

L 5 KR 2056/06

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

-

Aktenzeichen

S 8 KR 746/05

Datum

-

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 KR 2056/06

Datum

25.04.2007

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 21.2.2006 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger bei der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der 1939 geborene Kläger ist Kaufmann und war in den 80er Jahren Geschäftsführer der Fa. H. Montagebau GmbH. Seine Ehefrau D. H. war Alleingesellschafterin des Unternehmens, das bis zum Jahr 1988 bestand.

Die Beigeladene Nr. 4 (H. Interim GmbH) war bereits mit Gesellschaftsvertrag (GV) vom 16.3.1979 gegründet worden (Verwaltungsakte S. 124; SG-Akte S. 25). Unternehmensgegenstand ist (u.a.) die gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung für Bauunternehmen (§ 2 GV). Alleingesellschafter (auch) dieses Unternehmens ist die Ehefrau des Klägers (§ 3 GV). Sie war zunächst auch alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin (§ 13 GV) und als solche von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) (Selbstkontrahierungsverbot) befreit. Mit Gesellschafterbeschluss vom 16.1.1995 (Verwaltungsakte S. 120,122) berief sie sich als Geschäftsführerin ab und ernannte den Kläger zum neuen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer (ebenfalls) unter Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#). Diese Änderung wurde am 4.5.1995 im Handelsregister eingetragen (Verwaltungsakte S. 123). Mittlerweile - während des Berufungsverfahrens - wurde über das Vermögen der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt (Beschluss des Amtsgerichts Konstanz vom 4.4.2006 (40 IN 286/05, Senatsakte S. 24).

Am 8.10.2003 wurde der Kläger als Geschäftsführer der T&G GmbH (Technisches und Gewerbliches Personalleasing) in das Handelsregister eingetragen (Verwaltungsakte S. 113). Alleingesellschafterin (auch) dieser Gesellschaft war wiederum seine Ehefrau. Der Kläger war als Geschäftsführer dieses Unternehmens unentgeltlich tätig (Verwaltungsakte S. 125). Mit Beschluss vom 29.1.2004 (40 IN 301/03 und 40 IN 321/03) bestellte das Amtsgericht Konstanz einen vorläufigen Insolvenzverwalter für dieses Unternehmen (Verwaltungsakte S. 113).

Der Kläger schloss mit der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) unter dem 25.11.1997 einen Geschäftsführervertrag (SG-Akte S. 34). Danach führt er die Geschäfte des Unternehmens selbständig und ist für die Leitung des gesamten Geschäftsbetriebs verantwortlich (§ 1). Er ist Vorgesetzter sämtlicher Arbeitnehmer und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Für seine Tätigkeit erhält er ein festes Monatsgehalt von 6.500 DM zuzüglich Vergünstigungen, wie das Recht zur privaten Nutzung des Dienstwagens. Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit wird nicht gesondert vergütet (§ 2). Regelungen über Reisekosten und Spesen trifft § 3 des Vertrags. Gem. § 4 ist der Geschäftsführer nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und dazu ergangener Gesellschafterbeschlüsse zur Geschäftsführung und Vertretung verpflichtet. Er hat das Recht, jederzeit eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen. Der Geschäftsführer muss der Gesellschaft seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen und darf keine Konkurrenzgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung betreiben (§ 5). Nach § 7 erhält er einen bezahlten Urlaub von jährlich 30 Arbeitstagen, der so festzulegen ist, dass die Belange der Gesellschaft nicht beeinträchtigt werden. Im Falle der Krankheit werden die Bezüge bis zur Dauer von sechs Wochen weitergezahlt (§ 8). Der Vertrag kann mit einer Frist von drei Monaten auf das Jahresende gekündigt werden; mangels Kündigung verlängert er sich um jeweils ein weiteres Jahr (§ 9).

Der Kläger ist seit 1.2.1977 Mitglied der Beklagten (Verwaltungsakte - VA - S. 128). Seit 1.1.1994 ist er bei ihr als hauptberuflich Selbstständiger freiwillig versichert. Beiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung wurden von der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim

GmbH) zusätzlich abgeführt.

