

## **B 12 KR 4/13 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Kassel (HES)  
Aktenzeichen  
S 12 KR 294/09  
Datum  
01.06.2011  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 8 KR 320/11  
Datum  
20.12.2012  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 KR 4/13 R  
Datum  
29.07.2015  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Auch bei Rentnern, die neben dem Rentenbezug keiner Beschäftigung nachgehen, führt nur eine "hauptberuflich" ausgeübte selbstständige Tätigkeit in der gesetzlichen Krankenversicherung zum Ausschluss von der Versicherungspflicht als Rentner.  
2. Ob eine Tätigkeit hauptberuflich ist, bestimmt sich auch in solchen Fällen danach, ob sie in vorausblickender Gesamtschau nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrem zeitlichen Aufwand die übrigen "Erwerbstätigkeiten" zusammen deutlich übersteigt.  
Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 20. Dezember 2012 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Der Kläger wendet sich gegen die Ablehnung der Feststellung der Versicherungspflicht als Rentner in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) wegen hauptberuflich selbstständiger Erwerbstätigkeit.

2

Der 1941 geborene Kläger war Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer der L. -GmbH, die an drei Standorten mit bis zu 21 Arbeitnehmern Modegeschäfte betrieb. Er verzichtete auf ein Geschäftsführergehalt. Stattdessen wurde ein Gesellschafterdarlehen mit monatlich 1000 Euro getilgt. Bei Jahresumsätzen von mehreren hunderttausend Euro erzielte die GmbH von 2006 bis 2011 lediglich im Jahr 2008 einen Überschuss in Höhe von 64 980,59 Euro, in allen anderen Jahren ergaben sich Fehlbeträge (2006 in Höhe von 30 239,06 Euro; 2007 in Höhe von 917,99 Euro; 2009 in Höhe von 27 000,87 Euro; 2010 in Höhe von 38 526,94 Euro und 2011 in Höhe von 47 848,31 Euro). Laut Einkommensteuerbescheid hatte er Kläger im Jahr 2006 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 33 507 Euro, aus Kapitalerträgen in Höhe von 2729 Euro und aus Renten in Höhe von 8892 Euro.

3

Seit 1966 war der Kläger Mitglied der beklagten Krankenkasse, ab April 2000 wegen hauptberuflich selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht mehr als Versicherungspflichtiger, sondern als freiwillig Versicherter. Ab 1.5.2006 bezog er Regelaltersrente und eine Witwerrente. Er beantragte am 16.4.2009, seinen Versicherungsstatus und die Beiträge zu überprüfen. Daraufhin lehnte die Beklagte die Feststellung seiner Versicherungspflicht als Rentner in der GKV ab 1.5.2006 aufgrund hauptberuflich selbstständiger Erwerbstätigkeit und eine Anpassung der Beiträge ab (Bescheid vom 13.7.2009). Auf den Widerspruch des Klägers bestätigte die Beklagte nochmals den Ausschluss dessen von der Versicherungspflicht als Rentner (Widerspruchsbescheid vom 28.10.2009).

4

Das SG hat die hiergegen gerichtete Klage abgewiesen (Urteil vom 1.6.2011). Das LSG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen: Eine gewichtete Abgrenzung der Tätigkeiten des Klägers ergebe dessen hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit, weshalb er von der seit 1.5.2006 grundsätzlich bestehenden Krankenversicherungspflicht als Rentner ausgeschlossen sei. Angesichts der Umsätze der GmbH

überwiege die wirtschaftliche Bedeutung dieser Tätigkeit die des Rentenbezugs, auch wenn der Kläger als deren Geschäftsführer kein Einkommen beziehe und die GmbH keinen Gewinn erwirtschafte. Auch der zeitliche Aufwand spreche für eine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit. Entgegen der eigenen Einschätzung des Klägers, 12 bis 14 Stunden pro Woche für die GmbH zu arbeiten, hätten ihn die Aufgaben im Zusammenhang mit der Verlegung zweier Geschäfte in den Jahren 2009 und 2010 nach der allgemeinen Lebenserfahrung mehrere Tage in der Woche beansprucht. Für eine hauptberufliche selbstständige Erwerbstätigkeit spreche schließlich auch die Qualität der Tätigkeit. Zu berücksichtigen seien hierbei insbesondere die erwähnten Umsätze, die Zahl der Beschäftigten der GmbH und deren verschiedene Standorte. Ob auch die Vermietung und Verpachtung zum Ausschluss von der Versicherungspflicht führe, könne daneben offenbleiben (Urteil vom 20.12.2012).

