

L 4 KR 4043/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 5 KR 4263/06
Datum
27.06.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 4043/08
Datum
16.04.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 27. Juni 2008 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob der Kläger vom 01. April 1991 bis 31. August 2004 gesamtsozialversicherungspflichtig bei der zu 1) beigeladenen GmbH beschäftigt war.

Der am 1956 geborene Kläger war seit 1988 mit der am 1958 geborenen S. B. (S.B.) verheiratet. Die Eheleute lebten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe sind zwei Kinder, geboren 1989 und 1994, hervorgegangen. Die Ehe wurde durch Urteil des Amtsgerichts B. vom 2007 (4 F 446/07) geschieden. Vom Versicherungskonto des Klägers bei der Beigeladenen zu 2) wurden im Wege des Versorgungsausgleichs Rentenanwartschaften in Höhe von EUR 141,71 monatlich auf das Versicherungskonto der S.B. bei der Deutschen Rentenversicherung Bund übertragen. Der Kläger ist Schlossermeister. Er war von 1984 (Gründung der Firma) bis März 1991 (Insolvenz der Firma) Inhaber der Einzelfirma J. B., Schlosserei. Der Kläger hatte vom 01. März 1984 bis 31. Oktober 1989 Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung der Arbeiter (Handwerker) und vom 01. November 1989 bis 31. März 1991 freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung der Arbeiter entrichtet.

Mit notariellem Vertrag (Gesellschaftsvertrag) vom 11. März 1991 wurde die Beigeladene zu 1) mit einem Stammkapital von DM 50.000,00 gegründet. Alleinige Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1) war bis zum 05. November 2006 S.B., die ebenfalls (bis 12. September 2004) alleinige Geschäftsführerin war. S.B. ist gelernte Industriekauffrau. Sie war vor dem 01. April 1991 bei der EnBW versicherungspflichtig im Bereich der Stromabrechnung beschäftigt. Nach dem Vorbringen des Klägers arbeitete S.B. ab April 1991 im Büro der Beigeladenen zu 1). Ihr Aufgabengebiet umfasste einfache Buchhaltungsvorarbeiten (ohne Kontierung), Zahlungsverkehr und Lohnabrechnung, und zwar im Umfang von drei halben Arbeitstagen pro Woche. Bei der Beigeladenen zu 1) waren von 1991 bis 2004 durchschnittlich als Mitarbeiter und Aushilfen zwischen zehn und 18 Personen beschäftigt, davon zwei im Büro. Unter dem Datum des 12. März 1990 wurde zwischen der Beigeladenen zu 1) (in Gründung) und dem Kläger folgender Anstellungsvertrag geschlossen, in dem der Kläger als Arbeitnehmer (AN) bezeichnet wurde:

§ 1 Beginn des Arbeitsverhältnisses Das Arbeitsverhältnis beginnt am 01.04.1991. Vor diesem Beginn ist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen.

§ 2 Art und Umfang der Tätigkeit Der Arbeitnehmer wird als Schlossermeister eingestellt. Seine regelmäßige Arbeitszeit beträgt 40 Stunden wöchentlich.

§ 3 Vergütung Der AN erhält ein monatliches Entgelt in Höhe von DM 3.000,00 brutto. Die Zahlung erfolgt jeweils zum 10. des Folgemonats durch Überweisung auf ein Konto des AN.

§ 4 Vertragsdauer und Kündigung Der Anstellungsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er kann mit einer Frist von 6 Wochen zum Quartalsende durch schriftliche Kündigung beendet werden.

§ 5 Urlaub Der AN erhält kalenderjährlich 30 Urlaubstage Urlaub. Der Arbeitgeber macht jährlich 2 Wochen Betriebsurlaub. Diese Zeit ist auf

den Jahresurlaub anzurechnen.

§ 6 Schlussbestimmungen Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Sollten Bestimmungen dieses Vertrages oder Teile hiervon unwirksam sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Vereinbarungen nicht berührt. Die unwirksamen Bestimmungen sind durch wirksame Regelungen zu ersetzen, die den Vorstellungen der Vertragsparteien in tatsächlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht möglichst nahekommen. Dasselbe gilt, wenn Vereinbarungen eine Lücke enthalten.

Der Kläger wurde als sozialversicherungspflichtig Beschäftigter bei der Beklagten als Einzugsstelle ab 01. April 1991 angemeldet, und zwar nach dem Versicherungsverlauf vom 25. September 2008 (bis 31. August 2004) mit folgenden jährlichen Entgelten: 1991 DM 28.500,00, 1992 DM 38.500,00, 1993 DM 43.212,00, 1994 DM 39.309,00, 1995 DM 67.817,00, 1996 DM 64.321,00 (zuzüglich Sozialleistungen in Höhe von DM 3.733,00), 1997 DM 72.459,00, 1998, 1999 und 2000 jeweils DM 71.666,00, 2001 DM 75.215,00, 2002 EUR 39.710,00, 2003 EUR 41.649,00 und 2004 EUR 25.830,00. Unter dem 01. April 1991 erteilte die Beigeladenen zu 1) durch die Geschäftsführerin S.B. dem Kläger, der als Betriebsleiter bezeichnet wurde, Handlungsvollmacht nach § 54 des Handelsgesetzbuchs (HGB). Die Vollmacht sei gleichzeitig Inkasso-Vollmacht, sie ermächtige jedoch nicht zu Grundstücksgeschäften. Der Handlungsbevollmächtigte sei auch befugt, Wechselverbindlichkeiten für die Beigeladene zu 1) einzugehen, Wechsel zu gerieren, Darlehen aufzunehmen und Prozesse für die Geschäftsführerin zu führen, ferner Verträge abzuschließen, wie beispielsweise Bauverträge und Versicherungsverträge. Der Betrag werde nicht begrenzt, jedoch sei der Einzelfall ab DM 100.000,00 ihr (der Geschäftsführerin) vor Abschluss vorzulegen. Mit Darlehensvertrag vom 02. August 1999 gewährte die Kreissparkasse der Beigeladenen zu 1) ein Darlehen über DM 140.000,00, das bis zum 30. April 2000 zurückzuzahlen war. Für dieses Darlehen übernahmen die Eheleute am 02. August 1999 eine gesamtschuldnerische Mitverpflichtung. Ferner gewährte die Kreissparkasse Biberach der Beigeladenen zu 1) aufgrund des Darlehensvertrags vom 10. Juli 2000 ein Darlehen über DM 180.000,00, das bis zum 15. November 2000 zurückzuzahlen war. Auch für dieses Darlehen übernahmen die Eheleute unter dem 12. Juli 2000 eine gesamtschuldnerische Mitverpflichtung.

