

L 4 KR 3503/04

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 10 KR 361/03
Datum
05.07.2004
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 3503/04
Datum
20.04.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 05. Juli 2004 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der Kläger ist von Beruf Diplom-Wirtschaftsingenieur. Nach seinen Angaben war er bis 1995 Prokurist bei der Deutschen G.-fabrik. Danach war er bis ins Jahr 2000 Finanzvorstand der R. AG und der K. AG. Beide AG's wurden an Firmen in die USA verkauft. Der Kläger erwarb im Jahr 2000 die Re. D. GmbH & Co. KG in S., die allerdings in der Folge in Insolvenz fiel. Das Insolvenzverfahren wurde beim Amtsgericht Mannheim durchgeführt. Der Kläger war bereits während dieser Tätigkeiten aufgrund einer freiwilligen Krankenversicherung Mitglied bei der Beklagten.

Die Ehefrau des Klägers, mit der er zunächst im Güterstand der Gütergemeinschaft lebte, ist angestellte Lehrerin am Gymnasium in N. mit einem 2/3-Deputat. Sie unterrichtet Geographie. Seine Tochter studiert Rechtswissenschaft. Im Jahre 2002 vereinbarten der Kläger und seine Ehefrau Gütertrennung.

Die Ehefrau und die Tochter des Klägers gründeten unter notarieller Beurkundung am 18. September 2002 eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die zu 1) beigeladene MS Consult GmbH. Auf das Stammkapital von EUR 25.000,00 übernahm die Ehefrau des Klägers eine Stammeinlage in Höhe von EUR 22.500,00, die Tochter des Klägers in Höhe von EUR 2.500,00. Gegenstand des Unternehmens ist die Beratung Dritter in allen mit der Geschäftsführung von Unternehmen zusammenhängenden Fragen. Gesellschafterbeschlüssen werden mit einfacher Mehrheit gefasst, wobei je EUR 100,00 eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt. Am 07. Oktober 2002 wurde zwischen der Beigeladenen zu 1) und dem Kläger ein "Geschäftsführer-Dienstvertrag" abgeschlossen. Nach § 1 des Geschäftsführer-Dienstvertrags ist der Kläger einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Gesellschaft und vertritt diese gerichtlich und außergerichtlich. Nach § 1 Nr. 2 Satz 2 hat er der Weisung der Gesellschafterversammlung Folge zu leisten. Nach § 2 Nr. 1 umfasst die Befugnis zur Geschäftsführung die Vornahme aller Maßnahmen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs der Gesellschaft. § 2 Nr. 2 zählt bestimmte Geschäfte auf, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen. § 3 enthält Regelungen zur Vertragsdauer und zur Kündigung. § 3 Nr. 2 sieht eine Kündigungsmöglichkeit für beide Parteien von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats vor. § 3 Nr. 3 bestimmt, dass der Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafterversammlung abberufen werden kann, was gleichzeitig als Kündigung durch die Gesellschaft zu dem nächstmöglichen Kündigungstermin gilt. § 4 Nr. 1 sieht als Vergütung ein monatliches Gehalt von EUR 2.500,00 brutto vor. Weiter ist ein Urlaubsgeld in Höhe von EUR 1.000,00 vorgesehen. Darüber hinaus wurde in § 5 vereinbart, dass die Gesellschaft dem Geschäftsführer einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung stellt. Nach § 7 Nr. 1 steht dem Geschäftsführer ein jährlicher Erholungsurlaub von 30 Werktagen zu. Des Weiteren beschlossen Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung vom 30. November 2002.

Anfang des Jahres 2003 kam es zu einer Nachfrage der Beklagten, weil eine Anmeldung des Klägers noch nicht vorlag, obwohl Beiträge aufgrund einer Versicherungspflicht als Beschäftigter für den Kläger abgeführt wurden. Am 26. Februar 2003 versandte die Beklagte einen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung des Klägers. In dem am 28. Februar 2002 ausgefüllten Feststellungsbogen, der nebst den Meldungen zur Sozialversicherung der Beklagten vorgelegt wurde, wurde angegeben, der Kläger sei seit dem 18. September 2002 als Geschäftsführer tätig und in der GmbH seit 01. November 2002 beschäftigt. Der Eintrag in das Handelsregister sei am 04.

