

HVBG-INFO 5/2002

vom 15.2.2002

DOK 518:543.1

Abhängige Beschäftigung eines GmbH-Fremd-Geschäftsführers
(§ 7 Abs. 1 SGB IV);

hier: BSG-Urteil vom 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R -

Das BSG hat mit Urteil vom 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R -
(s. Anlage) Folgendes entschieden:

Zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit eines
Fremd-Geschäftsführers einer GmbH (vergleiche BSG vom 24.6.1982 - 12 RK 45/80 = USK 82160).

Anlage

BSG-Urteil vom 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R -

Gründe:

I

Streitig ist, ob der Kläger versicherungspflichtig Beschäftigter einer GmbH ist.

Der Kläger ist Diplom-Kaufmann und Geschäftsführer einer GmbH, deren Stammkapital allein von einer norwegischen Genossenschaft (Muttersgesellschaft) gehalten wird. Die GmbH vermarktet in Deutschland vor allem Käse, den die Mitglieder der Muttersgesellschaft herstellen. Der Kläger war von Juli bis Dezember 1991 zunächst stellvertretender Geschäftsführer der GmbH. Seit Januar 1992 ist er Geschäftsführer, seit 12. März 1992 alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Außer ihm sind zwei Angestellte bei der GmbH beschäftigt. Der Kläger erhielt 1992 eine monatliche Vergütung von 12.500 DM, was einem Jahresgehalt von 150.000 DM entsprach. Er hatte Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts im Krankheitsfall für drei Monate und auf bezahlten Urlaub von 30 Arbeitstagen im Jahr. Später kamen Gehaltserhöhungen, eine Weihnachtsgratifikation in Form eines 13. Monatsgehalts, eine eventuelle, jedes Jahr neu verhandelbare Jahresleistungsprämie und der Abschluß einer betrieblichen Altersversorgung hinzu, aus der ihm ab dem 65. Lebensjahr eine monatliche Altersrente von 2.000 DM zustehen soll. Bis 1998 stieg das Jahresgehalt auf 190.000 DM. Der für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossene Geschäftsführervertrag verlängert sich jeweils um zwei Jahre, wenn er nicht mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt wird. Nach dem Gesellschaftsvertrag werden Geschäftsführer der GmbH durch Beschluß der Gesellschafter bestellt. Die Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der GmbH mit sich bringt. Darüber hinausgehende Handlungen

gen sind nach dem Gesellschaftsvertrag nur aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses oder mit Zustimmung des Beirates zulässig, dem der Kläger nicht angehört.

Die GmbH hielt den Kläger zunächst für versicherungs- und beitragspflichtig und führte Beiträge zur Rentenversicherung und zur Bundesanstalt für Arbeit (BA) ab. Im Juni 1995 teilte sie der beklagten Krankenkasse als Einzugsstelle jedoch mit, sie halte den Kläger nunmehr als Geschäftsführer ab Januar 1992 nicht mehr für versicherungspflichtig. Die Beklagte stellte hierauf mit Bescheid vom 27. Juni 1995 fest, daß der Kläger als nicht am Kapital der GmbH beteiligter Fremdgeschäftsführer bei der GmbH abhängig beschäftigt sei und der Versicherungspflicht unterliege. Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 7. September 1995 zurück.

Im anschließenden Klageverfahren hat der Kläger vorgetragen, er sei "Kopf und Seele" der GmbH. Nur er allein verfüge über die einschlägigen Branchenkenntnisse und kaufmännischen Fähigkeiten. Er hat eine im November 1996 von der Muttergesellschaft ausgestellte Vollmacht vorgelegt. Danach kann er das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung wahrnehmen, Gesellschafterbeschlüsse aller Art fassen und für die Muttergesellschaft neue Stammeinlagen übernehmen. Das Sozialgericht (SG) hat die BA (Beigeladene zu 1), die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (Beigeladene zu 2) und die GmbH (Beigeladene zu 3) zum Rechtsstreit beigeladen und die Klage mit Urteil vom 17. Juli 1997 abgewiesen. Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Klägers mit Urteil vom 28. November 2000 zurückgewiesen. Es hat im wesentlichen ausgeführt, der Kläger sei nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer abhängig beschäftigt gewesen. Für seine persönliche Abhängigkeit von der GmbH und der Muttergesellschaft spreche im wesentlichen, daß er kein Unternehmerrisiko trage, sondern ein Festgehalt beziehe. Der Fremdbestimmtheit seiner Arbeitsleistung stehe nicht entgegen, daß er im wesentlichen "frei walten und schalten" könne. Eigenständige unternehmerische Entscheidungen "im eigentlichen Sinne" treffe er jedoch nicht. Die dem Kläger im November 1996 erteilte Vollmacht bedeute nur eine im Innenverhältnis gebundene Aufgabenerweiterung.

