

Dr. Kerstin Reiserer, RAin/FAinArbR, und Katharina Melanie Skupin, RAin

Rechtsprechungsentwicklung zur Sozialversicherungspflicht von (Gesellschafter-) Geschäftsführern einer GmbH

Der sozialversicherungsrechtliche Status von (Gesellschafter-)Geschäftsführern einer GmbH ist in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. Während der Gesetzgeber die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft von der Sozialversicherungspflicht generell ausgenommen hat, fehlt für die Geschäftsführer einer GmbH eine solche Spezialvorschrift. Auch wenn der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der Belegschaft als Organ der GmbH die Arbeitgeberrolle einnimmt, schließt diese Organmitgliedschaft eine Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechtes nicht aus. Damit obliegt es nach wie vor den Sozialversicherungsträgern einerseits und der sozialgerichtlichen Rechtsprechung andererseits, die Frage zu klären, ob der einzelne GmbH-Geschäftsführer sozialversicherungspflichtig tätig ist oder nicht. Dass ein Alleingesellschafter oder Mehrheitsgesellschafter grundsätzlich nicht sozialversicherungspflichtig ist, wenn er gleichzeitig den Hut des Geschäftsführers auf hat, daran bestand auch in der Vergangenheit kein Zweifel. Schwierig ist die Einstufung, wenn der GmbH-Geschäftsführer nur Minderheitsgesellschafter ist oder gar keine Anteile hält. Für diesen Personenkreis hat sich die Rechtslage in den letzten 20 Jahren einschneidend geändert, nicht zuletzt durch zwei jüngste Grundsatzentscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 5/16 R, BeckRS 2018, 5025 u. B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662). Diese Entwicklung der Rechtsprechung zur Sozialversicherungspflicht von (Gesellschafter-)Geschäftsführern einer GmbH soll im Folgenden dargestellt und bewertet werden.

I. Einleitung

Die Frage, ob Geschäftsführer einer GmbH sozialversicherungspflichtig sind, hat sowohl für die Gesellschaft als auch für den Geschäftsführer selbst eine nicht unerhebliche Bedeutung. Denn hiervon hängt zum einen ab, ob seitens der Gesellschaft Sozialversicherungsbeiträge abzuführen sind, was bei Geschäftsführergehältern mitunter beträchtliche Summen ausmachen kann. Wichtig ist aber auch für den Geschäftsführer, verbindlich zu wissen, ob er abgesichert ist für den Fall der Arbeitslosigkeit und ob Rentenversicherungsbeiträge für ihn wirksam geleistet werden. Denn andernfalls sollte er zur Eigenvorsorge greifen. Das macht deutlich, dass beide Fallvarianten denkbar sind: Ein Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer möchte sich von den Fesseln der Sozialversicherungspflicht entledigen oder aber es werden Beiträge für ihn abgeführt und er verlässt sich insbesondere für den Fall der Arbeitslosigkeit auf den Schutz durch die Sozialversicherung. Hinzukommt, dass die fehlerhafte Einordnung der Sozialversicherungspflicht auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Denn nach § 266a StGB macht sich der Geschäftsführer einer

GmbH strafbar, wenn die Sozialversicherungsbeiträge nicht ordnungsgemäß abgeführt werden. Und dieses Risiko betrifft nicht nur den betroffenen Geschäftsführer, sondern auch seine etwaigen Geschäftsführer-Kollegen.

II. Die Rechtslage bis zum Jahre 2010

1. Kapitalbeteiligung mindestens 50% oder gesellschaftsvertragliche Sperrminorität

Bis etwa zum Jahre 2010 entsprach es gefestigter Rechtsprechung, dass bei einer Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers von mindestens 50% eine beherrschende Rechtsmacht besteht, sodass regelmäßig eine selbstständige Tätigkeit im Sinne des § 7 SGB IV attestiert wurde. Dabei war es nach Auffassung des BSG unerheblich, ob der Geschäftsführer von seiner Mehrheitsbeteiligung tatsächlich Gebrauch macht und/oder ob er die wesentlichen Entscheidungen anderen überlässt. Nach dem Grundsatz „Rechtsmacht entfällt nicht durch tatsächliche Ohnmacht“¹ bejahte das BSG selbst dann eine selbstständige und damit sozialversicherungsfreie Tätigkeit, wenn der Geschäftsführer zwar Alleingesellschafter ist, die Geschäfte aber schwerpunktmäßig noch von dem früheren Gesellschafter ausgeführt wurden, weil bei dem aktuellen Geschäftsführer noch die erforderliche Kenntnis fehlte.² Das Gleiche galt für den Fall, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer zwar weniger als 50% der Gesellschaftsanteile hält, aber aufgrund einer gesellschaftsvertraglich festgelegten Sperrminorität ihm unliebsame Entscheidungen verhindern konnte.³ Dies wurde immer nur dann bejaht, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergab, dass Gesellschafterbeschlüsse vor allem auf dem Gebiet der Geschäftsführung einer qualifizierten Mehrheit bedurften, beispielsweise nur mit 75% der Anteile zu fassen sind. Der Betreffende kann in diesen Fällen alle Gesellschafterbeschlüsse, insbesondere solche, die seine Organstellung und sein Anstellungsverhältnis betreffen, verhindern und hat mit dieser Sperrmöglichkeit maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft.