Im November 2002 beantragte der Kläger bei der Beklagten, seinen sozialversicherungsrechtlichen Status zu klären. Er gab an, er sei alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und vom Verbot der Selbstkontrahierung nach [§ 181 BGB](#) befreit. Er verfüge nicht als einziger über die zur Führung des Unternehmens (H. Interim GmbH) erforderlichen Branchenkenntnisse und seine Tätigkeit sei auch nicht auf Grund familienhafter Rücksichtnahme durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern geprägt. Er sei nicht ausschließlich im Rahmen des Gesellschaftsvertrags zur Mitarbeit verpflichtet, vielmehr sei die Mitarbeit in einem besonderen Dienstvertrag geregelt. Die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit betrage 40 Stunden; das entspreche auch den tatsächlichen Verhältnissen. Er unterliege wie ein fremder Arbeitnehmer einem Direktionsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Art seiner Tätigkeit. Dieses Weisungsrecht werde in der Praxis von der Gesellschafterin, seiner Ehefrau, auch beständig ausgeübt. Er könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft nicht frei bestimmen und gestalten, sei aber zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt. Urlaub müsse er sich genehmigen lassen. Für seine Tätigkeit bekomme er eine gleich bleibende Vergütung (3.250,- EUR monatlich), die bei Arbeitsunfähigkeit sechs Wochen weitergezahlt werde. Die Vergütung werde als Lohn/Gehalt verbucht.

Unter dem 19.12.2003 teilte die Beklagte dem Kläger mit, er sei bei der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) nicht im Sinne des [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) abhängig beschäftigt. Bei einer GmbH, an der ausschließlich Familienangehörige beteiligt seien, könne ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Geschäftsführers grundsätzlich nicht angenommen werden, wenn dieser zur Familie gehöre. Die Verbundenheit zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer bewirke bei Familiengesellschaften nämlich ein Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander und einen Einklang der Interessen. Im Einzelfall könnten die familiären Beziehungen dazu führen, dass die Geschäftsführertätigkeit überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt sei und es an der Ausübung eines Direktionsrechts durch den Gesellschafter fehle. Das gelte auch dann, wenn der Geschäftsführer nicht an der Gesellschaft beteiligt sei. Hier komme hinzu, dass der Kläger vom Verbot der Selbstkontrahierung ([§ 181 BGB](#)) befreit sei und das Recht zur Alleinvertretung habe.

Zur Begründung des dagegen eingelegten Widerspruchs trug der Kläger vor, seine Bezüge hingen nicht von der Ertragslage des Unternehmens ab. Außerdem seien die Weisungen der Gesellschafterin, seiner Ehefrau, für ihn stets bindend und müssten umgesetzt werden. Er stelle nur seine Arbeitskraft in den Dienst des Unternehmens, wofür er ein festes Gehalt beziehe. Seine Ehefrau mache ihm als Gesellschafterin feste Vorgabe, die er zu befolgen habe. Der Kläger legte außerdem an ihn gerichtete Schreiben seiner Ehefrau mit Weisungen zur Führung der Geschäfte der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) vor (Zeitraum 1995 bis 2002, Verwaltungsakte S. 38 - 45).

Unter dem 23.8.2004 teilte die Beklagte dem Kläger mit, es sei ungewöhnlich, dass ein Selbstständiger und als solcher freiwillig Versicherter nach etwa zehn Jahren erkenne, er sei in Wahrheit (seit jeher) weisungsgebundener Arbeitnehmer gewesen. Das gelte erst recht, nachdem für den Kläger zusätzlich zur eigenen Beitragsleistung auch Beiträge über die H. Interim GmbH abgeführt worden sein sollen. Die freiwillige Versicherung als Selbstständiger im Anschluss an eine Pflichtversicherung setze ausnahmslos einen entsprechenden Antrag voraus, in dem der Kläger selbst angegeben haben müsse, ab 1.1.1994 selbständig erwerbstätig zu sein. Außerdem sei (parallel zum Prüfungsantrag) am 30.12.2003 eine DEÜV-Anmeldung für den Kläger eingegangen, wonach er zum 1.1.1999 bei der Fa. H. GmbH Elektro- & Nachrichtentechnik, Sanitär & Heizung & Lüftung beschäftigt sei; unerklärlich sei, weshalb die Meldung erst fünf Jahre nach Beschäftigungsbeginn erstellt worden sei. Für eine abhängige Beschäftigung bei der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) spreche außerdem, dass das Gehalt des Klägers offenbar aus Anlass der schwierigen Lage des Unternehmens von 6.500,- DM bzw. 3393,40 EUR auf 2.500,- EUR vermindert worden sei. Offenbar seien die Belange des Unternehmens mit den Belangen des Klägers identisch, weil andernfalls ein Gehaltsverzicht von monatlich über 800,- EUR bei gleich bleibender Arbeitszeit nicht erklärbar wäre. Die handschriftlichen Vermerke (Weisungen) der Ehefrau des Klägers änderten nichts, zumal deren Erledigung nicht kontrolliert worden sei. Außerdem sei im Hinblick auf das nahezu identische Schriftbild zumindest fraglich, ob sie tatsächlich in der Zeit zwischen Dezember 1995 und Oktober 2002 erstellt worden seien (Schreiben vom 18.11.2004, Verwaltungsakte S. 128).