5

Mit seiner Revision rügt der Kläger eine Verletzung von [§ 5 Abs 5 SGB V](#). Bei der Prüfung einer hauptberuflichen selbstständigen Erwerbstätigkeit müsse auch der Zeitaufwand für Vermietung und Verpachtung berücksichtigt werden. Bezüglich der wirtschaftlichen Bedeutung seiner Tätigkeit für die GmbH dürfe nicht auf deren Umsätze abgestellt werden. Zudem verleihe ihr die Anzahl der Arbeitnehmer der GmbH keine besondere Qualität, die für die Hauptberuflichkeit spreche.

6

Der Kläger beantragt,

1. die Urteile des Hessischen Landessozialgerichts vom 20. Dezember 2012 und des Sozialgerichts Kassel vom 1. Juni 2011 sowie den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 28. Oktober 2009 aufzuheben und den Bescheid der Beklagten vom 13. Juli 2009 insoweit, als darin die Feststellung seiner Versicherungspflicht als Rentner in der gesetzlichen Krankenversicherung ablehnt wird sowie
2. festzustellen, dass er in der Zeit vom 1. Mai 2006 bis zum 20. Dezember 2012 als Rentner versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung war.

7

Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

8

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II

9

Die Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung des angefochtenen LSG-Urteils und der Zurückverweisung des Rechtsstreits an dieses Gericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begründet.

10

Der Senat selbst kann nicht abschließend entscheiden, ob das LSG die Berufung des Klägers gegen das seine Klage abweisende Urteil des SG zu Unrecht zurückgewiesen hat. Zwar ergibt sich aus den tatsächlichen Feststellungen des LSG noch hinreichend, dass beim Kläger die Voraussetzungen für das Bestehen der Versicherungspflicht als Rentner nach [§ 5 Abs 1 Nr 11 SGB V](#) (hier anzuwenden idF des Gesundheits-Reformgesetzes (GRG) vom 20.12.1988, [BGBl I 2477](#), sowie ab 1.4.2007 idF des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26.3.2007, [BGBl I 378](#)) vorlagen. Allerdings kann der Senat auf der Grundlage der vom LSG festgestellten Tatsachen nicht abschließend entscheiden, ob der Kläger nach [§ 5 Abs 5 SGB V](#) (idF des GRG vom 20.12.1988, [BGBl I 2477](#)) wegen hauptberuflich selbstständiger Erwerbstätigkeit von der Versicherungspflicht ausgeschlossen war. Deshalb ist das Urteil des LSG insgesamt aufzuheben und der Rechtsstreit an dieses Gericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen ([§ 170 Abs 2 S 2 SGG](#)).

11

1. Gegenstand des Rechtsstreits in der Revision ist der Bescheid der Beklagten vom 13.7.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28.10.2009 nur noch insoweit, als die Beklagte darin die Feststellung von Versicherungspflicht des Klägers als Rentner in der GKV ab 1.5.2006 abgelehnt hat. Der entscheidungserhebliche Zeitraum umfasst den Zeitraum bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem LSG am 20.12.2012 (zum insoweit maßgebenden Endzeitpunkt vgl allgemein zB [BSGE 110, 62](#) = SozR 4-2500 § 240 Nr 16, RdNr 19; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl 2014, § 55 RdNr 21).

12

2. Ob der Kläger im streitigen Zeitraum nach [§ 5 Abs 5 SGB V](#) wegen hauptberuflich selbstständiger Erwerbstätigkeit von der Versicherungspflicht als Rentner nach [§ 5 Abs 1 Nr 11 SGB V](#) ausgeschlossen war, kann der Senat auf der Grundlage der vom LSG festgestellten Tatsachen nicht abschließend entscheiden. Zwar hat das LSG in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass der Kläger in der Tätigkeit als Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer der Loose-Fashion-GmbH selbstständig erwerbstätig war (dazu a). Es kann jedoch nicht abschließend beurteilt werden, ob diese Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt worden ist (dazu b).