November 2002 erfolgt. Die Beigeladene zu 1) werde nach außen durch ihn und seine Ehefrau M. S. vertreten. Beide seien allein vertretungsberechtigt. Der Kläger sei vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) befreit. Er verfüge als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter/Betriebsangehöriger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Seine Tätigkeit sei nicht aufgrund von familienhaften Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern geprägt. Er sei nicht lediglich im Rahmen des Gesellschaftsvertrags zur Mitarbeit verpflichtet. Seine Mitarbeit sei in einem besonderen Dienstvertrag geregelt. Die wöchentliche durchschnittliche Arbeitszeit betrage 40 Stunden. Er unterliege wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Das Weisungsrecht werde tatsächlich nicht laufend ausgeübt. Von bestimmten wichtigen Geschäften abgesehen könne er seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung der Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere vom eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohl und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Die Vergütung betrage EUR 2.500,00 monatlich. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Lohn und als Betriebsausgabe. Ergänzend legte der Kläger Kopien des Dienstvertrags, des Gesellschaftsvertrags sowie des Protokolls der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1) vom 10. Januar 2003, in der das monatliche Gehalt des Klägers ab 01. März 2003 um 10% auf EUR 2.250,00 gekürzt wurde, vor.

Mit Schreiben vom 11. April 2003, das erst am 22. April 2003 versandt wurde, teilte die Beklagte dem Kläger mit, er stehe in keinem Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 1) und werde als selbstständig Tätiger in die Beitragsklasse 656 ohne Krankengeldanspruch eingestuft. Er sei als Selbstständiger einzustufen und unterliege nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. In der Praxis unterliege er keinem Weisungsrecht und könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten. Er sei dem Grunde nach nicht für eine fremde Gesellschaft, sondern für eine eigene Gesellschaft tätig. Eine Rechtsbehelfsbelehrung enthielt das Schreiben nicht.

Dem hielt der Kläger mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 27. Mai 2003 entgegen, allein aus der weitgehend weisungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit könne nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden. Das Alleinvertretungsrecht sei im Tagesgeschäft notwendig, da eine aktive Tätigkeit seiner Ehefrau nicht geplant sei. Sowohl im Dienstvertrag als auch in der - ebenfalls vorgelegten - Geschäftsordnung für die Geschäftsführung vom 30. November 2002 seien jedoch erhebliche Restriktionen für ihn festgelegt worden. Seine Ehefrau sei für die Festlegung des Jahresbudgets und die finanziellen Angelegenheiten der Firma zuständig. Der Katalog der zustimmungsbedürftigen Geschäfte sei außerordentlich weit gefasst. Er beziehe sich auch auf Fragen der allgemeinen Geschäftspolitik, der Investitionen und Finanzierung. Grundlegende unternehmerische Entscheidungen, Personalangelegenheiten und jeglicher Vertragsabschluss bedürften der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Da er keine Gesellschaftsanteile halte, komme dem Umstand, dass er der einzige Betriebsangehörige sei, der über einschlägige Branchenkenntnisse verfüge, keine überragende Bedeutung zu.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2003 hielt die Beklagte an ihrer Einschätzung vom 11. April 2002 fest. Der Kläger sei "Kopf und Seele" des Unternehmens, da die Gesellschafter nicht oder kaum in der Lage seien, ihm Weisungen zu erteilen. Eine Rechtsbehelfsbelehrung enthielt auch dieses Schreiben nicht. Mit Schreiben vom 04. Juli 2003 wandte der Kläger ein, er sei nicht faktisch wie ein Alleininhaber des Geschäftes tätig. Ergänzend wies er darauf hin, dass er ein festes monatliches Gehalt beziehe. Er trage kein Unternehmensrisiko, da er auch am Gewinn nicht beteiligt sei.

Mit Schreiben vom 04. August 2003, das ebenfalls keine Rechtsbehelfsbelehrung enthält, stellte die Beklagte nach nochmaliger Prüfung fest, dass aufgrund der Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht bestehe. Die Tätigkeit sei auch ohne Beteiligung am Kapital der Beigeladenen zu 1) durch familienhafte Bindungen zu den beiden Gesellschafterinnen geprägt. Dies bewirke einen Einklang der Interessen. Vom Vorliegen einer Weisungsgebundenheit könne nicht ausgegangen werden. Dies habe der Kläger in seinen Angaben im Feststellungsbogen auch bestätigt.