Am 23. August 2004 vereinbarte die Beigeladene zu 1) mit dem Kläger einen "Anstellungsvertrag" über das Dienstverhältnis des Klägers als (alleingeschäftsführungs- und alleinvertretungs-berechtigter) Geschäftsführer, dem (ab 01. September 2004) "die kaufmännische und betriebliche Leitung des Betriebs obliegt" (§ 2 Abs. 1). Dieser Anstellungsvertrag enthielt auch Regelungen über Bezüge, die sich zuzüglich einer Tantieme auf monatliche EUR 6.075,00 belaufen (§ 3), Spesen und Auslagen (§ 4), Urlaub und Krankheit (§ 5), Wettbewerbsverbot (§ 6) sowie schließlich Schlussbestimmungen (§ 7). Seit 13. September 2004 war der Kläger als alleiniger Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) im Handelsregister eingetragen. Nachdem S.B. ihren alleinigen Geschäftsanteil an der Beigeladenen zu 1) mit notarieller Urkunde vom 03. November 2006 auf den Kläger übertragen hatte, war dieser dann seit 06. November 2006 auch alleiniger Gesellschafter der Beigeladenen zu 1). Seit 01. September 2004 ist er bei der Beklagten freiwillig krankenversichert und bei der Beigeladenen zu 4) pflegepflichtversichert. Seit 01. September 2004 leistet er freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung. Am 02. Dezember 2004 hat der Kläger gegenüber der Kreissparkasse B./Kreissparkasse L. für einen Kontokorrentkredit über EUR 81.200,00 (Kreditrahmen) der Beigeladenen zu 1) eine Bürgschaftserklärung bis zum Betrag von EUR 51.129,19 abgegeben.

Am 27. Juni 2006 beantragte der Kläger unter Vorlage verschiedener Unterlagen bei der Beklagten die Prüfung des Versicherungsverhältnisses seit 01. April 1991. Es habe Versicherungsfreiheit bestanden. Er sei bei der Beigeladenen zu 1) als Betriebsleiter mit voller Handlungsvollmacht beschäftigt gewesen. Er habe die Beigeladene zu 1) mit seiner Ehefrau gemeinsam geleitet. Er sei der einzige Schlossermeister im Betrieb gewesen. Er habe keiner Weisungsgebundenheit hinsichtlich Art, Ort und Zeit seiner Tätigkeit unterlegen. Dies spreche für eine selbstständige Tätigkeit. Die Gesellschaftsverhältnisse in der Beigeladenen zu 1) seien eindeutig gewesen. Alleinige Gesellschafterin sei seine Ehefrau gewesen. Diese Gesellschaftsverhältnisse seien ein Indiz dafür, dass seine (des Klägers) Tätigkeit neben den normalen geschäftlichen Interessen maßgeblich durch familienhafte Rücksichtnahmen geprägt gewesen sei. Sie als Eheleute hätten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt. Er (der Kläger) habe ein Darlehen, einen Kredit und eine Bürgschaft über den Gesamtbetrag von EUR 160.000,00 für die Beigeladene zu 1) aufgenommen. Daraus ergebe sich seine erhebliche Mithaftung. Es wurde auch der "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen" (für die Zeit vom 01. April bis zum 31. August 2004), in welchem ergänzend angegeben wurde, das Arbeitsentgelt werde auf ein privates Bank-/Girokonto verwiesen, über das der Kläger verfügungsberechtigt sei, sowie der "Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status" vom 16. Juni 2006 vorgelegt.