13

a) Bei der Tätigkeit des Klägers als Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer der Loose-Fashion-GmbH handelt es sich um eine sozialversicherungsrechtlich relevante Erwerbstätigkeit, die der Kläger selbstständig ausgeübt hat.

14

Die vom Kläger konkret ausgeübte Tätigkeit als Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer ist eine sozialversicherungsrechtlich relevante Erwerbstätigkeit. Bei Organwaltern juristischer Personen kann die sozialversicherungsrechtliche Relevanz ihrer gesellschaftsrechtlichen Funktionen ausgeschlossen sein, wenn ein Gesellschafter nicht aktiv im Unternehmen mitarbeitet, sondern allein die mit der gesellschaftsrechtlichen Stellung verbundenen Pflichten wahrnimmt (vgl. [BSGE 110, 122](#), 124 = SozR 4-2500 § 10 Nr 10, RdNr 14; für Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer vgl. BSG SozR 4-2500 § 10 Nr 9 RdNr 10 ff). Zugleich kann eine Erwerbstätigkeit nur angenommen werden, wenn die fragliche Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird (dazu BSG SozR 4-2500 § 10 Nr 9 RdNr 16). Nach den Feststellungen des LSG war der Kläger als Geschäftsführer in einem Umfang von mehr als 12 bis 14 Stunden je Woche aktiv leitend für die GmbH tätig und kümmerte sich zB auch um die Verlegung zweier Geschäfte. Dabei hatte er Gewinnerzielungsabsicht, wie sich aus den bestehenden Vergütungsvereinbarungen (dazu BSG SozR 4-2500 § 10 Nr 9 RdNr 16) ergibt. Dass der Kläger auf die Auszahlung des Geschäftsführergehalts verzichtet hat, ist insoweit unschädlich. Es kommt für das Vorliegen der Gewinnerzielungsabsicht nicht darauf an, dass tatsächlich Arbeitseinkommen iS des [§ 15 SGB IV](#) erzielt wird. Entscheidend ist vielmehr, dass die Tätigkeit - wie hier - auf die Erzielung positiver Einkünfte gerichtet ist und nicht etwa nur der Liebhaberei dient (vgl. BSG [SozR 3-2200 § 1227 Nr 8](#) S 10 f). Diese Erwerbstätigkeit übte der Kläger selbstständig aus und nicht etwa als (abhängig) Beschäftigter. Dies folgt schon aus seiner Stellung als Alleingesellschafter der GmbH und der damit verbundenen Rechtsmacht (vgl. nur BSG SozR 4-2500 § 10 Nr 9 RdNr 12 mwN).

15

b) Über die Frage der Hauptberuflichkeit der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit kann der Senat nicht abschließend selbst entscheiden.

16

Ob eine Tätigkeit hauptberuflich ist oder nicht, ist nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (zB BSG [SozR 3-5420 § 3 Nr 3](#) S 17 ff) in Anknüpfung an die Entwurfsbegründung des GRG zu [§ 5 Abs 5 SGB V](#) (Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Gesundheits-Reformgesetz (Gesetzentwurf zum GRG), [BT-Drucks 11/2237 S 159](#)) in vorausschauender Betrachtung (vgl. BSG, aaO, S 18 f mwN) danach zu bestimmen, ob diese Tätigkeit in einer Gesamtschau von der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten zusammen deutlich übersteigt (vgl. BSG, aaO, S 18). Dies gilt entsprechend auch im vorliegenden Fall.

17

Insoweit gilt allgemein, dass auch neben dem Bezug von Rente, nur eine "hauptberuflich" ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit zum Ausschluss von der Versicherungspflicht führt (dazu aa). Für eine abschließende Entscheidung über die Frage der Hauptberuflichkeit der selbstständigen Tätigkeit des Klägers fehlen vorliegend ausreichende Feststellungen des LSG zur wirtschaftlichen Bedeutung der Geschäftsführertätigkeit für den Kläger (dazu bb) und insbesondere zu dessen zeitlichem Aufwand hierfür (dazu cc). Der Qualität der Tätigkeit kommt für die Feststellung der Hauptberuflichkeit - entgegen der Auffassung des LSG - vorliegend keine Bedeutung zu (dazu dd).