Der Kläger und die beigeladene GmbH haben Revisionen eingelegt. Sie rügen eine Verletzung des § 7 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Das LSG habe diese Vorschrift unrichtig ausgelegt und die Einzelumstände unzutreffend gewichtet. In Ausnahmefällen sei auch bei Fremdgeschäftsführern von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen.

Der Kläger und die Beigeladene zu 3) beantragen,

das Urteil des LSG vom 28. November 2000 und das Urteil des SG vom 17. Juli 1997 sowie den Bescheid der Beklagten vom 27. Juni 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. September 1995 aufzuheben sowie festzustellen, daß die vom Kläger bei der Beigeladenen zu 3) seit dem 1. Januar 1992 ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer nicht versicherungspflichtig ist.

Die Beklagte sowie die Beigeladenen zu 1) und 2) beantragen,
die Revisionen zurückzuweisen.

Sie halten das angefochtene Urteil für zutreffend. Die Beklagte und die Beigeladene zu 2) tragen vor, bei Fremdgeschäftsführern sei eine Selbständigkeit in der Rechtsprechung bisher lediglich angenommen worden, wenn familiäre Bindungen zu Gesellschaftern bestünden.

II

Die Revisionen des Klägers und der Beigeladenen zu 3) sind unbegründet. Die Klage ist in den Vorinstanzen zutreffend abgewiesen worden. Der angefochtene Bescheid der Beklagten ist rechtmäßig. Der Kläger war bei der beigeladenen GmbH auch über den 31. Dezember 1991 hinaus abhängig beschäftigt sowie in der Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung versicherungs- und beitragspflichtig.

In der Zeit seit Januar 1992, um die es hier geht, unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, in der Rentenversicherung der Versicherungspflicht (§ 1 Satz 1 Nr 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung <SGB VI>). In der Arbeitslosenversicherung waren bis Ende 1997 nach § 168 Abs 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) beitragspflichtig Personen, die als Angestellte beschäftigt waren (Arbeitnehmer). Seit 1998 erklärt in diesem Versicherungszweig § 25 Abs 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung (SGB III) Personen für versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs 1 SGB IV (seit 1. Januar 1999 § 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1 aaO). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2 aaO, angefügt zum 1. Januar 1999 durch Art 1 Nr 1 Buchst a des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999, BGBl I 2000, 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG)

setzt eine 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. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (vgl BSG SozR 2400 § 2 Nr 19 mwN).