Mit Bescheid vom 12. Juli 2005 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er als Arbeitnehmer der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 01. April 1991 bis 31. August 2004 der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe. Bei einer Familien-GmbH könne ausnahmsweise auch ohne eine eigene Kapitalbeteiligung für die Geschäftsführerfunktion kein Beschäftigungsverhältnis vorliegen. Unabdingbare Voraussetzung hierfür sei aber, dass es sich um die Funktion des Geschäftsführers handle und nicht, wie beim Kläger, um eine anderweitige herausgehobene Stellung als Betriebsleiter. Auf die Geschäftsführer und Gesellschafter seien durch das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) besondere Pflichten übertragen worden, welche, wie das Bundessozialgericht (BSG) mehrfach festgestellt habe, bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen seien. Auch bei einer weitestgehend weisungsfreien Beschäftigung innerhalb einer GmbH, wie sie beim Kläger gegeben sei, könnten durch das GmbHG festgelegte Aufgaben eines Geschäftsführers nicht anderweitig übertragen werden. Insbesondere sei auf die haftungsrechtlichen Bestimmungen des § 43 GmbHG zu verweisen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BSG sei auch dem Umstand der Weisungsfreiheit in Bezug auf Zeit, Ort, Art und Umfang der Tätigkeit keine entscheidende Bedeutung beizumessen. Diese Weisungsfreiheit sei bei Diensten höherer Art durchaus üblich. Es komme auf die rechtlich relevanten Umstände an, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung oder Selbstständigkeit erlaubten. Ob eine Beschäftigung im Rechtssinne vorliege, ergebe sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden sei. Davon ausgehend habe der Kläger seit 01. April 1991 tatsächlich und rechtlich als Betriebsleiter der Beigeladenen zu 1) im Angestelltenverhältnis gestanden. Zu den tatsächlichen Verhältnissen gehörten unabhängig von der Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In der Rechtsmacht sei der Kläger nicht als Selbstständiger anzusehen, sondern als abhängig Beschäftigter. Maßgebend sei die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert werde, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig sei. Insoweit ergebe sich, dass der Kläger, der finanziell oder als Gesellschafter nicht an der Beigeladenen zu 1) beteiligt sei, selbst kein unternehmerisches Risiko getragen habe. Rechtlich sei mithin ein maßgeblicher Einfluss des Klägers auf die Willensbildung der Beigeladenen zu 1) nicht möglich gewesen. Vielmehr habe die alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin S.B. aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Position die Leitungsmacht gegenüber dem Kläger innegehabt. Er habe diesem gesellschaftlich relevanten Weisungsrecht unterlegen, nicht etwa die Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin umgekehrt dem Weisungsrecht des

Betriebsleiters. Insoweit seien Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung zu Recht entrichtet worden. Dagegen legte der Kläger Widerspruch ein. Er machte geltend, an keinerlei, auch nur abgeschwächte Weisungen gebunden gewesen zu sein. Er habe seine Tätigkeit völlig selbstständig und weisungsfrei ausgeübt. Seinen Geschäftsbereich habe er völlig unabhängig und selbstständig geleitet. Er sei der einzige Meister im Betrieb gewesen und sein Gehalt sei niedriger als das tarifliche bzw. das ortsübliche Gehalt ausgefallen. Bei völligem Fehlen eines Direktionsrechts könne keine abhängige Beschäftigung angenommen werden. Die Mitarbeit in einer Familien-GmbH könne mehr durch familienhafte Rücksichtnahmen und ein Nebeneinander als durch einen für ein Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischen Interessengegensatz gekennzeichnet sein. Die familiäre Verbundenheit könne hierbei ein Gefühl der höheren Verantwortung füreinander schaffen und einen Einklang der Interessen bewirken. Mithin könne es an der unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlen, sodass der Betroffene nicht für ein fremdes, sondern im eigenen Unternehmen weisungsfrei und somit selbstständig tätig werde. Auch Angehörige, die keine Anteile an der GmbH besäßen, unterlägen aufgrund eines Interessengleichklangs im Familienverbund nicht der Sozialversicherungspflicht. Dieser Interessengleichklang habe bei ihm bestanden. Er (der Kläger) habe auch ohne Eintragung in das Handelsregister die Rechtsmacht besessen, das Unternehmen nach außen zu vertreten. Insoweit sei es auf eine Eintragung nicht angekommen. Bei ihm habe eine uneingeschränkte Handlungsvollmacht in allen Belangen bestanden. Es könne nicht allein auf die offizielle Bestellung zum Geschäftsführer ankommen. Er (der Kläger) habe die Geschäftsführung tatsächlich ausgeübt als faktischer Geschäftsführer. Er habe Entscheidungskompetenzen besessen, die üblicherweise einem Betriebsleiter nicht zugestanden hätten. Seine Ehefrau hätte mit Sicherheit keinem Fremden eine Handlungsvollmacht für alle Belange gegeben. Es müsse auch berücksichtigt werden, dass er (der Kläger) durch die Darlehensgewährung und den Kontokorrentkredit über insgesamt EUR 160.000,00 ein erhebliches eigenes unternehmerisches Risiko getragen habe. Es sei auch zu fragen, wie seine Ehefrau die Schlosserei alleine hätte leiten können, obwohl sie über keinerlei Fachkenntnisse und nicht über die Ausbildung als Schlosser verfügt habe. In Familienunternehmen würden strategische Planungen und Entscheidungen zu Hause am Küchentisch getroffen und es sei selbstverständlich, dass er (der Kläger) als Ehemann ein erheblich höheres Vertrauen besessen habe als ein fremder Geschäftsführer. Der Widerspruch des Klägers wurde mit Widerspruchsbescheid des bei der Beklagten bestimmten Widerspruchsausschusses vom 02. Oktober 2006 mit im Wesentlichen derselben Begründung wie im Bescheid vom 12. Juli 2005 zurückgewiesen.