Hierzu trug der Kläger mit Schriftsatz vom 29.10.2004 vor, die Beklagte habe ihm 1994 mitgeteilt, sein Pflichtversicherungsverhältnis könne nicht mehr fortgeführt werden, weil er Geschäftsführer einer Familien-GmbH sei. Er könne daher nur noch freiwillig versichert werden. Wegen dieser, aus heutiger Sicht fehlerhaften Informationen habe er damals nur die Möglichkeit gehabt, einen Antrag auf freiwillige Versicherung zu stellen. Erst im Jahr 2003 habe man ihn darauf aufmerksam gemacht, dass mit seinem Versicherungsverhältnis etwas nicht in Ordnung sein könne. Die freiwillige Versicherung habe daher nicht auf einem entsprechenden Willensentschluss beruht. Er habe im Jahr 1994 die Geschäftsführung der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) übernommen und sei in diesem Zusammenhang von der Beklagten aus der Pflichtversicherung gedrängt worden; nur deshalb habe er sich zur freiwilligen Versicherung entschlossen. Der Geschäftsführervertrag stamme aus dem Jahr 1997, als man den Sitz der Gesellschaft nach Sachsen-Anhalt verlegt und dabei das Vertragswerk des Unternehmens (H. Interim GmbH) auf den neuesten Stand gebracht habe. Die Geschäftsführung der Fa. T&G habe er nur kurzfristig übernommen; an diesem Unternehmen sei er nicht beteiligt und habe auch keinerlei Bezüge erhalten. Ergänzend hierzu trug der Kläger mit Schreiben vom 15.12.2004 vor, seine Ehefrau habe sich als Gesellschafterin der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) im Frühjahr 2000 entschlossen, das Unternehmen im Geschäftsumfang zu reduzieren. Ohne dass er darauf hätte Einfluss nehmen können, sei die Fa. T&G GmbH gekauft worden und seine Ehefrau habe wesentliche Bestandteile der Beigeladenen Nr. 4 (Arbeitsverträge mit Mitarbeitern, Kundenabrechnungen und anderes) auf dieses Unternehmen übertragen. Zum Geschäftsführer habe seine Ehefrau nicht ihn, sondern andere Personen bestellt; dagegen habe er sich nicht wehren können (Schriftsatz vom 15.12.2004, Verwaltungsakte S. 131). Die Entscheidungen der Gesellschaft (seiner Ehefrau) seien keineswegs in seinem Sinne gewesen und ließen die Unabhängigkeit der Gesellschafterin erkennen. Für eine Rücksichtnahme aus familiären Gründen lägen keine Anhaltspunkte vor. Er habe auch kein persönliches Unternehmerrisiko getragen. (Schriftsatz vom 18.2.2005, Verwaltungsakte S. 136).

Mit Widerspruchsbescheid vom 28.2.2005 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger habe die ab 1.1.1994 ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses verrichtet und sei daher dem Grunde nach nicht sozialversicherungspflichtig gewesen. Seine Bezüge hätten in der Zeit vom 1.1.1994 bis 31.12.2000 ohnehin über der damals maßgeblichen Jahresarbeitsentgeltgrenze gelegen. Auf Grund der dem Kläger eingeräumten Einzelvertretungsbefugnis sei davon auszugehen, dass er wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungen der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) ausübe. In der Erfüllung seiner Aufgaben sei er frei und unterliege insoweit keinem umfassenden Direktionsrecht der Gesellschafterin (seiner Ehefrau). Das gegenteilige Vorbringen des Klägers könne nicht überzeugen. Nach dem Gesellschaftsvertrag sei dem Kläger die eigenverantwortliche Leitung des gesamten Geschäftsbetriebs übertragen worden und er sei

