigungsverhältnisses geradezu erfordert. Diese Argumentation wäre auch deshalb angebracht gewesen, weil in der rechtlichen Methodenlehre allgemein anerkannt ist, dass der zweckorientierten (teleologischen) Interpretation bei der Gesetzesauslegung bzw. Gesetzesanwendung die ausschlaggebende Bedeutung zukommt.

c) Der eigentliche – wenn auch nicht besonders gewichtige – Schwachpunkt des Urteils liegt darin, dass der zentrale Hinweis auf die faktische Aufteilung der Betriebsleitung zwischen der Klägerin und deren Ehemann erst gegen Ende der Entscheidungsgründe auftaucht. Wäre dieser Gesichtspunkt im Verlauf der Urteilsbegründung nach vorne gezogen und stärker in den Vordergrund gerückt worden, hätte das Judikat sicher an Wucht und Überzeugungskraft gewonnen. Statt dessen hat es der *12. Senat des BSG* für angebracht

gehalten, in den Urteilsgründen zunächst auf die Form des Entgeltabzugs (Überweisung auf ein besonderes Verrechnungskonto der GmbH) sowie auf Besonderheiten im Zusammenhang mit der Urlaubsgewährung hinzuweisen (Tatsache der tatsächlich mangelnden Inanspruchnahme eines Großteils des Erholungsurlaubs durch die Klägerin). Es lässt sich gewiss nicht bestreiten, dass diese beiden Aspekte geeignet sind, auf eine Verneinung der Beschäftigungseigenschaft zu drängen und damit das vom *Senat* gefundene Ergebnis zu stützen. Gleichwohl wäre es besser gewesen, die – in der Sache zutreffende – Argumentation mit diesen beiden Gesichtspunkten etwas stärker in den Hintergrund treten zu lassen.

6. Ganz am Ende der Entscheidungsgründe kam der *12. Senat des BSG* nicht umhin, auch noch kurz auf die „Beschäftigungsvermutung“ des § 7 Abs. 4 SGB IV einzugehen, die in ihrer ursprünglichen Fassung durch die sog. rot-grüne Korrekturgesetzgebung vom Herbst 1998 eingeführt wurde, bis sie schließlich infolge der Vorschläge der sog. *Dieterich*-Kommission noch einmal zur Jahreswende 1999/2000 vom Gesetzgeber mit Rückwirkung verändert wurde. Das Unbehagen, das der *Senat* im Hinblick auf diese – zu einer gewissen Berühmtheit gelangte – Rechtsvermutung des § 7 Abs. 4 SGB IV verspürt, ist den Urteilsgründen deutlich anzumerken. Dieses berechnete Unbehagen rührt nicht etwa daher, dass § 7 Abs. 4 SGB IV vorliegend eindeutig anzuwenden wäre und zum unsachgemäßen Ergebnis einer Bejahung des Beschäftigungsverhältnisses der Klägerin führen würde. Vielmehr liegt umgekehrt auf der Hand, dass die Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV für ganz andere Sachverhaltskonstellationen als für „Ehegatten-Gesellschaften“ gedacht war. Es kann dem *12. Senat des BSG* deshalb nicht verübelt werden, dass er die Frage der eigentlichen Zielrichtung des § 7 Abs. 4 SGB IV offen gelassen und statt dessen darauf hingewiesen hat, dass für die Anwendung der Rechtsvermutung mangels Vorliegens eines Zweifelsfalles kein Raum sei. Der *Senat* hat damit freilich – ohne dies vielleicht überhaupt zu wollen – ganz nebenbei aus Anlass eines durchaus „verzwickten“ Urteils Sachverhalts die Frage aufgeworfen, an welchem Punkt überhaupt ein Zweifelsfall vorliegt und damit die Schwelle für die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 4 SGB IV überschritten ist. Dieser nicht uninteressanten Frage kann im Rahmen der vorliegenden Urteilsanmerkung nicht weiter nachgegangen werden.

Dr. Andreas Marschner,
Regierungsdirektor im Ministerium für
Arbeit, Frauen, Gesundheit und Soziales
des Landes Sachsen-Anhalt, Magdeburg