18

aa) Auch in der vorliegenden Konstellation, in der neben der selbstständigen Erwerbstätigkeit keine Beschäftigung, sondern nur ein Rentenbezug besteht, führt nur eine "hauptberuflich" ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit zum Ausschluss von der Versicherungspflicht.

19

Dass sich die Bedeutung des Tatbestandselements "hauptberuflich" nicht in der gewichtenden Abgrenzung gegenüber parallel ausgeübten Beschäftigungen erschöpft, hat der Senat zur Frage einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit iS von [§ 240 Abs 4 S 2 SGB V](#) und iS von [§ 10 Abs 1 S 1 Nr 4 SGB V](#) bereits entschieden. So hat er für den Fall einer ausschließlich einen Einzelhandel betreibenden freiwillig in der GKV Versicherten nicht auf die (alleinige) Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, sondern auf deren Umfang abgestellt (BSG Urteil vom 10.3.1994 - [12 RK 3/94](#) - Die Beiträge 1994, 479). Dem ist der Senat auch in einem Fall gefolgt, in dem es um den Ausschluss einer alleinigen Kommanditistin und Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG von der Familienversicherung ging ([BSGE 110, 122](#) = SozR 4-2500 § 10 Nr 10, RdNr 15 f). In gleicher Weise ist auch das Merkmal "hauptberuflich" iS von [§ 5 Abs 5 SGB V](#) nicht allein auf die Abgrenzung einer selbstständigen Tätigkeit gegenüber einer Beschäftigung bezogen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Norm, wonach die hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit nicht nur zum Ausschluss von der Versicherungspflicht wegen Beschäftigung nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) führt, sondern auch zum Ausschluss von der Versicherungspflicht nach den Nummern 5 bis 12 des [§ 5 Abs 1 SGB V](#). Die Vorschrift nimmt gerade auch mit [§ 5 Abs 1 Nr 11 SGB V](#) Personen in Bezug, die neben der zu betrachtenden selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht notwendig eine weitere Beschäftigung ausüben. Bezüglich dieser Versicherten, zu denen wegen des Rentenbezugs auch der Kläger gehört, wäre das Merkmal "hauptberuflich" regelmäßig funktionslos, wenn es tatsächlich nur dann zum Tragen käme, soweit neben der selbstständigen Tätigkeit auch eine Beschäftigung ausgeübt würde. Im Hinblick auf eine funktionserhaltende Auslegung des Merkmals "hauptberuflich" kann auch bei diesen Versichertengruppen nicht die bloße Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit zum Ausschluss von der Versicherungspflicht führen, sondern erst deren Hauptberuflichkeit. Gegenteiliges verlangen auch nicht Sinn und Zweck dieser der Missbrauchsabwehr dienenden Vorschrift (dazu Gesetzentwurf zum GRG, [BT-Drucks 11/2237 S 159](#)). Zwar sollte insbesondere ausgeschlossen werden, dass ein versicherungsfreier (hauptberuflich) Selbstständiger durch Aufnahme einer - nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) - versicherungspflichtigen Nebenbeschäftigung versicherungspflichtig wird und damit den umfassenden Schutz der GKV erhält (Gesetzentwurf zum GRG, aaO). Dass in Bezug auf andere Versicherungspflichttatbestände als [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) wegen jedweder selbstständigen Tätigkeit ein Ausschluss von der Versicherungspflicht erfolgen sollte, kann daraus nicht gefolgert werden.

20

bb) Aufgrund der Feststellungen des LSG lässt sich bereits die wirtschaftliche Bedeutung der Geschäftsführertätigkeit des Klägers für diesen nicht abschließend beurteilen. Hierfür ist auf das Arbeitseinkommen iS von [§ 15 SGB IV](#), also auf den nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelten Gewinn abzustellen (dazu (1)). Allerdings kann vorliegend nicht uneingeschränkt auf die Feststellungen im Einkommensteuerbescheid 2006 zurückgegriffen werden (dazu (2)).