Dagegen erhob der Kläger, vertreten durch Rentenberater, am 02. November 2006 Klage beim Sozialgericht Ulm (SG). Er trug vor, seine Ehefrau sei seit 13. September 2004 nicht mehr Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1). Vielmehr sei er (der Kläger) seitdem als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen. Mit Geschäftsanteils-Übertragungsvertrag vom 03. November 2006 habe seine frühere Ehefrau (Ehescheidung mit Urteil vom 08. November 2007) ihren Geschäftsanteil auf ihn übertragen. Er sei ab 06. November 2006 alleiniger Gesellschafter der Beigeladenen zu 1). Auch vom 01. April 1991 bis 31. August 2004 habe eine selbstständige Tätigkeit vorgelegen. Er (der Kläger) sei als mitarbeitender Angehöriger nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingebunden gewesen. An Weisungen seiner Ehefrau als Betriebsinhaberin über die Ausführung der Arbeit sei er nicht gebunden gewesen. Das Weisungsrecht sei wegen fehlenden Fachkenntnissen tatsächlich nicht ausgeübt worden. Er (der Kläger) habe seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten können, zumal seine Ehefrau auch nicht über Fachkenntnisse, um die Firma zu leiten, verfügt habe. Ohne seine (des Klägers) Mitarbeit hätte die Beigeladene zu 1) am Markt nicht bestehen können. Seine Mitarbeit sei durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zur Betriebsinhaberin, seiner Ehefrau, geprägt gewesen. Urlaubs- und Weihnachtsgeld sei nicht vereinbart gewesen. Das Arbeitsentgelt entspreche auch nicht dem tariflichen bzw. ortsüblichen Lohn/Gehalt. Er habe an sechs Arbeitstagen jeweils 60 bis 70 Stunden gearbeitet. Überstunden und nicht in Anspruch genommene Urlaubstage seien nicht vergütet worden. Sein Entgelt sei vom wirtschaftlichen Ergebnis des Betriebs abhängig gewesen. Als Schlossermeister und Betriebsleiter habe er ein Entgelt in Höhe von EUR 1.533,00 erhalten. Gegen die Annahme eines angemessenen Gegenwerts für die erbrachte Arbeitsleistung spreche, wenn der halbe tarifliche oder ortsübliche Lohn unterschritten werde. Dies sei ein Indiz gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Eine untertarifliche Bezahlung des Ehegatten schließe die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aus. Den Urlaubsanspruch von 30 Tagen habe er nie ausgeschöpft; regelmäßig habe er auf Urlaub verzichtet. Als Betriebsleiter habe er an die Belange des Unternehmens denken müssen. Er sei auch schon von 1984 bis März 1991 als Betriebsleiter und Schlossermeister selbstständig tätig gewesen. Dass er und seine Ehefrau sich für das Schicksal der Beigeladenen zu 1) persönlich verantwortlich gefühlt hätten, ergebe sich nicht zuletzt auch aus der persönlichen Bürgschaft für die Darlehen und den Kontokorrentkredit über insgesamt EUR 160.000,00. Der Erfolg des Einsatzes seiner persönlichen Arbeitskraft sei ungewiss gewesen. Bei Verlusten der Firma hätte er als Bürge den Kapitaldienst weiter erbringen müssen. Sie (die Ehegatten) hätten einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgt, indem sie durch Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistung gemeinsam ein Vermögen aufgebaut und eine gewerbliche Tätigkeit gemeinsam ausgeübt hätten. Dabei könne in der Regel davon ausgegangen werden, dass Ehegatten gleichrangig und selbstständig in der Gesellschaft mitarbeiteten und zueinander nicht in einem zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer typischen Über- und Unterordnungsverhältnis stünden. Ein ein Beschäftigungsverhältnis ausschließendes Gesellschaftsverhältnis müsse nach außen nicht in Erscheinung treten. Es könne sich auch um eine reine Innengesellschaft handeln. An einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis fehle es bei einer Innengesellschaft, bei der die Ehegatten gleichgeordnet zusammenwirkten. Der Kläger hat verschiedene Unterlagen vorgelegt.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Selbst eine Entgeltzahlung unterhalb des halben Tariflohns bzw. des halben ortsüblichen Arbeitsentgelts schließe ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht generell aus. Auch in diesen Fällen sei eine Würdigung der Gesamtumstände erforderlich. Eine persönliche Bürgschaft könne mit dem Unternehmensrisiko, das eine selbstständige Tätigkeit auszeichne, nicht gleichgesetzt werden. Zudem habe sich die Bürgschaft nach den vom Kläger eingereichten Unterlagen auf den Betrag von EUR 51.129,19 beschränkt.

Mit Beschluss vom 24. April 2008 lud das SG die GmbH, Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund, Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit, Beigeladene zu 3) und die Pflegekasse der Beklagten, Beigeladene zu 4), zu dem Verfahren bei.

Mit Urteil vom 27. Juni 2008 wies das SG die Klage ab. Nach der vorzunehmenden Gesamtwürdigung sprächen die vorliegenden Umstände überwiegend für eine abhängige Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zu 1), nämlich der Abschluss eines Dienstvertrags mit den üblichen Regelungen, die regelmäßige Bezahlung eines über bloße Unterhaltszahlungen hinausgehenden Grundgehalts unabhängig von der Ertragslage, Buchenung des Entgelts als Betriebsausgabe und die Versteuerung als Lohn sowie das fehlende Unternehmerrisiko. Der Kläger sei im streitigen Zeitraum weder rechtlich noch wirtschaftlich am Unternehmen beteiligt gewesen. Er habe keine eigene Betriebsstätte gehabt. Es könne auch nicht von einer alleinigen oder auch nur gleichgeordneten Leitung ausgegangen werden. Der Kläger sei in das Unternehmen eingegliedert und auch weisungsabhängig gewesen. Zu berücksichtigen sei insoweit, dass der Kläger im streitigen Zeitraum weder Gesellschafter noch Geschäftsführer gewesen sei und damit dem Weisungsrecht seiner Ehegattin unterlegen habe. Allein diese habe