Mit seinem gegen "den Bescheid vom 04. August 2003" gerichteten Widerspruch vom 04. September 2003 hielt der Kläger an seiner bereits dargelegten Auffassung fest. Ergänzend wies er darauf hin, dass die fehlende Beteiligung am Kapital der Beigeladenen zu 1) ganz entscheidend für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche. Dass er vom Selbstkontrahierungsverbot befreit sei, stelle lediglich ein Indiz gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis dar. Er sei weisungsgebunden. Die Regelungen im Dienstvertrag wiesen eindeutig auf eine abhängige Beschäftigung hin. Richtig sei zwar, dass eine so genannte Familien-GmbH vorliege. Dennoch sei nicht von einem gleichberechtigten Nebeneinander, das durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt sei, auszugehen. Ihm seien detaillierte Restriktionen im Gesellschafts- und Dienstvertrag aufgegeben worden. In der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung vom 30. November 2002 sei ein Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte, der weit über das übliche Maß hinausgehe, festgelegt worden. Er trage keinerlei Unternehmensrisiko. An einem Erfolg der Beigeladenen zu 1) sei er nicht beteiligt. Dass sein Gehalt aufgrund zu geringer Einnahmen um 10% reduziert worden sei, spreche gerade gegen seinen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsleitung. Es sei auch nicht ungewöhnlich, dass ein Arbeitnehmer sich mit weniger Geld zufriedengebe. Der Kläger reichte Mehrfertigungen der Protokolle der Gesellschafterversammlungen vom 16. Mai 2003 und 02. Oktober 2003 ein.

Mit Widerspruchsbescheid vom 07. November 2003 - nach Angaben der Prozessbevollmächtigten des Klägers ihr am 12. November 2003 zugegangen - wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers gegen den Bescheid vom 04. August 2003 zurück. Zwar sei der Kläger nicht am Stammkapital sowie am Gewinn und Verlust der Gesellschaft nur bedingt beteiligt und erhalte ein Festgehalt, das auch im Krankheitsfalle weitergezahlt werde. Er verfüge jedoch als Einziger über die zur Führung des Unternehmens notwendigen Branchenkenntnisse und vertrete die Gesellschaft allein. Einschränkungen im Gesellschaftervertrag seien nicht ersichtlich. Im Anstellungsvertrag seien zustimmungspflichtige Geschäfte festgelegt worden. Es handle sich dabei jedoch um Geschäfte, deren Wert im Einzelfall EUR 50.000,00 übersteige. Der Kläger sei vor Errichtung der GmbH bereits selbstständig tätig gewesen. Die Mehrheitsgesellschafterin habe als Gymnasiallehrerin nicht die erforderlichen Branchenkenntnisse, um das Unternehmen zu führen. Es sei lebensfremd anzunehmen, dass sich die Eheleute im Bereich der Geschäftsführung, vor allem im Finanzbereich, gegenseitig Weisungen erteilten. Das Monatsgehalt sei von EUR 2.500,00 auf EUR 2.250,00 reduziert worden. Eine solche rückläufige Lohnentwicklung sei bei Arbeitnehmern in der Regel nicht gegeben. Im Anstellungsvertrag würden auch Vereinbarungen über eine Probezeit, ein Wettbewerbsverbot mit entsprechender Entschädigung und eine feste wöchentliche Arbeitszeit fehlen, was als Beweiszeichen für eine selbstständige Tätigkeit zu betrachten sei. Schließlich handle es sich um eine Familien-GmbH, sodass die Tätigkeit nicht durch einen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber typischen Interessengegensatz geprägt sei. Unter Berücksichtigung der nachgereichten Protokolle über die Gesellschafterversammlungen im Mai und Oktober 2003 ergebe sich keine andere Beurteilung.

Der Kläger hat am 11. Dezember 2003 Klage zum Sozialgericht Mannheim erhoben und in der mündlichen Verhandlung die Aufhebung des Bescheids vom 04. August 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheid vom 07. November 2003 sowie die Feststellung begehrt, dass er seine Geschäftsführertätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) in einem die Sozialversicherungspflicht begründenden abhängigen Beschäftigungsverhältnis ausübe. Zur Begründung seiner Auffassung hat er im Wesentlichen auf die Regelungen im Gesellschaftsvertrag, im Geschäftsführer-Dienstvertrag mit den darin enthaltenen, die Vertretungsmacht einschränkenden Regelungen, die am 30. November 2002 erlassene, die Geschäftsführer bindende Geschäftsordnung mit den darin enthaltenen weiteren Einschränkungen der Vertretungsmacht sowie die tatsächlich durchgeführten Gesellschafterversammlungen, bei denen ihm Weisungen erteilt worden seien, verwiesen. Hierzu hat der Kläger ergänzend die Protokolle der Gesellschafterversammlung vom 10. Januar 2003, 02. Oktober 2003 und 13. Februar 2004 vorgelegt.

Die Beklagte hat auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid verwiesen.