Vorgesetzter sämtlicher Arbeitnehmer. Dass die Gesellschafterin ein Weisungsrecht bei größeren Unternehmensentscheidungen ausgeübt habe, sei rechtlich unerheblich. Außerdem habe sie den Kläger von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Hinzukomme, dass die Ehefrau des Klägers Alleingesellschafterin sei, weshalb es auf die für die Beurteilung von Familiengesellschaften geltenden Rechtsgrundsätze ankomme. Die bei solchen Familiengesellschaften vorliegende Verbundenheit könne unter den Beteiligten ein Gefühl erhöhter Verantwortung für einander schaffen und einen Einklang der Interessen bewirken. Daher könnten im Einzelfall die familiären Beziehungen dazu führen, dass die Geschäftsführertätigkeit überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt und ein Direktionsrecht in Wahrheit nicht ausgeübt werde. So sei es auch hier. Das Vorbringen des Klägers, er sei den Weisungen seiner Ehefrau unterworfen, erscheine schon deshalb nicht glaubhaft, weil er nach eigenen Angaben zunächst als Kaufmann gearbeitet habe und daher über Branchenkenntnisse verfüge. Ein typischer Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sei bei den hier vorliegenden Verhältnissen nicht erkennbar. Vielmehr müsse angenommen werden, dass der Kläger nicht wie ein fremder Arbeitnehmer in das Unternehmen eingegliedert gewesen sei, sondern dieses gleichberechtigt mit der Alleingesellschafterin, seiner Ehefrau, geführt habe. Dafür spreche nicht zuletzt auch die unentgeltliche Tätigkeit des Klägers für die T&G GmbH, die ebenfalls zur Firmengruppe "H." gehöre. Schließlich weise die Reduzierung seines Geschäftsführergehalts von 3.393,40 EUR auf 2.500,- EUR bei gleich bleibender Arbeitszeit darauf hin, dass ein fremdbestimmtes abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht vorgelegen habe. Verbleibende letzte Zweifel gingen in Fällen der vorliegenden Art zu Lasten desjenigen, der sich auf die Versicherungspflicht berufe (BSG, Urt. vom 7.12.1989, - [12 RK 7/88](#) -).

Am 29.3.2005 erhob der Kläger Klage beim Sozialgericht Konstanz. Zur Begründung trug er vor, seit 1.1.1994 sei er als Geschäftsführer bei der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) beschäftigt. Die Beklagte habe ihm mitgeteilt, deshalb komme nur noch eine freiwillige Mitgliedschaft in Betracht. Im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Auskunft habe er sich ab 1.1.1994 bei der Beklagten freiwillig versichert. Im Jahr 2003 habe er eine sozialversicherungsrechtliche Überprüfung der seit 1.1.1994 ausgeübten Beschäftigung beantragt, weil er auf Grund einer Auskunft eines Mitarbeiters der Beklagten angenommen habe, die damalige Beurteilung sei falsch gewesen. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorgelegen. Über eine Beteiligung am Stammkapital der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) habe er ebenso wenig verfügt wie über eine Sperrminorität. Deshalb habe er maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft nicht ausüben können. Alleingesellschafterin sei seine Ehefrau gewesen, die auch das alleinige Unternehmerrisiko getragen habe. Er sei nur weisungsgebundener Geschäftsführer gewesen. Das Weisungsrecht sei auch mehrfach ausgeübt worden, insbesondere beim Kauf der T & A GmbH im Jahr 2000. Auch im übrigen sei seine Tätigkeit im Geschäftsführervertrag genau festgelegt worden.