2. Geschäftsführer ohne Gesellschaftsanteile oder mit einer Kapitalbeteiligung unter 50% und fehlender gesellschaftsvertraglicher Sperrminorität

Liegt die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers unter 50% und besteht auch keine gesellschaftsvertragliche Sperrminorität, so führte dies nach Auffassung der Sozialversicherungsträger und auch der Sozialgerichte aber bisher im Umkehrschluss nicht automatisch dazu, dass der Geschäftsführer prinzipiell als weisungsgebunden und damit

¹ Plagemann, WiB 1994, 223, 224.

² BSG, 8.8.1990 – 11 RK 77/89, SozR 2400 § 7 Nr. 4.

³ BSG, 15.12.1971 – 3 RK 67/68, BB 1972, 404.

als sozialversicherungspflichtig anzusehen war. Vielmehr war, so die sozialgerichtliche Rechtsprechung, jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der Geschäftsführer trotz seiner geringen Kapitalbeteiligung einen so maßgebenden Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft hatte, dass er jeden Beschluss, insbesondere jede ihm nicht genehme Weisung der Gesellschafter verhindern konnte.⁴ Nach einer vielbeachteten Entscheidung des BSG vom 14.12.1999⁵ sollte es sogar denkbar sein, dass Fremdgeschäftsführer, also sogenannte Manager-Geschäftsführer sozialversicherungsfrei sein konnten, wenn besondere Verhältnisse vorlagen. Das begründete die Rechtsprechung damit, dass im Einzelfall die sogenannte persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers von Weisungen der Gesellschafterversammlung zu prüfen sei. Oder anders ausgedrückt: Für Geschäftsführer ohne Beteiligung gelte der Grundsatz, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben ist. Das BSG hat damals geprüft, ob die Dienstleistung als zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs erfolgt.⁶ Diese Grundsätze hat das BSG in der Entscheidung vom 6.3.2003⁷ nochmals aufgegriffen und betont, dass der Geschäftsführer einer GmbH, der weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine gesellschaftsvertragliche Sperrminorität verfügt, dennoch sozialversicherungsfrei sein kann. Und dies wurde bejaht, wenn der Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit nicht der Kontrolle durch die Gesellschafter unterliegt bzw. die Gesellschafter ihre Gesellschafterrechte tatsächlich nicht ausüben. Auch in einer Entscheidung vom 4.7.2007 hat das BSG diese Haltung noch bestätigt und ausgeführt, dass bei Geschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, besondere Umstände vorliegen können, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben.⁸

Damit war bisher der Weg frei, dem Geschäftsführer im Einzelfall Sozialversicherungsfreiheit zu attestieren, wenn er entweder besondere Branchenkenntnisse und/oder besondere Erfahrungen wie z. B. Kundenverbindungen mitbrachte. Oder wenn aufgrund familiärer Rücksichtnahme oder des tatsächlich gleichberechtigten Nebeneinanders das rechtliche Abhängigkeitsverhältnis entkräftet und der Geschäftsführer aus diesen Gründen eher wie im „eigenen“ Unternehmen tätig wurde.⁹ Um das Erfordernis des „maßgeblichen Einflusses auf die Geschicke der Gesellschaft“ zu erfüllen, hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit nicht zwingend auf das Vorliegen entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelungen bestanden, sondern auch bei deren Fehlen das tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis für die positive Feststellung ausreichen lassen. In der Folge dieser Rechtsprechung ist dann auch der Begriff entstanden, dass der Geschäftsführer faktisch „Kopf und Seele“ des Unternehmens ausmache und in diesem Fall auch bei fehlender gesellschaftsvertraglicher Macht Sozialversicherungsfreiheit attestiert werden kann.¹⁰