Das Sozialgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 05. Juli 2004 den Kläger persönlich gehört. Ergänzend hat er angegeben, er habe nach dem Scheitern seiner Tätigkeit für die Rebstein Display GmbH & Co. KG zunächst versucht, eine abhängige Beschäftigung zu finden. Seine Frau habe ihm dann die Möglichkeit eingeräumt, in der GmbH eine Tätigkeit zu finden, in der er Einkommen erzielen könne. Im Jahr 2002 sei Gütertrennung vereinbart und durchgeführt worden. Er bewohne ein eigenes Haus, in dem sich die Büroräume der Beigeladenen zu 1) befänden. Er sei zusammen mit seiner Ehefrau hälftiger Eigentümer des Hauses. Sein Anteil am selbst bewohnten Eigenheim diene der Bank als Pfand für Schulden aus seiner früheren Tätigkeit. Man führe getrennte Konten. Seine Frau habe ihm vor ca. vier Wochen erklärt, dass sie sich von ihm trennen wolle.

Mit Urteil vom selben Tag hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen hat das Sozialgericht ausgeführt, dass es keine Anhaltspunkte gebe, dass der bindend gewordene Bescheid der Beklagten vom 11. April 2003 rechtswidrig und deshalb nach [§ 44 Abs. 1](#) des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB X) aufzuheben sei. Der Kläger stehe bei der Beigeladenen zu 1) nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Obwohl der Kläger keine Anteile am Gesellschaftsvermögen der Beigeladenen zu 1) halte, sei das Gericht nicht davon überzeugt, dass der Kläger tatsächlich von den Gesellschaftern abhängig sei. Er allein verfüge über das notwendige Wissen für die Kontrolle der GmbH. Demgegenüber sei seine Ehefrau seit fünf Jahren als Gymnasiallehrerin tätig und zuvor Hausfrau gewesen. Die Tochter studiere Jura. Damit sei eine wirksame Kontrolle der Geschäftsführertätigkeit des Klägers nicht möglich gewesen. Er sei deshalb in der Gestaltung seiner Arbeit völlig frei gewesen.

Der Kläger hat gegen das seiner Prozessbevollmächtigten am 27. Juli 2004 zugestellte Urteil am 18. August 2004 Berufung eingelegt. Zur Begründung bezieht er sich im Wesentlichen auf seine bisherigen Ausführungen. Ergänzend weist er darauf hin, infolge der Insolvenz der von ihm erworbenen Firma im Jahre 2002 sei es zu familiären Auseinandersetzungen gekommen. Sein Eigentumsanteil am von ihm und seiner Familie bewohnten Einfamilienhaus sei verpfändet. Es habe deshalb die Gefahr bestanden, dass die Familie das Eigentum verliere. Deshalb habe seine Ehefrau darauf bestanden, dass die finanziellen Angelegenheiten zwischen den Eheleuten getrennt würden. Es sei deshalb im März 2002 ein Ehevertrag, in dem Gütertrennung vereinbart worden sei, geschlossen worden. Die Ehefrau sei besonders enttäuscht gewesen, weil er sie überredet habe, der Einräumung einer Grundschuld auf das Einfamilienhaus zugunsten einer sein früheres Unternehmen finanzierender Bank zuzustimmen. Sie habe ihm deshalb angeboten, als Geschäftsführer in einer von ihr gegründeten Gesellschaft tätig zu werden. Auf diese Art und Weise habe sie sicherstellen können, die Fäden in der Hand zu halten. Hieraus resultiere auch die starke Stellung seiner Ehefrau als Geschäftsführerin. Am 06. September 2004 sei er als Geschäftsführer abberufen worden. Sein monatliches Gehalt sei inzwischen auf EUR 2.000,00 brutto gekürzt worden. Seitdem sei er nur noch als Angestellter in der Firma tätig. Er sei gezwungen, diese erheblichen wirtschaftlichen Nachteile hinzunehmen, da er nach wie vor keine andere Arbeitsstelle gefunden habe. Entgegen der Einschätzung des Sozialgerichts seien die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) in der Lage, ihn wirksam zu kontrollieren. Er könne gerade nicht schalten und walten wie ein Selbstständiger. Seine Schwiegermutter habe eine Zahlung an die Deutsche Bank zur Ablösung des auf das Einfamilienhaus der Eheleute eingetragenen Grundpfandrechts geleistet. Nach Zahlung des Ablösebetrags habe die Deutsche Bank die Löschungsbewilligung erteilt. Das Arbeitsverhältnis mit der Beigeladenen zu 1) sei zum 28. Februar 2007 beendet worden. Der Kläger hat hierzu auszugsweise Kopien des Ehevertrags vom 27. März 2002, die Protokolle der Gesellschafterversammlungen vom 10. Januar, 16. Mai, 02. Oktober, 06. November 2003, 13. Februar, 30. April, 03. September, 01. Oktober 2004 und 14. Februar 2005 sowie einen weiteren Handelsregisterauszug, aus dem sich ergibt, dass er nicht mehr Geschäftsführer ist (Eintragung am 10. März 2005), vorgelegt.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 05. Juli 2004 und den Bescheid der Beklagten vom 04. August 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07. November 2003 aufzuheben und festzustellen, dass er seine Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 01. November 2002 bis 28. Februar 2007 in einem gesamtsozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgeübt hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie bezieht sich auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid und hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend.