Das Sozialgericht hörte den Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 21.2.2006 und vernahm dessen Ehefrau als Zeugin. Wegen der Einzelheiten ihrer Angaben wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Mit Urteil vom 21.2.2006 wies das Sozialgericht die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, zwar habe der Kläger weder über eine Mehrheitsbeteiligung am Stammkapital noch über eine Sperrminorität verfügt und könnte an sich als abhängig beschäftigter GmbH-Geschäftsführer eingestuft werden. Das scheide aber aus, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern einer Familiengesellschaft familiär verbunden sei. Diese Fallgestaltung liege hier vor. Die Tätigkeit des Klägers sei überwiegend durch gemeinsame unternehmerische Interessen und familiäre Rücksichtnahmen geprägt gewesen. Das gehe aus den vorliegenden Unterlagen und den Angaben des Klägers bzw. seiner Ehefrau (als Zeugin) hervor. Im Geschäftsführervertrag vom 17.11.1997 habe man konkrete Regelungen zu Weisungsrechten hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Geschäftsführertätigkeit nicht festgelegt und von Januar 1995 (Zeitpunkt der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer) bis Dezember 1997 (Abschluss des Geschäftsführervertrages) einen Vertrag noch nicht einmal für notwendig erachtet. Die im Verwaltungsverfahren in Kopie vorgelegten Weisungen änderten nichts. Wegen auffälliger Ähnlichkeiten in Schriftbild und Gestaltung sei bereits zweifelhaft, ob sie tatsächlich in der Zeit von 1995 bis 2002 angefertigt worden seien. Die Ehefrau des Klägers habe jedenfalls glaubhaft angegeben, dass sie die Beigeladene Nr. 4 (H. Interim GmbH) als ihr und des Klägers gemeinsames Unternehmen aufgefasst habe. Sie habe immer wieder von "unserem Unternehmen" und dem gemeinsamen Los mit ihrem Ehemann als Unternehmer gesprochen. Sie habe auch überzeugend widerlegt, dass dem Kläger feste Arbeitszeiten vorgeschrieben worden seien und er für Überstunden Freizeitausgleich erhalten habe. Davon abgesehen seien im Geschäftsführervertrag Arbeitszeiten ohnehin nicht festgelegt gewesen. Der Kläger und seine Ehefrau seien immer, auch nachts, für die Angestellten erreichbar gewesen. Auch Urlaub sei in Abstimmung mit betrieblichen Interessen geregelt worden. Insgesamt habe sich das Bild eines weniger förmlichen, vielmehr durch freiwillige Information, sachgebotene Konsultation und gemeinsame Interessen geprägten vertrauensvollen Zusammenarbeitens zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau ergeben, wie es für Familienbetriebe und nicht für abhängige Beschäftigungsverhältnisse mit fremden Arbeitnehmern typisch sei. Hinzukomme, dass das Unternehmen der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) geruht habe, solange der Kläger bei der H. Montagebau GmbH als Geschäftsführer gearbeitet habe. Während dieser Zeit sei seine Ehefrau zwar Geschäftsführerin gewesen, Umsätze seien aber nicht erzielt worden. Außerdem habe der Kläger die Geschäfte der übernommenen Firma T&A GmbH unentgeltlich geführt und teilweise auf das ihm nach dem Geschäftsführervertrag zustehende Gehalt verzichtet. Auch das spreche für eine durch eigenes wirtschaftliches Interesse und familiäre Rücksichtnahme geprägte Tätigkeit, die für eine Arbeitnehmerstellung untypisch sei.

Auf das ihm am 13.3.2006 zugestellte Urteil hat der Kläger am 10.4.2006 Berufung eingelegt. Zur Begründung bekräftigt und vertieft er sein bisheriges Vorbringen. Da er nicht am Gesellschaftskapital beteiligt gewesen sei, habe er als Fremdgeschäftsführer gearbeitet. Auch über eine Sperrminorität habe er nicht verfügt. Nach den vorliegenden Verträgen habe ihm die Rechtsmacht gefehlt, Einfluss auf die Gesellschaft nehmen zu können. Verdeutlicht werde dies dadurch, dass er eine Gehaltskürzung nicht vermeiden können. Seine Ehefrau als Gesellschafterin habe ihm keine freie Hand gelassen. Vielmehr habe er einschneidende Entscheidungen hinnehmen müssen, ohne diese abwehren zu können. Das gelte auch für den Entschluss, ein anderes Unternehmen (T&A GmbH) aufzukaufen. Dieser sei gegen seinen Willen als Geschäftsführer vollzogen worden, ungeachtet der damit verbundenen negativen Folgewirkungen. Das Unternehmen habe auf ein Mindestmaß verkleinert werden müssen, mit entsprechenden betriebswirtschaftlichen Auswirkungen und Folgen für sein Geschäftsführergehalt. Alles in allem habe der typische Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorgelegen.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 21.2.2006 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 19.12.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28.2.2005 festzustellen, dass er seit Beginn seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen Nr. 4 bei dieser eine dem Grunde nach sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

hilfsweise,

die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung ([§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz, SGG](#)) einverstanden erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten, des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung ([§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 SGG](#)).