III. Weitere Entwicklung der Rechtslage seit 2010

1. Gemeinsames Rundschreiben der Sozialversicherungsträger vom 13.4.2010

Einen ersten Meilenstein zu dem Themenkreis „Sind GmbH-Geschäftsführer ohne Gesellschaftsanteile oder mit geringer Kapitalbeteiligung in der Sozialversicherung frei oder pflichtig“ stellte das ge-

meinsame Rundschreiben der Sozialversicherungsträger vom 13.4.2010 dar. Damit wurden bisherige gemeinsame Grundsätze und Rundschreiben weitgehend abgelöst. Mit diesem Rundschreiben wichen die Sozialversicherungsträger von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ab, ohne sich mit den richterlichen Vorgaben argumentativ auseinanderzusetzen. Sie kamen zu dem Ergebnis, dass jedenfalls Fremdgeschäftsführer außerhalb der Familiengesellschaft immer als sozialversicherungspflichtig anzusehen sind und dass auch im Übrigen Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH (ohne Sperrminorität) grundsätzlich als abhängig-Beschäftigte anzusehen sind und damit der Sozialversicherungspflicht unterliegen.¹¹

2. Rechtsprechung des 12. Senats des BSG im Jahre 2012

Aber auch in der Rechtsprechung der Sozialgerichte wurde eine Trendwende eingeleitet, ausgelöst durch zwei Urteile des 12. Senats des BSG im Jahre 2012.¹² Besonders hervorzuheben sind diese Urteile deshalb, weil die vorhergehenden Instanzen – angelehnt an die bisherige Rechtsprechung – in beiden Fällen die Selbstständigkeit der Betroffenen angenommen hatten. Und begründet wurde es jeweils mit den besonderen tatsächlichen Umständen. Diese Gesamtbetrachtung der Vorinstanzen und die hierbei vorgenommene Gewichtung der tatsächlichen Umstände hat das BSG 2012 erstmals nicht mehr ausreichen lassen und darauf verwiesen, dass in beiden Fällen die gesellschaftsvertragliche Struktur eine ausreichende Rechtsmacht zur Sicherung des Einflusses auf die Geschicke der Gesellschaft nicht gewährleisten konnten und dieser Mangel auch nicht durch die tatsächlichen Verhältnisse überlagert werden könne.

In beiden Fällen lag der Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde, in welchem der Versicherungspflichtige – jedenfalls für den streitgegenständlichen Zeitraum – (noch) kein Gesellschafter war, jedoch eine enge (familiäre) Verbindung zur Gesellschaft vorlag und der (Fremd-)Geschäftsführer die Geschäfte faktisch allein bzw. weit überwiegend führte. In beiden Urteilen führte das BSG in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung¹³ aus, dass „die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist“ maßgeblich ist.¹⁴ Bezüglich dieser bereits in der Vergangenheit geltenden Voraussetzung rügte das BSG aber erstmals, dass die Versicherungspflichtigen aufgrund der vertraglichen Regelungen rechtlich nicht die Möglichkeit hatten, wie ein beherrschender oder zumindest ein mit einer Sperrminorität ausgestatteter Gesellschafter-Geschäftsführer ihnen nicht genehme Weisungen jederzeit abwenden zu können.¹⁵

Das BSG beurteilte die tatsächlichen Verhältnisse, aus welchen sich der beherrschende Einfluss faktisch ergab, als rechtlich unbeachtlich.

4 BSG, 15.12.1971 – 3 RK 67/68, BB 1972, 404.

5 BSG, 14.12.1999 – B 2 U 48/98, BB 2000, 674 m. BB-Komm. Reiserer.

6 BSG, 14.12.1999, a. a. O.

7 BSG, 6.3.2003 – B 11 AL 25/02 R, GmbHR 2004, 494; in Fortführung von BSG, 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R, SozR 3/2400 § 7 Nr. 20.

8 BSG, 4.7.2007 – B 11a AL 5/06 R, GmbHR 2007, 1324.

9 Vgl. Reiserer, DStR 2010, 2086.

10 Gemeinsames Rundschreiben v. 13.4.2010. Anl. 3, Anh. 1, IV.

11 Ausführlich hierzu Reiserer/Fallenstein, DStR 2010, 2085.

12 BSG, 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, BB 2013, 894 m. BB-Komm. Bishopink, NZA-RR 2013, 252 u. BSG, 29.8.2012 – B 12 R 14/10 R, BeckRS 2013, 66534 (Aufhebung der Vorinstanzen SG, 22.10.2009 – S 61 KR 94/07 u. LSG, 5.11.2010 – L 1 KR 471/09).

13 „(Vgl. z. B. BSG, 11.3.2009 – B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25; BSG, 29.9.2011 – B 12 R 17/09 R, USK 2011-125, Juris Rn. 17; ferner auch BSG, 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, BB 2013, 894 m. BB-Komm. Bishopink, SozR 4-2400 § 7 Nr. 17, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen)“.