21

(1) Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung einer selbstständigen Tätigkeit ist im Hinblick auf die Frage nach deren Hauptberuflichkeit auf das Arbeitseinkommen des Selbstständigen iS von [§ 15 SGB IV](#) und - entgegen der Auffassung des LSG - nicht auf den Umsatz des Unternehmens abzustellen, der allerdings ggf für die Frage des zeitlichen Umfangs der Tätigkeit (dazu cc) relevant sein kann. Dies hat das BSG bereits wiederholt entschieden (BSG [SozR 3-5420 § 3 Nr 2](#) S 11; BSG [SozR 3-2500 § 240 Nr 27](#) S 104). Ebenso kann weder auf den Gewinn noch auf den Verlust der Gesellschaft abgestellt werden. Eine andere Betrachtungsweise würde insbesondere bei "Tätigkeiten" von Gesellschaftern die Rechtspersönlichkeit von juristischen Personen unzulässig hinwegfingieren (zur Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens vgl [BSGE 95, 275](#) = [SozR 4-2600 § 2 Nr 7](#), RdNr 18 ff; vgl auch BSG [SozR 4-5420 § 3 Nr 3](#) RdNr 22). Vielmehr ist auf das persönliche Arbeitseinkommen des Selbstständigen, also regelmäßig auf den nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelten Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit ([§ 15 Abs 1 SGB IV](#)) abzustellen (vgl BSG, aaO). Dabei ist Einkommen als Arbeitseinkommen zu werten, wenn es als solches nach dem Einkommensteuerrecht zu bewerten ist. Zwar kann der Gewinn durch betriebliche Investitionen oder sonstige unternehmerische Entscheidungen willkürlich gemindert werden. Dies spricht jedoch - entgegen der Auffassung des LSG - nicht gegen die Anknüpfung an das Arbeitseinkommen. Auswirkungen solcher kurzzeitiger Effekte auf die Entscheidung über die Versicherungspflicht werden vermieden, wenn - wie das BSG bereits mehrfach entschieden hat - die tatsächlichen Verhältnisse auf Grundlage der vorangegangenen Verhältnisse in einer vorausschauenden Betrachtungsweise unter Einbeziehung absehbarer Entwicklungen beurteilt werden (vgl nur BSG [SozR 4-5420 § 3 Nr 3](#) RdNr 21 mwN).

22

(2) Vorliegend ist trotz des Verweises des [§ 15 Abs 1 SGB IV](#) auf das Einkommensteuerrecht für die Ermittlung des Arbeitseinkommens nicht uneingeschränkt auf die Feststellungen im Einkommensteuerbescheid 2006 zurückzugreifen. Eine strikte rechtliche Bindung hieran besteht nicht (dazu (a)). Das LSG wird daher aufzuklären haben, ob die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung richtig im Einkommensteuerbescheid zugeordnet wurden oder ob eine Zuordnung zum Gewerbebetrieb des Klägers erfolgen muss (dazu (b)).

23

(a) Eine strikte rechtliche Bindung an Entscheidungen der Finanzbehörden im Sinne einer Feststellungswirkung besteht bei der Ermittlung des Arbeitseinkommens nicht.