Die gem. [§§ 143, 144, 151 SGG](#) statthafte und auch sonst zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Der Kläger hat als Geschäftsführer der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) eine dem Grunde nach sozialversicherungspflichtige Beschäftigung nicht ausgeübt. Die Beklagte hat die vom Kläger begehrte (gegenteilige) Feststellung daher zu Recht nicht ausgesprochen.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#) und [§ 20 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \(SGB XI\)](#) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (vgl. jetzt: [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch, SGB IV](#); zuvor, für die Zeit ab 1994, [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) in der damals noch geltenden Gesetzesfassung).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen einer Beschäftigung im Rechtssinne, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann dieses auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urt. v. 19.6.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -). Demgegenüber ist eine selbständige 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 selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG, Urt. v. 19.6.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) - m.w.N.; vgl. auch Senatsurteile vom 14.2.2007, - [L 5 R 3363/06](#) -, vom 1.2.2006, - [L 5 KR 3432/05](#) - und vom 11.10.2006, - [L 5 KR 5117/04](#) -). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 25.1.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -).

Nach diesen Grundsätzen ist auch der sozialversicherungsrechtliche Status des Geschäftsführers einer GmbH zu beurteilen. Ist dieser zugleich Gesellschafter, schließt ein maßgeblicher rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis aus, wenn der Gesellschafter damit Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG, Urt. v. vom 23. Juni 1994, -[B 12 RK 72/92](#) -; Urt. v. 25.1.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -; dazu, hinsichtlich der Größe des Kapitalanteils, auch Hess LSG, Urt. v. 23.11.2006, [L 1 KR 763/03](#) - m.N. zur Rspr des BSG). Demgegenüber steht ein Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft gar nicht beteiligt ist, regelmäßig in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu der Gesellschaft, es sei denn, er kann in der GmbH "schalten und walten", wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert oder weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig sind. Dies hat das Bundessozialgericht insbesondere bei Geschäftsführern angenommen, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden waren (BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -; Urt. v. 17.5.2001, - [B 12 KR 34/00 R](#) -; Urt. v. 6.3.2003, - [B 11 AL 25/02 R](#) -; auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 4.3.2004, - [L 9 AL 150/02](#) -).

Familiäre Bindungen, auch zwischen Ehegatten, schließen ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus. Unschädlich ist insbesondere, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und das Weisungsrecht deshalb möglicherweise (nur) mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG, Urt. v. 17.12.2002, - [B 7 AL 34/02 R](#) - m.w.N.). Für die Abgrenzung des sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mit Entgeltzahlung von der nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit sind alle gesamten Umstände des Einzelfalles maßgeblich ([BSGE 3, 30](#), 39 ff.; [19, 1](#), 4 ff. = SozR Nr. 31 zu § 165 RVO; [BSGE 74, 275](#), 278 ff. = [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#); BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#) S. 30; und s. auch Urteil v. 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Im einzelnen (so [BSGE 74, 275](#)) kann auf die Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis zwischen nahen Verwandten zurückgegriffen werden. Diese wurde mit dem Urteil des BSG vom 5.4.1956 ([BSGE 3, 30](#), 40 "Meistersohn") eingeleitet und ist sodann fortgeführt worden ([BSGE 12, 153](#), 156 = SozR Nr. 18 zu § 165 RVO; [17, 1](#), 3 ff. = SozR Nr. 41 zu § 165 RVO; SozR 2200 § 165 Nr. 90).