14 Vgl. BSG, 29.8.2012 – B 12 R 14/10 R, BeckRS 2013, 66534, Rn. 16.

15 BSG, 29.8.2012 – B 12 R 14/10 R, BeckRS 2013, 66534, Rn. 25.

Dabei hat sich der 12. Senat auch ausdrücklich von der bisherigen Rechtsprechung des 11. Senats abgewandt:

„... hat der 11. Senat des BSG eine selbstständige Tätigkeit sogar im Fall des – nicht an der GmbH beteiligten und nicht zum Geschäftsführer bestellten – Sohnes eines Allein-Gesellschafter-Geschäftsführers für möglich gehalten (BSG, 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R; in Abgrenzung zur familienhaften Mithilfe vgl. aber BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO). Dabei ist der 11. Senat davon ausgegangen, dass für einen Fremdgeschäftsführer einer Familiengesellschaft, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, eine Ausnahme von der Beschäftigtenstellung in Betracht komme, wenn 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: Diese Ausnahme solle – so der 11. Senat – auch gelten, wenn der Alleingesellschafter zugleich Alleingeschäftsführer ist und die Tätigkeit der faktischen Leitung des Betriebes formal auf der Ebene unter dem Geschäftsführer ausgeübt werde.“¹⁶

Das BSG führt im Hinblick auf seine richtungsändernde Ansicht aus, dass

„entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer (abhängigen) Beschäftigung auch im Zusammenhang mit Familiengesellschaften die Möglichkeit ist, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden. Dies mag aufgrund familiärer Rücksichtnahme solange der Fall sein, wie das Einvernehmen der Familienmitglieder gewahrt bleibt. Im Falle eines familiären Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten käme jedoch allein die den einzelnen Familienmitgliedern zustehende Rechtsmacht zum Tragen, so dass auch nach den gelebten tatsächlichen Verhältnissen eine Weisungsunterworfenheit bestünde.“¹⁷ Eine solche „Schönwetter-Selbstständigkeit“ ist mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich hinnehmbar.“¹⁸

Damit hat das BSG 2012 die Abkehr vom Einfluss der tatsächlichen Umstände vorgenommen, soweit diese nicht auch gesellschaftsrechtlich bzw. vertraglich¹⁹ abgesichert sind. Insofern hat das BSG den vormalig im Rahmen der Rechtsprechung geltenden Grundsatz, dass „die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist“ maßgeblich ist, dahingehend konkretisiert, dass unter dem vorgenannten Erfordernis der rechtlichen Zulässigkeit die zwingende rechtliche Absicherung der sich aus dem praktizierten Verhältnis tatsächlich ergebenden Rechtsmacht zu verstehen ist.

3. Weitere Entwicklung seit 2012

Diese Auffassung hat der 12. Senat des BSG seither konsequent fortgesetzt²⁰ und bestätigt, dass es für die Frage der Selbstständigkeit allein auf die konkrete rechtliche Möglichkeit ankommt, sich Weisungen zu widersetzen. Faktische Einflussnahmemöglichkeiten treten zurück, auch wenn es sich um eine Familien-Gesellschaft handelt.

Die Abkehr der Rechtsprechung von der Überlagerung der (vertrags-) rechtlichen Grundlagen der Tätigkeit durch rein tatsächliche Verhältnisse bei Fremdgeschäftsführern wurde in der Folge auch unmittelbar auf Fälle übertragen, in welchen es um die statusrechtliche Beurteilung von Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführern ging.²¹ Und der geänderten Rechtsprechung des BSG haben sich Schritt für Schritt nun auch die Instanzgerichte angeschlossen.

So hat das Sächsische LSG²² bereits 2014 – in unmittelbarer Umsetzung der Urteile des BSG aus 2012 und 2013 – angenommen, dass auch bei einer Kapitalbeteiligung von 20% und einer (mündlichen) Stimmbindungsvereinbarung innerhalb einer Familiengesellschaft die rein faktisch vorliegenden Umstände für die Annahme einer selbst-

ständigen Tätigkeit nicht ausreichen, wenn diese rechtlich nicht abgesichert sind.

Diesem Urteil lag der Sachverhalt zugrunde, dass es sich bei der Klägerin um eine in einer Leitungsposition mitarbeitende Gesellschafterin einer Familiengesellschaft handelte, die aufgrund einer Abrede zwischen den Gesellschaftern faktisch maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hatte. Die Besonderheit des vorliegenden Falls war, dass während des zu beurteilenden Zeitraums (Sept. 2007 – bis Entscheidungszeitpunkt 2014) die zwischen den Gesellschaftern von Beginn der Tätigkeit an getroffene Vereinbarung, dass alle Beschlüsse der Gesellschaft nur einstimmig getroffen werden können, (erst) im März 2010 schriftlich niedergelegt wurde.