Das BSG hat diese Grundsätze in ständiger Rechtsprechung auch bei Organen juristischer Personen angewandt. Auch insoweit ist entscheidend, ob sie von der Gesellschaft persönlich abhängig sind. Bei den Organen juristischer Personen, zu denen auch Geschäftsführer einer GmbH gehören, ist abhängige Beschäftigung iS der Sozialversicherung nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil sie gemäß § 5 Abs 1 Satz 3 des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) arbeitsrechtlich nicht als Arbeitnehmer der Gesellschaft gelten. Diese Regelung beschränkt sich auf das ArbGG und hat keine Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht (BSG, Urteil vom 24. Juni 1982 - 12 RK 45/80 in USK 82160, S 728 zum Geschäftsführer einer GmbH; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 18 zum Vorstand eines eingetragenen Vereins). Ebenso wenig steht der Zugehörigkeit von Geschäftsführern oder Vorständen einer juristischen Person zu ihren Beschäftigten entgegen, daß sie im Verhältnis zu sonstigen Arbeitnehmern Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (BSG, Urteil vom 24. Juni 1982 - 12 RK 45/80 in USK 82160, S 728; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 18) und sie in der Regel keinen Weisungen Dritter bezüglich Zeit, Art und Ort ihrer Arbeitsleistung unterliegen. Nur in besonderen Ausnahmefällen hat der Gesetzgeber derartige Personen vom Kreis der Beschäftigten oder der Versicherungspflichtigen ausgenommen. Dies ist für die Vorstände von Aktiengesellschaften geschehen, die kraft besonderer gesetzlicher Regelung in der Rentenversicherung nicht versicherungspflichtig (vgl § 3 Abs 1a des Angestelltenversicherungsgesetzes <AVG>, seit 1. Januar 1992: § 1 Satz 3 später Satz 4 SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung seit 1993 kraft Gesetzes nicht mehr beitragspflichtig (vgl § 168 Abs 6 AFG) bzw nach dem am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen § 27 Abs 1 Nr 5 Satz 1 SGB III versicherungsfrei sind (zur entsprechenden Anwendung des § 3 Abs 1a AVG in der Arbeitslosenversicherung vor 1992 vgl BSGE 49, 22, 24 = SozR 4100 § 168 Nr 10). Dieser Vorschriften bedürfte es nicht, wenn leitende Angestellte oder Organe juristischer Personen bereits aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen nicht als Beschäftigte anzusehen wären (vgl BSG, Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 25/86 in USK 87170, S 826). Vielmehr bestätigen die Ausnahmevorschriften, daß auch die geschäftsführenden Organe juristischer Personen, im Regelfall abhängig beschäftigt sind, wenn sie an deren Kapital nicht beteiligt sind (Fremdgeschäftsführer).

Das BSG hat demgemäß bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen (BSG SozR Nr 22 zu § 3 AVG; zustimmend BSG, Urteil vom 24. Juni 1982 - 12 RK 45/80 in USK 82160, S 729). Es hat sie bei diesem Personenkreis nur unter besonderen Umständen verneint (BSGE 66, 168, 171 = SozR 3-2400 § 7 Nr 1 S 4 mwN), insbesondere bei Geschäftsführern, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden waren und die Geschäfte faktisch wie Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führten (BSG, Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 25/86 in USK 87170, S 827). - Aus dem Urteil des 2. Senats des BSG vom 14. Dezember 1999 (B 2 U 48/98 R in USK 9975), auf das sich die Revisionen stützen, ergibt sich nichts anderes. Auch der 2. Senat anerkennt, daß bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist, in der Regel ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. An einer abhängigen Beschäftigung könne es allerdings fehlen, wenn ein externer Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" könne, wie er wolle, weil er die Gesellschafter persönlich dominiere oder weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig seien. Dies komme insbesondere bei Familiengesellschaften in Betracht (BSG USK 9975, S 419).

Im vorliegenden Verfahren hat das LSG unter Anwendung dieser Grundsätze eine abhängige Beschäftigung des Klägers rechtsfehlerfrei bejaht. Es hat keine Umstände festgestellt, unter denen das BSG bei Fremdgeschäftsführern einer Familiengesellschaft das Vorliegen abhängiger Beschäftigung verneint oder in Zweifel gezogen hat. Vielmehr hat das LSG zur Ausgestaltung der Beziehungen zwischen dem Kläger und der GmbH im wesentlichen festgestellt: Der Kläger erhält trotz Verlusten der GmbH eine feste monatliche Vergütung und ein 13. Monatsgehalt. Er hat Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts im Krankheitsfall, bezahlten jährlichen Erholungsurlaub und Anwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung. Er ist weder am Stammkapital der beigeladenen GmbH noch an ihrem Gewinn oder Verlust beteiligt. Der Kläger kann als Geschäftsführer der beigeladenen GmbH, die insgesamt nur drei Personen beschäftigt, im Rahmen des Geschäftszwecks "im täglichen Dienstbetrieb" zwar "im wesentlichen frei walten und schalten". Er kann, was Ort, Zeit und Dauer seiner Arbeitsleistung betrifft, weitgehend weisungsfrei agieren. Die norwegische Muttergesellschaft nimmt auf die Art und Weise, wie der Kläger ihre Produkte vermarktet und vertreibt, keinen Einfluß, jedoch bestimmt sie die Geschäftspolitik. Der Kläger muß den von ihm aufgestellten Kosten- und Finanzplan und die von ihm erstellte Bilanz von dem durch die Gesellschafterversammlung eingesetzten Beirat genehmigen lassen. Für verschiedene Rechtsgeschäfte, wie den Erwerb, die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes, die Bestellung und Abberufung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten oder den Abschluß oder die Kündigung von Verträgen mit Angestellten, deren Kündigungsfrist länger als drei Monate beträgt oder ein