24

Eine eigene Beurteilung der Einkünfte müssen die Sozialversicherungsträger und die Sozialgerichte bei möglicher falscher Einordnung der Einkünfte im Einkommensteuerbescheid nicht nur dann vornehmen, wenn der Versicherte/Steuerpflichtige gegen die Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen oder die steuerrechtliche Bewertung des Finanzamtes schlüssige und erhebliche Einwendungen erhebt (zu dieser Fallkonstellation vgl BSG [SozR 3-2400 § 15 Nr 4](#) S 6; [BSGE 73, 77](#) = [SozR 3-2200 § 1248 Nr 9](#) mwN). Umgekehrt muss dies aber auch dann gelten, wenn konkrete Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten der Feststellungen bzw Bewertungen des Finanzamtes bestehen und der Versicherte/Steuerpflichtige keine Einwendungen gegen die Einordnung der Einkünfte erhebt, weil die (falsche) Einordnung sich für ihn nicht nachteilig auswirkt bzw sogar günstig ist. Soweit sich hieraus für die Beurteilung der Hauptberuflichkeit iS von [§ 5 Abs 5 SGB V](#) ein Unterschied zur Anknüpfung an die Feststellungen des Einkommensteuerbescheids in der Rechtsprechung des Senats zur Ermittlung des Arbeitseinkommens freiwillig in der GKV Versicherter nach [§ 240 SGB V](#) (vgl zB [BSGE 104, 153](#) = [SozR 4-2500 § 240 Nr 12](#), RdNr 15 ff; BSG [SozR 4-2500 § 240 Nr 20](#) RdNr 24, jeweils mwN) ergibt, ist dieser durch die besondere Bedeutung gerechtfertigt, die der Gesetzgeber der Abwehr missbräuchlicher Inanspruchnahme günstigen Pflichtversicherungsschutzes durch Selbstständige beimisst (vgl Gesetzentwurf zum GRG, [BT-Drucks 11/2237 S 159](#) zu [§ 5 Abs 5 SGB V](#)).

25

(b) Vor diesem Hintergrund wird das LSG die Zuordnung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung im Einkommensteuerbescheid zu prüfen und die hierfür maßgeblichen Tatsachen festzustellen haben.

26

Vorliegend gibt es konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ein Teil der Mieteinnahmen dem Gewerbebetrieb des Klägers hätte zugeordnet werden müssen. Eine solche Zuordnung ist vorzunehmen, wenn die Vermietung als unselbstständiger Teil der selbstständigen Tätigkeit anzusehen und davon nicht zu trennen ist (vgl BSG [SozR 3-2400 § 15 Nr 4](#); [BSGE 58, 277](#), 280 = [SozR 2100 § 15 Nr 8](#); vgl auch BSG [SozR 4-2500 § 10 Nr 9](#) RdNr 13). Die wegen [§ 2 Abs 1 Nr 6](#) Einkommensteuergesetz (EStG) grundsätzlich nicht von dem Begriff des Arbeitseinkommens in [§ 15 Abs 1 S 1 SGB IV](#) ("Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit") umfassten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ([BSGE 53, 242](#), 244 = [SozR 2200 § 1248 Nr 36](#); vgl auch BSG [SozR 3-2600 § 243 Nr 7](#)) können im Hinblick auf [§ 21 Abs 3 EStG](#) dann sozialversicherungsrechtliches Arbeitseinkommen sein, wenn sie ihrerseits den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb oder aus selbstständiger Arbeit zuzuordnen sind (vgl BSG [SozR 3-2400 § 15 Nr 4](#); [BSGE 58, 277](#), 280 = [SozR 2100 § 15 Nr 8](#)). Dies hat das BSG bei Einnahmen aus der Vermietung und Verpachtung einem Versicherten gehörender Grundstücke an eine GmbH angenommen, deren Betriebsleiter, Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Versicherte war (vgl BSG [SozR 3-2400 § 15 Nr 4](#) S 6). Anhaltspunkte für eine solche Konstellation ergeben sich vorliegend aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem SG. Danach erzielte der Kläger die Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung aus einem Geschäftshaus auf S. und einem in M ... Vor dem

Hintergrund, dass ein Ladengeschäft der GmbH in S. 2009 geschlossen worden ist und die GmbH ein weiteres Ladengeschäft im Haus des Klägers und seines Sohnes in M. betreibt, wird das LSG hier aufzuklären haben, in welchem Umfang die Einnahmen des Klägers aus Vermietung und Verpachtung aus Mietverhältnissen mit der GmbH stammen.

27

cc) Einer Entscheidung des Senats über die Frage der Hauptberuflichkeit der Geschäftsführertätigkeit des Klägers steht aber in erster Linie der Mangel an konkreten Feststellungen des LSG zu dem hierfür regelmäßig anfallenden zeitlichen Aufwand entgegen.