Obwohl das LSG die faktische Einflussnahmemöglichkeit der Gesellschafterin von Beginn ihrer Tätigkeit an aufgrund dieser Abrede nicht bezweifelte, hat es für die Zeit vor März 2010 die Selbstständigkeit der Klägerin verneint. Denn, so das LSG, eine mündliche Stimmbindungsabrede sichert den Geschäftsführer nicht ausreichend ab.²³

Besondere Erwähnung verdient das Urteil des Sächsischen LSG auch, weil es ausführliche Ausführungen zu den Möglichkeiten einer nach Ansicht der Rechtsprechung „ausreichenden rechtlichen Absicherung“ der faktischen Umstände mittels Stimmbindungsvereinbarung beinhaltet. So wurde bereits 2014 festgestellt, dass eine Stimmbindungsvereinbarung außerhalb des Gesellschaftervertrags nur dann als Indiz Auswirkungen auf den Status einer Minderheitsgesellschafterin haben kann, wenn diese für alle Gesellschafter gilt.

Vor diesem Hintergrund hat auch der Spitzenverband der Deutschen Rentenversicherung am 9.4.2014 das von 2005 stammende und 2010 aktualisierte Rundschreiben zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern, Fremdgeschäftsführern und mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH, sowie Geschäftsführern einer Familien-GmbH erneut überarbeitet und angepasst.

Demnach besteht seither auch in der Verwaltung Einigkeit darüber, dass sich die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung grundsätzlich nach dem Gesamtbild der Tätigkeit richtet und im Einzelfall stets davon abhängt, welche Merkmale überwiegen. Für Gesellschafter-Geschäftsführer wurde damit die Vermutung, dass diese in der Regel selbstständig tätig werden, nahezu aufgegeben und lediglich auf die Fälle beschränkt, in welchen die Gesellschafter über mindestens 50% des Stammkapitals verfügen (bei einfacher Beschlussmehrheit) oder über eine umfassende Sperrminorität ausweislich des Gesellschaftsvertrags.²⁴ Für alle übrigen Fälle wurde klargestellt, dass die gleichen Grundsätze, die auch allge-

16 BSG, 29.8.2012 – B 12 R 14/10 R, BeckRS 2013, 66534, Rn. 27.

17 Kritisch aus diesem Grunde auch Segebrecht, in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 7, Rn. 124.

18 BSG, 29.8.2012 – B 12 R 14/10 R, BeckRS 2013, 66534, Rn. 28.

19 Später erfolgt auch diesbezüglich eine weitere Einschränkung.

20 BSG, 30.4.2013 – B 12 KR 19/11 R, der armtl. Leitsatz: „Ist ein Sohn in dem von seiner Mutter betriebenen Unternehmen tätig, darf – entsprechend den zum Tätigwerden in sog. Familiengesellschaften entwickelten Grundsätzen – nicht unter Außerachtlassung der konkreten rechtlichen Rahmenbedingungen auf dessen Selbstständigkeit im Rechtsinn allein schon wegen der familiären Bindung oder der bloßen Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Geschicke des Unternehmens geschlossen werden.“

21 Die anfängliche Vermutung, dass die Änderung der Rechtsprechung lediglich für Fremdgeschäftsführer gelten könnte, hat sich daher zeitnah als zu optimistisch dargestellt.

22 Sächsisches LSG, 4.3.2014 – L 1 KR 9/11, BeckRS 2014, 67406, NWB 2014, 2003.

23 Dass die Mitgesellschafter im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens bestätigen, dass die Klägerin in der Praxis nicht dem Direktionsrecht der Gesellschafterversammlung unterlag und sie aufgrund ihrer Familienzugehörigkeit, ihrer besonderen Unternehmenskenntnisse und ihres Gesellschaftsanteils maßgeblichen Einfluss auf Unternehmensentscheidungen und Gesellschafterbeschlüsse habe und es zu keiner Zeit zu Beschlüssen oder Einzelanweisungen gekommen sei, die ihre Tätigkeit betroffen hätten, war für das LSG nicht ausreichend.

24 Gemeinsames Rundschreiben v. 9.4.2014, Anl. 3, S. 4.

mein für die versicherungsrechtliche Beurteilung einer anderen Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt maßgebend sind, gelten.