die Rechtsmacht gehabt, unternehmerische Entscheidungen durchzusetzen. Der Kläger sei dagegen aufgrund seines Dienstvertrags und der fehlenden Rechtsmacht hierzu nicht in der Lage gewesen. Dass die Ehefrau das Weisungsrecht nicht voll umfänglich ausgeübt oder ganz auf das Weisungsrecht verzichtet habe, sei nicht ersichtlich. Je höher die Qualifikation des Beschäftigten sei, desto geringer seien allerdings in der Regel die Weisungen, die ihm zur Erfüllung der gestellten Aufgaben erteilt würden. Unschädlich sei auch, dass das Arbeitsverhältnis durch familienhafte Rücksichtnahme gekennzeichnet gewesen sei und daher das Weisungsrecht möglicherweise verfeinert ausgeübt worden sei. Das gezahlte Entgelt sei zudem über die Jahre unverändert gewesen, mithin unabhängig von der Ertragslage und dem Gewinn der Beigeladenen zu 1). Es sei nicht beabsichtigt gewesen, den Kläger über das von ihm bezogene Entgelt auch nur ansatzweise oder geringfügig am Gewinn oder Verlust des Unternehmens zu beteiligen. Daher sei der Kläger nicht im Sinne des von der Kammer regelmäßig wesentlich gewichteten Kriteriums am Unternehmensrisiko beteiligt gewesen. Dass der persönliche Arbeitseinsatz des Klägers dadurch mitbestimmt gewesen sein möge, dass er durch die Ehe an einem florierenden und gut aufgestellten Betrieb partizipiere, begründe nicht die Tragung eines aktuellen Unternehmensrisikos. Dass der längerfristige Erfolg des Unternehmens von seinen Fähigkeiten und seinem Engagement abhängig gewesen sei, unterscheide die Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge sich für die Prosperität des Unternehmens einsetzten. Die eingesetzte Arbeitskraft könne demnach dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgestellt werden. Soweit auf die Mitverpflichtung gegenüber der Bank verwiesen werde, sei darauf hinzuweisen, dass dies der Arbeitnehmereigenschaft nicht widerspreche. Zwar sei die Gewährung beispielsweise einer Bürgschaft für einen Arbeitnehmer an den Arbeitgeber untypisch. Jedoch seien solche Leistungen nicht ausgeschlossen. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass für den Kläger aufgrund der nur kurzfristig gewährten Darlehen das Risiko überschaubar gewesen sei. Der Hinweis des Klägers darauf, dass auch die Tätigkeit als faktischer Gesellschafter für eine selbstständige Tätigkeit spreche, gehe fehl. Denn auch ein leitender Angestellter (Prokurist) habe in mehr oder weniger großem Umfang Entscheidungskompetenzen, wie sie dem Kläger durch die Handlungsvollmacht verliehen worden seien. Dass der Kläger jedoch beispielsweise ab einem Betrag von DM 100.000,00 die Angelegenheit seiner Ehefrau habe vorlegen müssen, zeige, dass er nicht befugt gewesen sei, sämtliche Entscheidungen wie ein Unternehmer selbst zu treffen. Das Urteil wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers gegen Empfangsbekanntnis am 20. August 2008 zugestellt.

Am 23. August 2008 hat der Kläger gegen das Urteil schriftlich Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Er trägt vor, nachdem die Einzelfirma 1991 insolvent geworden sei, habe er diese nicht fortführen können. Vom Steuerberater sei ihm nahegelegt worden, die Konstruktion mit der Beigeladenen zu 1) und seiner Ehefrau als Geschäftsführerin zu wählen. Die Steigerungen seines monatlichen Gehalts seit April 1991 basierten ausschließlich auf dem wirtschaftlichen Ergebnis der Beigeladenen zu 1), nicht auf arbeitsrechtlicher Grundlage. Es habe stets nur das entnommen werden können, was erwirtschaftet worden sei. Im Zeitraum vom 01. April 1991 bis 31. August 2004 sei er stellvertretender Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) gewesen. Dies habe jedoch nicht ins Handelsregister eingetragen werden können. Die Vorschrift des [§ 44 GmbHG](#) gelte auch für den Stellvertreter. Ihn treffe das gleiche Haftungsrisiko wie den eingetragenen Geschäftsführer. Nach der ihm erteilten Handlungsvollmacht habe er außer Grundstücksgeschäften alle Handlungen verrichten dürfen. Tatsächlich habe er in der streitigen Zeit allein die Geschäftsführung wahrgenommen. Sofern seine Ehefrau Verträge unterschrieben habe, sei dies auf seine (des Klägers) Weisung und nach vorheriger Abstimmung mit ihm geschehen. Seine Ehefrau sei nur stundenweise im Unternehmen tätig gewesen, und zwar in der Buchhaltung, wie auch schon im Einzelunternehmen bis 31. März 1991. Er (der Kläger) sei im maßgeblichen streitigen Zeitraum Kopf und Seele des Unternehmens gewesen. Bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH nehme das BSG regelmäßig eine abhängige Beschäftigung an. Unter besonderen Umständen sei dies zu verneinen, insbesondere bei Geschäftsführern, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden seien und die Geschäfte faktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führten. Der Kläger hat auch seine Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2002 und 2003, ferner eine Gehaltsübersicht für 1991 bis August 2004 sowie die Lohn- und Gehaltsabrechnungen der streitigen Zeit vorgelegt. Ferner hat der Kläger Angaben zu den Betriebsprüfungen in der Zeit von Dezember 1992 bis August 2004 sowie zu den durchschnittlichen Mitarbeiterzahlen in der streitigen Zeit gemacht.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 27. Juni 2008 und den Bescheid der Beklagten vom 12. Juli 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02. Oktober 2006 aufzuheben und festzustellen, dass er vom 01. April 1991 bis 31. August 2004 nicht in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 1) gestanden hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angegriffene Urteil und die streitbefangenen Bescheide für zutreffend. Ein Erstattungsanspruch käme nur für nicht verjährte Beiträge in Betracht. Beim Kläger wäre der Erstattungsanspruch für die streitige Zeit größtenteils bereits verjährt.

Die Beigeladene zu 3) trägt vor, das SG habe zu Recht festgestellt, dass nach der vorzunehmenden Gesamtabwägung die vorliegenden Umstände überwiegend für eine abhängige Beschäftigung des Klägers sprächen. Einen Antrag hat die Beigeladene zu 3) ebenfalls wie die übrigen Beigeladenen, die sich in der Sache nicht geäußert haben, nicht gestellt.