28

Die Berücksichtigung des zeitlichen Kriteriums ist auch bei Rentnern sachgerecht (aA Gerlach in Hauck/Haines, SGB V, K § 5 RdNr 492a, Stand der Einzelkommentierung V/15). Zwar üben Rentner - wie hier der Kläger - üblicherweise keine mit der Selbstständigkeit zeitlich konkurrierende Beschäftigung aus. Jedoch spricht es für Hauptberuflichkeit, wenn neben dem Rentenbezug eine selbstständige Tätigkeit mehr als halbtags ausgeübt wird (BSG Urteil vom 10.3.1994 - [12 RK 3/94](#) - Die Beiträge 1994, 479; dem folgend Baier in Krauskopf, Gesetzliche Krankenversicherung/Pflegeversicherung, [§ 240 SGB V](#) RdNr 40; vgl auch Gerlach in Hauck/Noftz, SGB V, K § 10 RdNr 69, Stand der Einzelkommentierung I/10).

29

In welchem regelmäßigen zeitlichen Umfang der Kläger seine Geschäftsführertätigkeit tatsächlich ausgeübt hat, hat das LSG nicht festgestellt. Dem angegriffenen Urteil ist lediglich zu entnehmen, dass das LSG der Selbsteinschätzung des Klägers von 12 bis 14 Arbeitsstunden wöchentlich nicht gefolgt ist und von einem unbestimmt höheren zeitlichen Aufwand ausging. Wie hoch der zeitliche Aufwand des Klägers tatsächlich war, wird das LSG im Rahmen der erneuten Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits feststellen müssen. Hierbei genügt es, dass das LSG die aufgewandte Arbeitszeit so genau bestimmt, dass es sich im Rahmen der notwendigen Gesamtschau (vgl BSG [SozR 3-5420 § 3 Nr 3](#) S 18) unter Einbeziehung der wirtschaftlichen Bedeutung der Geschäftsführertätigkeit eine sichere Überzeugung über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Hauptberuflichkeit bilden kann.

30

Bei seinen Ermittlungen hierzu wird das LSG insbesondere auch den mit der Leitungsfunktion (Direktionsgewalt) bezüglich der abhängig Beschäftigten - vorliegend bis zu 21 - notwendig verbundenen Zeitaufwand berücksichtigen müssen, der anders als deren Arbeitszeit dem Unternehmer zuzurechnen ist (dazu bereits BSG [SozR 3-5420 § 3 Nr 3](#) S 21). Dass eine Hauptberuflichkeit - anders als von der Beklagten im Verwaltungsverfahren vertreten - nicht allein aus der Arbeitgeberstellung als solcher folgt, hat der Senat bereits entschieden ([BSGE 110, 122](#) = SozR 4-2500 § 10 Nr 10, RdNr 19 ff; beachte ab 23.7.2015 aber [§ 5 Abs 5 S 2 SGB V](#) eingefügt durch Art 1 Nr 1 Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 16.7.2015, [BGBl I 1211](#), 1213). Sollte das LSG zu dem Ergebnis gelangen, dass die Vermietung als unselbstständiger Teil der selbstständigen Tätigkeit des Klägers für die GmbH zu betrachten ist (so 2.b)bb)(2)(b)), wird zudem der zeitliche Aufwand hierfür zu berücksichtigen sein.

31

dd) Die Qualität der Tätigkeit kann vorliegend nicht zur Begründung der Hauptberuflichkeit herangezogen werden.

32

Soweit der Senat in einer besonderen Fallkonstellation ([BSGE 110, 122](#) = SozR 4-2500 § 10 Nr 10, RdNr 16) die Qualität einer Tätigkeit angesprochen hat, kann hieraus nichts für die Beurteilung der fraglichen Hauptberuflichkeit der Geschäftsführertätigkeit des Klägers hergeleitet werden. Dies folgt vorliegend schon daraus, dass die vom LSG in diesem Rahmen angesprochenen Umstände (Alleingeschäftsführer, Umsatzzahlen, Beschäftigtenanzahl, Standorte der GmbH und deren Verlegung, Fachkenntnisse, Fähigkeit zu unternehmerischem Handeln, Vergütungsverzicht) sämtlich bereits bei der wirtschaftlichen Bedeutung oder dem zeitlichen Umfang der Tätigkeit zu berücksichtigen sind.

33

3. Die Kostenentscheidung bleibt der das Verfahren abschließenden Entscheidung des LSG vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2016-02-19