Die 2012 eingeleitete Abkehr von der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung bzw. der Rechtsprechung zur „Schönwetter-Selbstständigkeit“ hat der 12. Senat in zwei weiteren Entscheidungen vom 29.7.2015²⁵ bestätigt, in welchen ausdrücklich erklärt wurde:

„Die für das Leistungsrecht der Arbeitsförderung und das Recht der Unfallversicherung von den dafür zuständigen Senaten entwickelte sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung ist für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status nach § 7 Abs. 1 SGB IV nicht heranzuziehen. Soweit der Senat in der Vergangenheit vereinzelt hierauf zurückgegriffen hat, wird hieran nicht festgehalten. (...) Eine solche Abhängigkeit der Statuszuordnung vom rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten ist mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht in Einklang zu bringen.“²⁶ (Hervorhebungen durch die Autoren)

Diese Rechtsprechung wurde durch drei weitere höchstrichterliche Urteile des selben Jahres²⁷ fortgebildet.

So hat der 12. Senat des BSG²⁸ unter anderem festgestellt, dass eine mitarbeitende Minderheitsgesellschafterin (40 % Kapitalbeteiligung), die in der Gesellschaft angestellt aber nicht zur Geschäftsführerin bestellt ist, versicherungspflichtig ist, auch wenn ein (privatschriftlicher) Stimm-bindungsvertrag ihr gesellschaftsrechtlich gegenüber ihrem Ehemann und einzigem Mitgesellschafter, die selben Rechte wie eine 50%ige Kapitalbeteiligung einräumt.²⁹ Besonders erwähnenswert sind die Ausführungen des 12. Senats zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Sozialversicherungsrecht.³⁰ So stellt das BSG fest, dass die gesellschaftsrechtlich über privatschriftliche Vereinbarung (im Innenverhältnis) ausreichend abgesicherte Stellung der Minderheitsgesellschafterin nicht automatisch auch für die sozialversicherungsrechtliche Ebene gelten/ausreichen muss.

Mit Urteil vom selben Tag hat das BSG³¹ in einem anderen Fall festgestellt, dass ein Minderheitsgesellschafter auch dann versicherungspflichtig ist, wenn ihm alle Stimmanteile schuldrechtlich übertragen wurden. Der amtliche Leitsatz der Entscheidung lautet: „Der Minderheitsgesellschafter einer GmbH, der bei dieser – ohne deren Geschäftsführer zu sein – als leitender Angestellter tätig ist, verfügt auch nach auf ihn erfolgter rechtsgeschäftlicher Übertragung der Mehrheitsstimmrechte nicht über eine Stellung in der Gesellschafterversammlung, die ihn im Sinne des Sozialversicherungsrechts zu einem Selbstständigen macht.“ Auch im Rahmen dieser Entscheidung erläutert der 12. Senat, dass gesellschaftsrechtliche Erwägungen nicht automatisch auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Rechtslage im Sozialversicherungsrecht haben – jedenfalls nicht mit der Stoßwirkung in die Richtung, dass gesellschaftsrechtlich beachtliche Ausschlüsse einer Weisungsbefugnis auch sozialversicherungsrechtlich (ausreichend) bedeutsam wären. In umgekehrter Stoßrichtung hingegen, wenn es also gesellschaftsrechtlich bereits an etwaigen (wirksamen) Vereinbarungen mangelt, wird dies immer auch auf sozialversicherungsrechtlicher Ebene zu berücksichtigen sein.³²

4. Aktuelle Rechtsprechung aus 2018

In seiner aktuellsten Entscheidung³³ hat der 12. Senat des BSG die vorgenannt entwickelten Grundsätze in folgenden amtlichen Leitsätzen noch einmal bestätigt und zusammengefasst:

1. Geschäftsführer einer GmbH, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind (sog. Fremdgeschäftsführer), sind ausnahmslos abhängig beschäftigt.
2. Gesellschafter-Geschäftsführer sind aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung nur dann selbstständig tätig, wenn sie mindestens 50 von Hundert der Anteile am Stamm-

kapital halten oder ihnen bei geringerer Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine „echte“/„qualifizierte“ Sperrminorität eingeräumt ist.

3. Eine „echte“/„qualifizierte“ Sperrminorität setzt voraus, dass sie nicht auf bestimmte Angelegenheiten der Gesellschaft begrenzt ist, sondern uneingeschränkt die gesamte Unternehmenstätigkeit umfasst.

4. Außerhalb des Gesellschaftsvertrags (Satzung) zustande gekommene, das Stimmverhalten regelnde Vereinbarungen (Abreden) sind bei der Bewertung der Rechtsmachtverhältnisse nicht zu berücksichtigen.“

Nach der heute aktuell vertretenen Auffassung in der Rechtsprechung und Verwaltung kann die Selbstständigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers somit nur noch dann mit Sicherheit angenommen werden, wenn dieser (bei einfacher Beschlussfassungsmehrheit) mit mindestens 50 % an der Gesellschaft beteiligt ist oder bei einer geringeren Kapitalbeteiligung eine (umfassende) im Gesellschaftsvertrag festgelegte Sperrminorität genießt, sodass er in der Lage ist, ihn belastende Entscheidungen in jedem Fall (rechtlich zwingend) zu verhindern. Gleichlautende Vereinbarungen (bspw. Stimmbindungsverträge), die nicht im Rahmen des Gesellschaftsvertrages niedergelegt sind, sind nach der aktuellen Rechtsprechung nicht (mehr) ausreichend.