bestimmtes Jahresgehalt übersteigt, bedarf er der Zustimmung des (früheren) Mitgeschäftsführers bzw eines bei der GmbH gebildeten Beirats.

Das LSG hat aus den genannten Feststellungen den Schluß gezogen, daß der Kläger als Fremdgeschäftsführer der GmbH wesentliche Merkmale eines Arbeitnehmers der GmbH aufweist und daher bei der beigeladenen GmbH abhängig beschäftigt ist. Dies läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Das LSG hat zu Recht das Festgehalt, das 13. Monatsgehalt sowie die Ansprüche auf bezahlten Urlaub und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall als gewichtige Indizien gewertet, die für abhängige Beschäftigung und gegen ein Unternehmerrisiko sprechen. Der Kläger hat für die GmbH seine Arbeitskraft, nicht aber eigenes Kapital einzusetzen. Dieser (Arbeits-)Einsatz des Klägers kann dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden (vgl BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 18). Gleiches gilt für die dem Kläger bei positivem Geschäftsergebnis zustehende, jedoch seit 1996 ausgebliebene Jahressonderprämie. Auch diese ist angesichts der vom LSG festgestellten, dem Kläger daneben zustehenden festen Vergütungsbestandteile dem Wagniskapital nicht gleichzusetzen, sondern Ausdruck auch bei Arbeitnehmern verbreiteter leistungsorientierter Vergütungsbestandteile. Die Gefahr, die Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen, bestand und besteht für den Kläger nicht.

Demgegenüber hat das LSG dem Umstand, daß der Kläger seine Arbeit als Geschäftsführer der GmbH selbst einteilen, er Zeit, Ort und Art ihrer Ausführung selbst bestimmen kann und er insoweit keinen Weisungen Dritter unterliegt, zu Recht keine entscheidende, gegen eine abhängige Beschäftigung sprechende Bedeutung beigemessen. Es hat zutreffend darauf abgestellt, daß es sich hier um Dienste höherer Art handelt, die im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet werden, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie also in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG SozR 3-2940 § 3 Nr 2 S 9 mwN). - Dies ist nach den Feststellungen des LSG der Fall. Die Ordnung des Betriebes, die Unternehmenspolitik der beigeladenen GmbH wird maßgeblich durch die Muttergesellschaft bzw den von der Gesellschafterversammlung bestellten Beirat der GmbH bestimmt. Dieser muß nicht nur zu einer Reihe von Geschäften der GmbH seine Zustimmung erteilen, sondern auch den Finanz- und Kostenplan des Klägers genehmigen. Er überwacht zudem die Geschäftsführung durch den Kläger.

Das LSG hat schließlich ohne Rechtsfehler dem Umstand keine entscheidende Bedeutung beigemessen, daß der Kläger nach der ihm im November 1996 vom Präsidenten der Muttergesellschaft ausgestellten Vollmacht das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung wahrnehmen, Gesellschafterbeschlüsse aller Art fassen und für die Muttergesellschaft neue Stammeinlagen übernehmen kann. Es hat in diesem Zusammenhang auch festgestellt, daß diese Vollmacht jederzeit widerrufbar war und der Kläger weiterhin

die sich aus dem Geschäftsführervertrag ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen hatte, die Vollmacht also am Innenverhältnis nichts geändert hat. Ungeachtet der Vollmacht bedurfte es für die Erhöhung seines Jahresgehalts der Bestätigung des Präsidenten der Muttergesellschaft.