Die durch Beschluss des Berichterstatters vom 11. Oktober 2006 Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und sich im Berufungsverfahren zur Sache nicht geäußert.

Der frühere Berichterstatter hat einen Auszug des Handelsregisters des Amtsgerichts Heidelberg und eine Gesellschafterliste beigezogen sowie den Kläger in der nichtöffentlichen Sitzung vom 02. März 2005 angehört. Wegen seiner Angaben wird auf die Niederschrift verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die beigezogenen Verwaltungsakten und die Gerichtsakten des Senats und des Sozialgerichts Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Gegenstand des Rechtsstreites ist der Bescheid vom 04. August 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheid vom 07. November 2003, mit welchen die Beklagte festgestellt hat, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) nicht versicherungspflichtig ist. Ein Überprüfungsverfahren nach [§ 44 SGB X](#) erfolgte entgegen den Ausführungen des Sozialgerichts in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils nicht.

Die Bescheide vom 11. April 2003 und vom 24. Juni 2003, mit welchen sich die Beklagte ebenfalls zur Frage der Versicherungspflicht der Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer äußerte, sind nicht mehr wirksam, weil sie auf andere Weise erledigt sind ([§ 39 Abs. 2 SGB X](#)). Denn der Kläger und die Beklagte gehen entsprechend ihrer Mitteilungen davon aus, dass die Frage, ob eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorlag, durch den Bescheid vom 04. August 2003 abschließend geregelt wird. Die Steuerungsfunktion des Verwaltungsakts geht auch verloren, wenn die an einem Verwaltungsakt Beteiligten - sei es als Behörde, als Adressat oder als unmittelbar oder nur mittelbar Betroffener und - übereinstimmend dem ursprünglichen Verwaltungsakt keinerlei tatsächliche oder rechtliche Bedeutung mehr beimessen. Das setzt keinen Verzichtswillen voraus, sondern nur "konsensuales" Verhalten. Ähnlich dem Verlust der Wirksamkeit durch Zeitablauf, stellen sich die Beteiligten bewusst auf eine neue, veränderte Sachlage ein, die sie ihrem weiteren Verhalten nunmehr zugrunde legen. Sie verändern übereinstimmend gleichsam die "Geschäftsgrundlage" (BVerwG [NVwZ 1998, 729](#)).

2. Die gemäß [§§ 143, 153 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung, über die der Senat im Einverständnis mit den Beteiligten ohne mündliche Verhandlung gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) entscheidet, ist zulässig, aber nicht begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Beklagte hat mit den angefochtenen Bescheiden gem. [§ 28h Abs. 2](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) zutreffend festgestellt, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) nicht versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung war. Der Kläger übte seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) selbstständig aus. Unter Berücksichtigung der Angaben des Klägers, das Arbeitsverhältnis mit der Beigeladenen zu 1) sei zum 28. Februar 2007 beendet worden, geht der Senat davon aus, dass sich die begehrte Feststellung lediglich auf den Zeitraum bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 28. Februar 2007 bezieht.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Abs. 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB III) sowie in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2; eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 1999 durch Art. 1 Nr. 1 Buchst. a, 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999, [BGBl. I 2000, S. 2](#)). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), der der Senat folgt, 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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. 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, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (BSG, Urteil vom 22. Juni 2005, [B 12 KR 28/03 R = SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#) m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996, [1 BvR 21/96 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob ein Geschäftsführer einer GmbH abhängig beschäftigt ist oder nicht (BSG [SozR 4100 § 168 Nr. 16](#); BSG, Urteil vom 09. Februar 1995, [7 RA-R 76/94](#) m.w.N.). Er ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Maßgebend bleibt die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter. Neben weisungsfreien Geschäftsführern gibt es daher Geschäftsführer, die durchgehend weisungsgebunden sind. In den letztgenannten Fällen führen die Gesellschafter mit Hilfe des Weisungsrechts die Geschäfte der GmbH im Wesentlichen selbst. Andererseits schließt der Umstand, dass der Geschäftsführer am Kapital der GmbH nicht beteiligt ist, eine selbstständige Tätigkeiten nicht von vorneherein aus (BSG a.a.O ...). Die ständige Rechtsprechung des BSG (z. B. BSG, Urteil vom 23. Juni 1994, [12 RK 72/92](#) m.w.N.) geht davon aus, dass eine rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein kann, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Zügen dennoch ausscheidet. Ob dies der Fall ist, kann nur anhand einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH nimmt das BSG zwar regelmäßig eine abhängige Beschäftigung an. Es hat sie allerdings bei diesem Personenkreis bei Vorliegen besonderer Umstände verneint, insbesondere bei Geschäftsführern, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden waren und die Geschäfte faktisch wie Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führen (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#) m.w.N.). Letzteres ist bei der Gesamtwürdigung aller Umstände der Fall, weshalb eine selbstständige Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) im streitigen Zeitraum vorlag