Mit Beschluss vom 14. April 2009 hat der Berichterstatter des Senats die Beiladung der Deutschen Rentenversicherung Bund aufgehoben und die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg, jetzige Beigeladene zu 2), beigeladen.

Die Beigeladene zu 2) hat den Versicherungsverlauf des Klägers vom 25. September 2008 sowie die Verwaltungsakte, den Versorgungsausgleich betreffend, vorgelegt und mit Schreiben vom 03. April 2009 erläutert, dass der bei den geschiedenen Eheleuten durchgeführte Versorgungsausgleich grundsätzlich keinen Einfluss auf einen Beitragserstattungsanspruch des Klägers haben würde, wenn davon ausgegangen würde, dass in der Zeit vom 01. April 1991 bis 31. August 2004 eine selbstständige Tätigkeit vorgelegen hätte. Der durchgeführte Versorgungsausgleich würde eine Beitragserstattung nicht ausschließen.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund hat die Versicherungsverläufe der S.B. vom 14. August 2008 und 16. Februar 2009 vorgelegt.

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung des Senats durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden

erklärt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten und der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg vorgelegte Verwaltungsakte sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) am 28. August 2008 form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten nach [§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, ist zulässig und auch sonst statthaft, denn streitig ist die Gesamtsozialversicherungspflicht für mehr als ein Jahr, nämlich vom 01. April 1991 bis 31. August 2004.

Der Senat lässt dahingestellt, ob der Kläger auch (im Klageverfahren ist der Rentenberater als Prozessbevollmächtigter ebenso wenig zurückgewiesen worden) bei der Berufungseinlegung am 28. August 2008 durch die Prozessbevollmächtigten, die "(zugelassene) Rentenberater" mit einer entsprechenden Erlaubnis als solche nach Art. 1 § 1 Satz 2 Nr. 1 des bis zum 30. Juni 2008 geltenden Rechtsberatungsgesetzes sind, nach [§ 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGG](#) in der ab 01. Juli 2008 geltenden Fassung des Art. 12 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12. Dezember 2007 ([BGBl. I, S. 2840](#)), wirksam vertreten worden ist. Nach [§ 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGG](#) ist insoweit die Vertretung auch vor dem LSG auf "Rentenberater im Umfang ihrer Befugnisse nach [§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Rechtsdienstleistungsgesetzes \(RDG\)](#)" beschränkt. In wesentlicher Übereinstimmung mit dem bis zum 30. Juni 2008 geltenden Recht (vgl. Bundestags-Drucksache [\[BT-Drs.\] 16/3655 S. 64](#)), wonach bei dem Rentenberater Ausgangs- und Endpunkt der Beratung die zu erwartende Rente war, hat der Gesetzgeber auch ab 01. Juli 2008 den Gegenstand der registrierungspflichtigen Rentenberatung in [§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RDG](#) dahin präzisiert, dass es dabei um Rentenberatung auf dem Gebiet der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung, des sozialen Entschädigungsrechts und des übrigen Sozialversicherungs- und Schwerbehindertenrechts mit Bezug zu einer gesetzlichen Rente sowie der betrieblichen und berufsständischen Versorgung geht. Bei einer Beratung über die spezifisch rentenrechtlichen Gebiete hinaus ist mithin stets ein konkreter Bezug zu einer gesetzlichen Rente erforderlich (BT-Drs., a.a.O.). Der Streit geht hier um die Feststellung einer selbstständigen Tätigkeit. Es erscheint höchst zweifelhaft, ob dieser Streit Gegenstand von der Rentenberatung, die den Prozessbevollmächtigten des Klägers erlaubt ist, umfasst wird, abgesehen davon, ob die Prozessbevollmächtigten des Klägers als Erlaubnisinhaber nach dem Rechtsberatungsgesetz (Rentenberater) nach [§ 1](#) des Einführungsgesetzes zum RDG (RDGEG) registriert sind bzw. einen entsprechenden Antrag gestellt haben. Jedenfalls war hier, selbst wenn die Rentenberater nicht vertretungsberechtigt gewesen wären und deswegen nach [§ 73 Abs. 3 Satz 1 SGG](#) hätten zurückgewiesen werden müssen, deren Berufungseinlegung nach [§ 73 Abs. 3 Satz 2 SGG](#) wirksam.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 12. Juli 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02. Oktober 2006 ist nicht rechtswidrig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger vom 01. April 1991 bis 31. August 2004 bei der Beigeladenen zu 1) eine abhängige Beschäftigung ausgeübt hat und deshalb in allen Zweigen der Sozialversicherungspflicht unterlegen hat.

Im Hinblick auf die angegriffenen Bescheide, die eine abhängige Beschäftigung nur bis zum 31. August 2004 festgestellt haben, und den sich nur auf die Zeit bis 31. August 2004 beziehenden Feststellungsanspruch, war streitig nur die Zeit bis zum 31. August 2004. Über die Zeit ab 01. September 2004, als der Kläger, ohne zunächst an der Beigeladenen zu 1) beteiligt zu sein, zum alleinigen Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) bestellt und auf der Grundlage des Anstellungsvertrags vom 23. August 2008 tätig war, die Beklagte Gesamtsozialversicherungspflicht jedoch nicht mehr festgestellt hat, war nicht zu befinden.

Der Senat bejaht ein Feststellungsinteresse des Klägers, unabhängig davon, in welchem Umfang im Falle seines Obsiegens einen Erstattungsanspruch im Hinblick auf die gezahlten Gesamtsozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmeranteil) noch durchsetzen könnte.