Das Vorbringen der Revisionen greift gegenüber der Begründung des angefochtenen Urteils nicht durch. Sie haben für eine selbständige Tätigkeit ua angeführt, der Kläger habe bei positivem Geschäftsergebnis Anspruch auf eine Jahresleistungsprämie. Er unterliege nicht dem Kündigungsschutzgesetz <KSchG> (§ 14 Abs 1 Nr 1 KSchG), habe seine volle Arbeitskraft der beigeladenen GmbH zu widmen, entscheide als Geschäftsführer an entscheidender Stelle über den Erhalt auch seines Arbeitsplatzes, stelle das Personal der beigeladenen GmbH eigenverantwortlich ein und entlasse dieses. - Entgegen der Ansicht der Revisionen brauchte das LSG hieraus nicht auf eine selbständige Tätigkeit des Klägers zu schließen. Die Jahresleistungsprämie des Klägers fällt im Verhältnis zu den festen Vergütungsbestandteilen des Klägers nicht wesentlich ins Gewicht. Aus der Nichtanwendbarkeit des KSchG folgt nicht zwingend, die davon betroffenen Personen seien Selbständige, denn die Anwendbarkeit des KSchG kann zB auch aufgrund § 23 Abs 1 Satz 2 KSchG in sog Kleinbetrieben ausgeschlossen sein, in Fällen also, in denen es unzweifelhaft um Arbeitnehmer geht (vgl BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 18). Ebenso wenig kann aus der Höhe des dem Kläger zustehenden Arbeitsentgelts (Jahresgehalt von 150.000 DM im Jahre 1992 bis zu 190.000 DM im Jahre 1998) geschlossen werden, er sei nicht schutzbedürftig und nicht als abhängig Beschäftigter anzusehen. Übersteigt das Arbeitsentgelt bestimmte Grenzen, führt dies nur in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Versicherungsfreiheit (vgl § 6 Abs 1 Nr 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung), während es in der Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung bei der Versicherungs- und Beitragspflicht bleibt. Dieses gilt nach der erwähnten Rechtsprechung grundsätzlich auch für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer juristischer Personen. In der Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung besteht lediglich eine Beitragsbemessungsgrenze.

Der Senat braucht hier nicht zu entscheiden, ob es von dem Grundsatz, daß Fremdgeschäftsführer versicherungspflichtig beschäftigt sind, Ausnahmen gibt. Solche Ausnahmen hat der 7. Senat des BSG in Fällen erwogen, in denen die Gesellschafter dem Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit völlig freie Hand ließen (BSG, Urteil vom 11. Februar 1993 - 7 RAr 48/92 in USK 9347, S 225) und er - wirtschaftlich gesehen - seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern wie für ein eigenes Unternehmen ausübte (zu Familiengesellschaften vgl BSG, Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 25/86 in USK 87170, S 827). Solche Umstände liegen hier nicht vor. Nach den Feststellungen des LSG ist der Kläger zwar im Alltagsgeschäft der GmbH, was Vermarktung und Vertrieb der Produkte der

Muttergesellschaft durch die GmbH angeht, weitgehend weisungsfrei. Die Unternehmenspolitik wird jedoch von der Muttergesellschaft bestimmt. Den Feststellungen des LSG läßt sich dagegen nicht entnehmen, daß der Kläger in der Praxis an Weisungen der Muttergesellschaft in keiner Weise gebunden war und eine tatsächliche Zustimmungsbedürftigkeit für bestimmte Geschäfte nicht bestand, weil der "Mitgeschäftsführer" bereits 1996 seine Tätigkeit als Geschäftsführer aufgegeben habe. Zulässige und begründete Revisionsrügen gegen die Feststellungen des LSG dazu, bei welchen Geschäften der Kläger der Zustimmung des früheren Mitgeschäftsführers oder des Beirats bedurfte, haben die Revisionen nicht erhoben.

Nach allem waren die Revisionen zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 des Sozialgerichtsgesetzes.