Der Kläger weist zwar zutreffend darauf hin, dass er einen Geschäftsführer-Dienstvertrag abgeschlossen hat, dass in der Geschäftsführungsordnung zahlreiche Einschränkungen im Hinblick auf die Einzelvertretungsberechtigung enthalten sind, dass Gesellschafterversammlungen durchgeführt wurden und ihm in diesem Rahmen Anweisungen erteilt wurden, jedoch reichen diese Umstände nicht aus, um eine versicherungspflichtige, d.h. eine abhängige Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) annehmen zu können. Maßgeblich ist zunächst, dass eine Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) ohne den Kläger nicht denkbar war. Der Kläger allein war aufgrund seiner Vorbildung als Diplom-Wirtschaftsingenieur und seiner enormen beruflichen Erfahrung auf dem Gebiet der Unternehmensleitung und damit auch der Unternehmensberatung in der Lage, eine adäquate Berater Tätigkeit für andere Firmen, die Gegenstand der Unternehmenstätigkeit der Beigeladenen zu 1) ist, durchzuführen. Nur er verfügte über die erforderlichen Branchenkenntnisse und kennt die in diesem Betätigungsfeld anfallenden Erfordernisse. Weder seine Ehefrau noch seine Tochter waren in der Lage, die Geschäfte, die Unternehmensgegenstand der Beigeladenen zu 1) sind, zu erbringen, zu steuern oder in sonstiger Weise zu fördern. Die dominierende Stellung des Klägers ergibt sich bereits aus der Entstehungsgeschichte der Beigeladenen zu 1). Nach dem Vortrag des Klägers ist es ihm nach der Insolvenz seiner zuvor geführten GmbH & Co. KG trotz längerer Arbeitslosigkeit nicht gelungen, eine versicherungspflichtige

Beschäftigung in einem anderen Unternehmen zu erhalten. Eine Vermittlung für ihn adäquater Stellen war nicht möglich. Vor diesem Hintergrund wurde deshalb die Beigeladene zu 1) durch Gesellschaftervertrag gegründet. Zweck war unter Ausnutzung der Branchenkenntnisse des Klägers speziell für den Kläger eine Verdienstmöglichkeit zu schaffen. Die Gründung erfolgte deshalb nach Vortrag des Klägers nicht etwa, weil seine Frau und seine Tochter unabhängig von ihm sich entschlossen hätten, eine GmbH zur Unternehmensberatung zu gründen, sondern allein und ausschließlic, um dem Kläger eine Beschäftigung in dem ihm möglichen und gut bekannten Branchenbereich zu verschaffen. Bereits hieraus folgt, dass der Kläger mit den bei ihm vorliegenden speziellen Kenntnissen "Kopf und Seele" des Betriebes war. Die Gesellschafterinnen selbst verfügten über keinerlei relevante Branchenkenntnisse. Sie hatten auch keine Kontakte, in dem Unternehmensbereich, in dem eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet werden sollte, erfolgreich zu agieren. Die Ehefrau des Klägers ist Gymnasiallehrerin mit einem 2/3-Deputat. Sie unterrichtet Geographie. Branchenkenntnisse im Bereich des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) sind deshalb nicht ersichtlich. Auch die zweite Gesellschafterin, die Tochter des Klägers, verfügte als Jurastudentin nicht über entsprechende Branchenkenntnisse. Diesem Umstand kommt erhebliche Bedeutung bei, weil - wie der Kläger selbst ausführt- es gerade in dem sensiblen Bereich der Unternehmensberatung in erheblichem Umfang auf die Reputation des Beraters ankommt. Der Kläger untermauert dies mit seiner Auffassung, dass bereits das Fehlen einer Alleinvertretungsvollmacht für den Geschäftsführer eine erfolgreiche Tätigkeit in Frage stellen würde.