Danach setzt ein Beschäftigungsverhältnis neben der Eingliederung in den Betrieb mit einem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass der Beschäftigte ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt. Es muss über freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinaus gehen. Abzustellen ist weiter darauf, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und

dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Ist all das der Fall, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Familienangehörige, auch der Ehegatte, auf das Entgelt wirtschaftlich angewiesen ist, wenngleich dies die Abhängigkeit des Beschäftigten indizieren kann (vgl. BSG SozR - 2200 § 165 Nr. 90; BSG, Urt. v. 23.6.1994, - [12 RK 50/93](#) -). Indizwirkung kann auch der Höhe des gezahlten Entgelts zukommen (BSG, Urt. v. 17.12.2002 (- [B 7 AL 34/02 R](#) -). Allerdings schließt eine - auch erheblich - untertarifliche Bezahlung des Ehegatten ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus (vgl. auch BSG, Urt. v. 12.9.1996 - 7 RAR 120/95 -).

Davon ausgehend kann die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) nach ihrem Gesamtbild nicht als abhängige Beschäftigung im Unternehmen der Ehefrau eingestuft werden. Der Senat teilt die Würdigung des Sozialgerichts und verweist daher gem. [§ 153 Abs. 2 SGG](#) auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (S. 7 bis S. 10 des Entscheidungsabdrucks). Ergänzend ist im Hinblick auf das Berufungsvorbringen der Beteiligten anzumerken:

Richtig ist, dass der Kläger nicht an der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) beteiligt war. Deshalb allein muss er freilich nicht als abhängig beschäftigter (Fremd-)Geschäftsführer eingestuft werden. Hierfür mag der - erst mehrere Jahre nach Beginn der Geschäftsführertätigkeit (1.1.1994) - abgeschlossene schriftliche Geschäftsführervertrag vom 25.11.1997 sprechen, jedenfalls, soweit dort ein festes Monatsgehalt, Urlaubsregelungen und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart wurden (§§ 2, 7, 8 des Vertrags). Auch die vorgelegten schriftlichen Weisungen der Ehefrau des Klägers mögen für eine abhängige Beschäftigung ins Feld geführt werden, wobei der Senat unterstellt, dass sie nicht im Nachhinein und nur im Hinblick auf den Streit mit der Beklagten verfasst worden sind. Schließlich kann die Verfahrensweise beim Erwerb der T&A GmbH Hinweise darauf geben, dass die Ehefrau des Klägers sich (jedenfalls) bei dieser unternehmerischen Entscheidung gegen den Willen des Klägers durchsetzen konnte. Gleichwohl überwiegen nach Auffassung des Senats aber die Umstände, die für den Status des Klägers als Mitunternehmer neben seiner Ehefrau und gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sprechen. Der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion der Beigeladenen Nr. 4 als GmbH mit der Ehefrau des Klägers als alleiniger Gesellschafterin und dem (nachträglichen) Abschluss eines Geschäftsführervertrags kommt ausschlaggebendes Gewicht nicht zu.

Dass der Kläger in den Betrieb der Beigeladenen Nr. 4 (H.-Interim GmbH) nicht als weisungsgebundener Beschäftigter eingegliedert, sondern gemeinsam mit seiner Ehefrau in familiärer Verbundenheit als Mitunternehmer tätig war, hat die Beweisaufnahme der Sozialgerichts ergeben. So gab die Ehefrau des Klägers als Zeugin in der mündlichen Verhandlung vom 21.2.2006 an, das Unternehmen sei wegen der Arbeitslosigkeit des Klägers gegründet worden. Dieser hatte, während seine Ehefrau für den Lebensunterhalt der Familie aufkam, eine Fortbildung absolviert und sich sodann entschlossen, - so die Zeugin - "eine Firma zu gründen". Wenn er selbst keine Arbeitnehmer habe, wolle er - so wiederum die Zeugin - "diese Leute zur Arbeit bringen". Das zeigt, dass die Initiative zur Unternehmensgründung vom Kläger ausging und sich dieser keineswegs als (bloßer) Angestellter in einem Unternehmen seiner Ehefrau verstand. Diese wurde auch nur deshalb zur Alleingesellschafterin gemacht, um Streitereien aus dem Weg zu gehen; solche hatte es offenbar in der weiteren Verwandtschaft gegeben. Demzufolge sollte der Kläger "die Arbeit machen" und damit das Unternehmen leiten und nicht seine Ehefrau, die nur deshalb (anfangs) zur Geschäftsführerin bestellt worden war, weil der Kläger mit einem weiteren, zur gleichen Zeit gegründeten Unternehmen, der H.-Montagebau, zu tun hatte; während dieser Zeit war die Beigeladene Nr. 4 (H. Interim GmbH), so die Zeugin - daher auch "auf Eis gelegt". Wie für das Sozialgericht ergibt sich auch für den Senat das Bild eines als gemeinsames Familienunternehmen - nicht im typischen Interessengegensatz von Arbeitgeber und angestelltem Geschäftsführer - geführten Betriebes. Die Zeugin hat dies sinnfällig bestätigt mit der Aussage, die Firma "sei das Leben ihres Mannes und von ihr" gewesen und sie könne nicht sagen, ob "es ihre Firma oder die ihres Mannes gewesen sei"; es sei "wie in einem Orchester ein Zusammenspiel" gewesen. Nicht zuletzt deshalb wurde auch die so genannte "Gehaltskürzung" ohne weitere Diskussion vorgenommen, als es dem Unternehmen schlecht ging. Hinzukommt schließlich - zur Abrundung des Gesamtbilds - dass die Zeugin dem Kläger (entgegen dem vorgelegten Geschäftsführervertrag) Arbeitszeiten nicht vorgeschrieben hatte, weil es "das Los der Unternehmer gewesen" sei, "immer präsent zu sein", weshalb der Kläger ggf. auch nachts habe ans Telefon müssen. Freizeitausgleich für zuviel geleistete Arbeit gab es nicht, Urlaub wurde gemacht, wenn es die Geschäftslage erlaubte, wobei man - der Kläger und seine Ehefrau - gleichwohl immer telefonisch erreichbar war.