IV. Unternehmensschutz

Für die Praxis können sich aus der vorstehend erläuterten Entwicklung in der Rechtsprechung jedenfalls für die Unternehmen Probleme ergeben, deren vertragliche Strukturen auf der noch bis 2010 geltenden Rechtsprechung basieren. Minderheitsgesellschafter ohne gesellschaftsvertraglich gesicherte Sperrminorität sind nach der Beurteilung Stand heute sozialversicherungspflichtig, auch wenn dies in der Vergangenheit anders beurteilt wurde.

Die DRV macht aufgrund von Betriebsprüfungen aktuell umfangreiche Beitragsnachforderungen geltend. Damit stellt sich die Frage, ob Nachforderungen für die Vergangenheit erhoben werden können und wenn ja, wie weit diese zurückreichen dürfen.³⁴ Hier sind Beitragsgerechtigkeit einerseits und Rechtssicherheit sowie Vertrauensschutz andererseits gegeneinander abzuwägen. In jedem Fall ist diese Frage sehr einzelfallabhängig und kann nicht pauschal beantwortet werden. Da grundsätzlich bei der Prüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status die aktuelle Rechtslage von der DRV zugrunde gelegt wird, ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Betroffenen für zurückliegende Zeiträume berechtigt davon ausgehen durften nicht sozialversicherungspflichtig zu sein.³⁵ Dies kann beispielsweise durch eine in der Vergangenheit erfolgte Statusfeststellung durch die DRV oder auch durch Betriebsprüfungen,

25 BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R, BeckRS 2015, 73497 u. BSG, 29.7.2015 – B 12 R 1/15 R, BeckRS 2016, 65776, BSGE 119, 216.

26 BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R, BeckRS 2015, 73497, Rn. 29 f.

27 BSG, 11.11.2015 – B 12 R 2/14 R, BeckRS 2016, 67680, GmbHR 2016, 537 m. Anm. Dr. Brötzmann, BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, BeckRS 2016, 67672 u. BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, BeckRS 2016, 66640.

28 BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, BeckRS 2016, 66640 (Fortbildung BSG Ur. v. 29.7.2015).

29 Die Einräumung einer 50%igen Kapitalbeteiligung wurde nur aus erbschaftsteuerlichen Gründen nicht vorgenommen, was auch als Vorbemerkung in die Stimmbindungsvereinbarung Eingang gefunden hat.

30 Vgl. Rn. 24 ff. Entscheidungsgründe.

31 BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 2/14 R – BeckRS 2016, 67680 (Fortbildung BSG Ur. v. 29.7.2015).

32 Bestätigt in einer weiteren Entscheidung vom selben Tag, BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, DStR 2016, 1275 – (Fortbildung BSG Ur. v. 29.7.2015).

33 BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R u. BSG, 14.3.2018 – B 12 R 5/16 R, BeckRS 2018, 5025, Anm. Stäbler, NZS 2018, 670.

34 Ausführlich zu den dogmatischen Grundlagen Rittweger, DStR 2017, 1537.

35 Dies gilt insbesondere für die Zeit von der Veröffentlichung der Urteile des BSG v. 29.8.2012 bis zur Veröffentlichung des Besprechungsergebnisses der DRV v. 9.4.2014, da in diesem Zeitraum sogar eine widersprüchliche Konkretisierung des Rechtsbegriffes Beschäftigung i. S. d. § 7 Abs. 1 SGB IV vorlag.

bei welchen das Geschäftsführerdienstverhältnis Prüfungsgegenstand war, der Fall sein.

Aber auch (noch) nicht von Beitragsnachforderungen Betroffenen ist es zu empfehlen, ihren sozialversicherungsrechtlichen Status bzw. die für dessen Beurteilung maßgeblichen vertraglichen Grundlagen überprüfen zu lassen, um sicher zu gehen, dass diese den neuen Anforderungen der Rechtsprechung entsprechen. Sollte dies nicht der Fall sein, kann nur angeraten werden, proaktiv auf eine Anpassung hinzuwirken und gegebenenfalls auch eine offizielle Klärung des Status über ein Antragsverfahren bei der Clearingstelle der DRV einzuleiten.

V. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung hat in Abkehr zu noch bis 2010 vertretener Auffassung für die Beurteilung der Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, folgende neue Grundsätze aufgestellt:

Die Beurteilung des Status hängt – wie bei anderen Berufsgruppen auch – davon ab, ob der Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt. Dies wird bei Fremd-Geschäftsführern und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern grundsätzlich bejaht, nicht aber bei Gesellschafter-Geschäftsführern mit einem Gesellschaftsanteil von 50 % oder mehr.

Für Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer können Treuhandvereinbarungen und gesellschaftsrechtliche Sonderkonstellationen wie ver-

einbarte Sperrminoritäten, Vetorechte und Stimmbindungsvereinbarungen diese Annahme nur widerlegen, wenn diese im Gesellschaftsvertrag niedergelegt sind. Schuldrechtliche Sonderkonstellationen sind nicht mehr geeignet, den sozialversicherungsrechtlichen Status zu beeinflussen.

Rein faktische Umstände und die Nichtausübung bestehender Rechtsmacht beeinflussen den sozialversicherungsrechtlichen Status grundsätzlich nicht. Etwaige hierzu bestandene Ausnahmen – insbesondere bei Familien-Gesellschaften – werden nicht mehr anerkannt. Die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung wurde aufgegeben.

Dr. Kerstin Reiserer ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Mitbegründerin der Kanzlei RB Reiserer Biesinger Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Heidelberg. Lehrbeauftragte an der Universität Mannheim. Autorin zahlreicher Fachveröffentlichungen und Referentin bei großen Fachtagungen.



Katharina Melanie Skupin ist Rechtsanwältin im Fachbereich Arbeitsrecht in der RB Reiserer Biesinger Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Heidelberg.



BAG: Auslegung einer Bezugnahme Klausel

BAG, Urteil vom 11.7.2018 – 4 AZR 533/17

ECLI:DE:BAG:2018:110718.U.4AZR533.17.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2018-2675-1**

unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHER LEITSATZ

Nehmen Arbeitsvertragsparteien individualvertraglich auf die jeweils geltenden Tarifverträge einer bestimmten Branche Bezug, handelt es sich dabei in der Regel um eine zeit-dynamische Bezugnahme auf die entsprechenden Flächentarifverträge, die Haustarifverträge eines einzelnen Arbeitgebers nicht erfasst.

TVG § 3 Abs. 1, 4 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags auf ihr Arbeitsverhältnis und in diesem Zusammenhang über Entgelt-differenzansprüche.

Die Klägerin, die Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) ist, ist seit 1992 bei der Beklagten als Teamleiterin Food beschäftigt.

Im Arbeitsvertrag vom 11. Juli 2005 heißt es ua.:

„2. Auf das Arbeitsverhältnis finden die jeweils geltenden Tarifverträge des Einzelhandels und die Gesamtbetriebsvereinbarungen bzw. die Betriebsvereinbarungen in der jeweils gültigen Fassung Anwendung.“

4. Die Mitarbeiterin erhält ein monatliches Bruttoentgelt in Höhe von EUR Tarifentgelt: 2.921,00 EUR Tarifgruppe: G III c

im 06 Berufs-/ Tätigkeitsjahr

anrechenbare Zulage: 52,00 EUR

Differenzzulage 324,00 EUR

(aus Sozialplan vom 19.10.1999)

Gesamt: 3.297,00 EUR“

Die Beklagte war zunächst ordentliches Mitglied in Handelsverbänden, ua. im Handelsverband Nordrhein-Westfalen e.V.

Im Juni 2015 kündigte sie ihre Mitgliedschaften und ist seit dem 17. Juni 2015 Mitglied ohne Tarifbindung.

Am 18. August 2015 schloss der Handelsverband Nordrhein-Westfalen e.V. mit der Gewerkschaft ver.di einen Gehaltstarifvertrag für den Einzelhandel Nordrhein-Westfalen (GTV 2015). Am 29. August 2017 wurde ein Folgetarifvertrag (GTV 2017) abgeschlossen.

Mit Datum vom 29. Juli 2016 schlossen die M AG und die Beklagte auf der einen mit der Gewerkschaft ver.di auf der anderen Seite einen Zukunftstarifvertrag (Zukunfts-TV). Dort heißt es auszugsweise:

„§ 1

Geltungsbereich

Dieser Tarifvertrag gilt räumlich für alle Betriebe, Betriebsstätten und Verkaufsstellen des Unternehmens real,- in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Verwaltungen und Läger. ...

§ 2

Anerkennung der Tarifverträge des Einzelhandels

(1) Alle gültigen (einschließlich nachwirkenden) regionalen Tarifverträge des Einzelhandels werden von real,- anerkannt. Diese Tarifverträge gelten dynamisch, also für den jeweiligen räumlichen Geltungsbe-