Dementsprechend hat der Kläger auch im Feststellungsbogen, den ihm die Beklagte übersandte, angegeben, dass er nicht nur vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit sei, sondern auch, dass er als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter/Betriebsangehöriger die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse hatte. Ergänzend gab er an, dass das Weisungsrecht von der Gesellschaft in der Praxis tatsächlich nicht laufend ausgeübt wurde, und dass im Wesentlichen er seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten könne. Diese eigene Einschätzung stimmt mit der Stellung eines abhängig Beschäftigten nicht überein, vor allem nicht vor dem Hintergrund der geschilderten Ausgangslage.

Darüber hinaus war die Stellung des Klägers zu den beiden Gesellschafterinnen der Beigeladenen zu 1) durch familienhafte Beziehungen geprägt. Der Kläger ist der Ehemann der Hauptgesellschafterin und der Vater der zweiten Gesellschafterin. Insofern ist davon auszugehen, dass sich das Beziehungsgeflecht zwischen Geschäftsführer und Gesellschaftern nicht auf rein berufliche Beziehungen beschränkte. Vielmehr bestehen familienhafte Beziehungen, die dazu führten, dass ein durch Rücksichtnahme geprägtes Betreiben des Unternehmens anzunehmen war. Diese besonderen Rücksichtnahmen finden z.B. Ausdruck in dem Umstand, dass der Kläger einer 10%igen Kürzung seines Geschäftsführergehalts zugestimmt hat, und dies, obwohl er bereits das ursprünglich vereinbarte Gehalt von EUR 2.500,00 zuzüglich eines Dienstwagens als sehr niedrig empfunden hat und das Gehalt an der unteren Grenze des gerade noch Vertretbaren eingestuft hat. Die prägenden familienhaften Beziehungen zeigen sich besonders auch in der Gründungsgeschichte der Beigeladenen zu 1) und darin, dass die Büroräume im ehelichen Haus des Klägers und seiner Ehefrau, das im Miteigentum beider steht, unterhalten wurden.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass nicht nur familiäre Bindungen bestanden, sondern den Kläger und die beiden Gesellschafter auch handfeste finanzielle Interessen verbunden haben. Infolge der Insolvenz des früheren Betriebs des Klägers war auf den Miteigentumsanteil des Klägers am gemeinsam bewohnten Einfamilienhaus ein Grundpfandrecht zugunsten der Deutschen Bank eingetragen. Dies zwang jedenfalls die Ehefrau des Klägers dazu, Maßnahmen zur Abwendung der Zwangsversteigerung in den Miteigentumsanteil des Klägers zu ergreifen. Dies gelang letztendlich im Wege der Ablösung des Grundpfandrechts durch eine Zahlung der Schwiegermutter des Klägers. Auch dies zeigt die enge Verbundenheit und die gemeinsamen Interessen sowohl des Klägers als auch der beiden Gesellschafterinnen und damit der Beigeladenen zu 1).

Aus dem Umstand, dass regelmäßig Gesellschafterversammlungen durchgeführt wurden und hierin dem Kläger auch Vorgaben gemacht wurden, kann nicht gefolgert werden, dass tatsächlich ein weitgehendes Weisungsrecht ausgeübt wurde. Bereits der Kläger selbst hatte die Ausübung einer laufenden Weisungsrechts im vorgelegten Feststellungsbogen verneint. Soweit sich aus dem Protokoll vom 10. Januar 2003 ergibt, dass das monatliche Gehalt des Klägers um 10% auf EUR 2.250,00 monatlich gekürzt wurde, handelt es sich nicht um eine Weisung. Tatsächlich haben die Gesellschafter offensichtlich wirtschaftliche Konsequenzen aus dem bisherigen geringen Erfolg des Geschäftsbetriebs gezogen. Dieses Vorgehen spricht aber eher für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers, als für eine abhängige Beschäftigung. Bei einer abhängigen Beschäftigung des Klägers hätte nämlich zunächst einmal eine Änderungskündigung der Beigeladenen zu 1) erfolgen müssen. Der Kläger hat diese Kürzung unwidersprochen hingenommen, was darauf schließen lässt, dass zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1), hier vertreten durch die Gesellschafterinnen, kein Interessengegensatz bestand, sondern die gleichlaufenden Interessen aller dreier beteiligter Personen letztendlich auf eine Steigerung des Gewinns zielten. Soweit im Protokoll vom 16. Mai 2003 darüber berichtet wird, dass die Gesellschafterinnen den Kläger darauf hinwiesen, eine Anmeldung zu dem RKW-Seminar erst dann vorzunehmen, wenn die Liquidität dies zulasse, liegt auch darin keine konkrete Weisung. Es handelt sich vielmehr um Vorgaben, die die finanzielle Ausstattung der Beigeladenen zu 1) betreffen. Dementsprechend ergibt sich auch aus dem Protokoll der nächsten Gesellschafterversammlung vom 02. Oktober 2003, dass der Kläger sich doch noch kurzfristig - und zwar ohne Rücksprache mit den Gesellschafterinnen - zum RKW-Seminar anmeldete. Soweit in dieser Sitzung der Kläger aufgefordert wurde, eine Verbreiterung der Mandate anzustreben, handelt es sich auch insoweit nicht um eine direkte Weisung, sondern lediglich um eine Motivation, die bereits durch den Geschäftszweck per se begründet ist. Aus der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom 06. November 2003 ergeben sich keine konkreten Weisungen. Besprochen wurde der Jahresabschluss 2002/2003 und die Ertrags- und Liquiditätsbehandlung 2003/2004. Eine konkrete Weisung stellte auch nicht die im Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 13. Februar 2004 beschriebene Ablehnung des Antrags des Klägers auf eine Erhöhung seines Gehalts auf die ursprünglich vereinbarte Höhe dar. Hier handelte es sich um Fragen der Honorierung der Tätigkeit des Klägers, ohne dass darin konkrete Weisungen für ihn enthalten wären. Auch soweit der Kläger in der Gesellschafterversammlung vom 03. September 2004 aus wichtigem Grund von seiner Funktion als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) entbunden wurde, ist darin keine konkrete Weisung zu sehen. Das Recht zur Entbindung des Geschäftsführers ergibt sich vielmehr aus dem Gesellschaftsvertrag.