Der vorgelegte Geschäftsführervertrag vermag beim Senat keine andere Beurteilung zu begründen. So hat das Sozialgericht zunächst mit Recht darauf verwiesen, dass dieser Vertrag keineswegs vor Aufnahme der Tätigkeit des Klägers, sondern erst Jahre später abgeschlossen wurde. Die Erklärung des Klägers, man habe das Vertragswerk der Beigeladenen Nr. 4 (H. Interim GmbH) anlässlich der Verlegung des Betriebssitzes nach Sachsen-Anhalt auf den neuesten Stand bringen wollen, ändert nichts daran, dass zuvor ein schriftlicher Vertrag offenbar für entbehrlich erachtet wurde; bei (wirklich) abhängig (als Angestellte) beschäftigten Geschäftsführern wird das regelmäßig nicht der Fall sein. Auch die vorgelegten schriftlichen Weisungen oder die auf Anraten eines Steuerberaters gegen den Willen des Klägers vollzogene Übernahme der T&A GmbH überzeugen den Senat nicht vom Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Angesichts der zuvor wiedergegebenen Bekundungen der Ehefrau des Klägers, wonach die Firma für sie und für den Kläger den Lebensinhalt ausgemacht habe und sie nicht sagen könne, wessen Unternehmen es gewesen sei, besagen Weisungen der vorliegenden Art wenig; abgesehen davon ist bei den vorgelegten Schriftstücken eine klare Abgrenzung zur schriftlichen Fixierung bloßer Abreden im Gegensatz zu "echten" auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers gestützten Weisungen nicht ausnahmslos möglich. Unternehmerische Entscheidungen müssen keineswegs immer und ausnahmslos im Konsens aller beteiligten (Mit-)Unternehmer fallen; setzt sich der eine durch, wird der andere deshalb nicht zum bloßen Weisungsempfänger. Außerdem führte der Kläger die Geschäfte der übernommenen T&A GmbH unentgeltlich, wozu sich ein Angestellter schwerlich bereit finden würde. Auch dies weist darauf hin, dass dem Kläger der Status eines abhängigen und weisungsunterworfenen Beschäftigten nicht zukam, er vielmehr aus eigenem (Unternehmens-)Interesse heraus und letztendlich im Interessengleichklang mit seiner Ehefrau und im Hinblick auf die familiäre Verbundenheit zu ihr handelte.

Weshalb der Kläger zunächst ebenfalls von einer nicht sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit ausgegangen war und welche Gründe ihn nach etwa 8 Jahren zu einer Meinungsänderung bewogen haben, mag dahin stehen. Es kommt ausschlaggebend darauf nicht mehr an.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weshalb die Berufung des Klägers erfolglos bleiben muss. Hierauf und auf [§ 193 SGG](#) beruht die Kostenentscheidung.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login
BWB
Saved
2007-05-07