Eine Änderung der Stellung des Klägers ist auch durch die Abberufung als Geschäftsführer nicht eingetreten. Denn die tatsächlichen Verhältnissen blieben unverändert. Die beiden Gesellschafterinnen waren nach wie vor nicht in der Lage, die den Gegenstand des Unternehmens betreffenden Geschäfte zu erbringen. Der Kläger erklärte sich innerhalb derselben Versammlung, in der er von seiner Funktion als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) entbunden worden war, bereit, weiter als "Berater für die Gesellschaft" tätig sein zu wollen. Auch dieses Verhalten spricht für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers, und zwar auch für die Zeit vor der Entbindung von der

Geschäftsführerposition, weil der Kläger in der genannten Gesellschafterversammlung im Hinblick auf den von ihm angegebenen Geschäftsumfang eine Erhöhung seines monatlichen Honorars anstrebte, dies zur Folge hatte, dass er von seiner Geschäftsführerstellung entbunden wurde und der Kläger sich nach kurzer Bedenkzeit innerhalb derselben Gesellschafterversammlung bereit erklärte, nunmehr als Berater für ein noch geringeres monatliches Gehalt (EUR 2.000,00 brutto) weiter tätig zu sein. Aus den weiteren Protokollen über nachfolgende Geschäftsführerversammlung ergibt sich nichts Gegenteiliges. Denn jedenfalls ab dem 03. September 2004 war der Kläger infolge der Abberufung als Geschäftsführer, die gemäß § 3 Nr. 3 des Geschäftsführer-Dienstvertrags eigentlich als Kündigung aufzufassen wäre, lediglich noch als Berater und damit als Selbstständiger tätig. Auch die Protokolle über die nachfolgenden Gesellschafterversammlungen vom 01. Oktober 2004 und 14. Februar 2005 zeigen ein unverändertes Handeln der Gesellschafterinnen. Auch insoweit wurden lediglich Vorgaben gemacht, die der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit möglichst einhalten sollte. Aus der Änderung der vertraglichen Beziehungen wurden deshalb auch aus Sicht der Beigeladenen zu 1) inhaltlich keine Konsequenzen gezogen. Die seit 03. September 2004 ausgeübte Tätigkeit als Berater unterscheidet sich demnach nicht von der Tätigkeit im vorhergehenden Zeitraum. Hieraus zeigt sich, dass die Tätigkeit des Klägers von Anfang an als eine selbstständige Tätigkeit konzipiert und tatsächlich auch als solche durchgeführt wurde.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die vorgelegten Protokolle über die durchgeführten Gesellschafterversammlungen - wie dies die Beklagte vermutet - tatsächlich den wirklichen Verlauf der Gesellschafterversammlungen widerspiegeln oder ob es sich um fingierte Erklärungen handelt, weil selbst die darin dokumentierten Vorgänge nicht ausreichen, um die tatsächliche Ausübung eines Weisungsrechts im Hinblick auf die überragende Stellung des Klägers durch die nur bei ihm vorhandenen Branchenkenntnisse annehmen zu können.

Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-05-02