Die Beklagte (als Einzugsstelle bei der der Kläger in der streitigen Zeit gemeldet und auch krankenversichert war) war für die vom Kläger beantragte Feststellung zuständig.

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die zuständige Einzugsstelle ist nach [§ 28i Satz 1 SGB IV](#) die Krankenkasse, von der die Krankenversicherung des Betroffenen durchgeführt wird. Der Kläger war während seines gesamten hier streitigen Zeitraums Mitglied der beklagten Krankenkasse. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wurde auch an diese abgeführt. Für die streitige Feststellung ergibt sich auch nicht aus [§ 7a Absatz 1 Satz 3 SGB IV](#) eine Zuständigkeit der Deutschen Rentenversicherung Bund. Zwar hat nach [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) die Einzugsstelle einen Antrag bei der Deutschen Rentenversicherung Bund zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH ist. Angaben über den Ehegattenstatus eines gemeldeten Beschäftigten müssen die Meldungen der Arbeitgeber nach [§ 28 h Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchst. d SGB IV](#) (eingefügt mit Wirkung vom 30. März 2005 durch das Gesetz zur Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens im Sozialrecht vom 21. März 2005, [BGBl. I, S. 818](#)) enthalten. Sofern der Beschäftigte Abkömmling des Arbeitgebers ist, muss dies seit dem 01. Januar 2008 gemeldet werden. Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren ist bei Ehegatten jedoch erst für solche Tätigkeiten durchzuführen, die erstmals nach dem 30. März 2005 aufgenommen worden sind (vgl. Marschner in Kreikebohm, Kommentar zum SGB IV, § 7a RdNr. 3; Lüttke in LPK-SGB IV, § 7a RdNr. 11). In den Fällen, in denen die Tätigkeit bereits zuvor ausgeübt worden war, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#). Das gleiche gilt bezogen auf den Stichtag 01. Januar 2008 für mitarbeitende Abkömmlinge. Der Kläger war jedoch bereits vor dem 30. März 2005 für die Beigeladene zu 1), deren alleinige Gesellschafterin und eingetragene Geschäftsführerin die damalige Ehefrau des Klägers war, tätig, nämlich seit dem 01. April 1991.

Versicherungspflichtig sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Dies ergab bzw. ergibt sich in der Krankenversicherung aus [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V), in der Rentenversicherung bis 31. Dezember 1991 aus [§ 1227 Abs. 1](#) der Reichsversicherungsordnung (RVO) bzw. [§ 2 Abs. 1 Nr. 1](#) des Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG) und seit 01. Januar 1992 aus [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung bis 31. Dezember 1997 aus [§ 168 Abs. 1](#) des

Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) und seit 01. Januar 1998 aus [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB III) sowie in der gesetzlichen Pflegeversicherung ab 01. Januar 1995 aus [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB XI). Eine Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Tätigkeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte eingegliedert ist und 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 sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse sind in diesem Sinne die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, Urteile vom 10. Mai 2007 - [B 7a AL 8/06](#) - und vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -; jeweils veröffentlicht in juris). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG, Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAR 25/86](#) -, veröffentlicht in juris). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltfortzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen ([BSGE 3, 30](#), 39 f.; [17, 1](#), 7 f.; [74, 275](#), 278 f.; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 90](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Bei der Beschäftigung eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Beschäftigte ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich übertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - [B 11 AL 34/02 R](#) -, veröffentlicht in juris). Weitere Abgrenzungskriterien sind nach der Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen ist, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und schließlich, ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, ist es für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Beschäftigte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist (BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#)). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird ([BSGE 34, 207](#), 210; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Es überwiegen die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Vor dem dargelegten rechtlichen Hintergrund bestimmen sich vorliegend in der streitigen Zeit die rechtlich relevanten Beziehungen vorrangig nach dem aufgrund des unter dem 12. März 1990 geschlossenen Anstellungsvertrags zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1), an der der Kläger nicht beteiligt war, praktizierten Regelwerk. Abgesehen davon, dass die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer erst zum 01. September 2004 erfolgte und auch erst am 13. September 2004 im Handelsregister eingetragen wurde, kann für die Beurteilung der Verhältnisse vor dem 01. September 2004 nicht bereits auf das Regelwerk des Anstellungsvertrags vom 23. August 2004 zurückgegriffen werden, wonach dem Kläger als alleingeschäftsführungs- und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer die kaufmännische und betriebliche Leitung des Betriebs oblag. Insoweit war die Tätigkeit des Klägers aufgrund des Anstellungsvertrags vom 23. August 2004 hier nicht zu beurteilen. Dabei ist hier auch zu beachten, dass nach § 6 Abs. 1 des hier maßgebenden Anstellungsvertrags vom 12. März 1990 Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags der Schriftform bedurften. Ersichtlich erfolgte eine Änderung dieses Anstellungsvertrags erst durch den späteren Vertrag vom 23. August 2004.

Schon das Vertragsverhältnis aufgrund des Anstellungsvertrags vom 12. März 1990 erlaubt eine unbeschränkte Zuordnung zum Typ der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung, weil der Anstellungsvertrag typische Regelungen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis enthielt. Orientiert an der regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche (§ 2) wurden (§ 3) ein festes Monatsgehalt und (§ 5) Anspruch auf kalendertäglichen Urlaub von 30 Tagen im Jahr vereinbart. Im Übrigen ergeben sich aus den vom Kläger für die streitige Zeit vorgelegten Gehaltsabrechnungen auch weitere arbeitertypische Leistungen, die gewährt wurden, nämlich Weihnachtsgeld, Krankheitslohn bzw. Lohnfortzahlung und Urlaubsgeld, ferner aber auch Leistungen für eine betriebliche Direktversicherung.

Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen zu dem maßgebenden Anstellungsvertrag rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 des Bürgerlichen Gesetzbuchs [BGB]) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären. Es mag sein, dass für den Abschluss des Anstellungsvertrags eine Beratung durch den Steuerberater, auch vor dem Hintergrund, dass die Einzelfirma des Klägers in Insolvenz gegangen war, maßgebend war. Dies erfordert es aber nicht, ihn bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition des Klägers, die Wirkungen eines wirksamen Vertrags nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 20](#)). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.). Schon aus diesem Grund vermag auch die Behauptung, der Anstellungsvertrag sei so nicht gelebt worden, nicht durchzugreifen. Des Weiteren war im vorliegenden Fall eine formlose Abbedingung der entsprechenden Abreden des entsprechenden schriftlichen Vertrags durch schlüssiges Verhalten auch nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da sich die vertraglichen Vereinbarung erschöpfend aus dem Vertrag ergeben und jedenfalls Vertragsänderungen nach § 6 Abs. 1 des Anstellungsvertrags der Schriftform bedurften, eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarungen also unwirksam war. Es kann, wie dargelegt, nicht schon vor die Zeit vor dem 01. September 2004 festgestellt werden, dass die tatsächlichen Verhältnisse dem Anstellungsvertrag vom 23. August 2004 entsprachen, wonach dem Kläger als alleingeschäftsführungs- und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer ab 01. September 2004 die kaufmännische und betriebliche Leitung des Betriebs oblag. Diese alleingeschäftsführungs- und alleinvertretungsberechtigte Position eines faktischen Geschäftsführers ergibt sich nicht schon aufgrund der dem Kläger ab 01. April 1991 eingeräumten Handlungsvollmacht.

Die Tätigkeit des Klägers wurde in dem streitigen Zeitraum bis 31. August 2004 auch wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nach Außen abgewickelt. Der Kläger hat, wie sich aus dem Versicherungsverlauf vom 25. September 2008 sowie auch aus den eingereichten Gehaltsabrechnungen ergibt, durchgängig ein einvernehmlich vereinbartes Bruttogehalt bezogen, wobei ersichtlich auch Lohnfortzahlungen im Krankheitsfall sowie Krankengeld bei Arbeitsunfähigkeit bezogen worden ist. Dieses Bruttogehalt wurde dem Kläger auf sein privates Konto überwiesen, über das er Verfügungsgewalt hatte. Soweit das Entgelt, ausgehend von dem Anstellungsvertrag vom 12. März 1990 vereinbarten monatlichen Betrag von DM 3.000,00, in den folgenden Jahren auch ohne schriftliche Vereinbarung erhöht wurde, ergibt sich daraus nicht, dass der Kläger mittelbar am Gewinn oder Verlust des Unternehmens beteiligt gewesen wäre, abgesehen davon, dass das letzte monatliche Bruttogehalt im August 2004 von EUR 3.228,75 bei Weitem nicht das seit 01. September 2004 zuzüglich einer Tantiemeregelung vereinbarte monatliche Geschäftsführergehalt von EUR 6.075,00 erreicht hatte. Das seit 01. April 1991 gezahlte Bruttogehalt hat sich ersichtlich entsprechend dem Erfolg des Unternehmens und auch der allgemeinen Lohnentwicklung kontinuierlich gesteigert, ohne dass die Versicherungspflicht bestritten oder in Frage gestellt wurde. Das monatliche Bruttoentgelt stellt auch den Gegenwert für die Arbeit dar, die der Kläger im Unternehmen der Beigeladenen zu 1) verrichtete. Das an den Kläger gezahlte Entgelt wurde als Betriebsausgabe verbucht, Lohnsteuer und Gesamtsozialversicherungsbeiträge wurden abgeführt. Die Verbuchung des gezahlten Arbeitsentgelts als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist jedoch ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (vgl. schon BSG [SozR Nr. 22 zu § 165 RVO](#)). Die Entgeltform hat mithin keine deutlichen Züge unternehmerischen Risikos getragen.

Es war schon nicht im Ansatz beabsichtigt, den Kläger über das von ihm bezogene Entgelt wesentlich am Gewinn oder Verlust des Unternehmens zu beteiligen. Der Kläger sollte ab 01. April 1991 letztlich kein Unternehmerrisiko mehr tragen. Dies zeigt sich schon darin, dass er nach Insolvenz des von ihm bis 1991 betriebenen Einzelhandelsunternehmens auf entsprechenden Rat des Steuerberaters für die Beigeladenen zu 1) die Rechtsform der GmbH wählte, ohne dass er an der Beigeladenen zu 1) beteiligt sein wollte. Maßgeblich für ein Unternehmerrisiko ist zudem, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also wesentlich ungewiss ist (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - Rdnr. 26). Wenn aber in finanzieller Hinsicht eine formale Beteiligung fehlt, würde die Annahme eines Unternehmerrisikos jedenfalls voraussetzen, dass eine für eine abhängige Beschäftigung unübliche Vereinbarung oder tatsächlicher Handhabung der Gestalt und Zahlung der Vergütung bestünde, die den Schluss zuließe, dass bei entsprechend schlechter wirtschaftlicher Lage des Unternehmens die Vergütungsforderung in der bisherigen Höhe nicht durchgesetzt werden könne. Dies ist bei einer über Jahre gleichbleibenden und vom Ertrag des Unternehmens im Wesentlichen unabhängigen Vergütung nicht der Fall. Dass der längerfristige Erfolg der Beigeladenen zu 1) von den Fähigkeiten als Schlossermeister und dem Engagement des Klägers abhing, unterscheidet seine Position in der streitigen Zeit qualitativ wiederum nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die sich unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge für das Fortkommen des Unternehmens einsetzen.

Gegenüber diesen fixen Entgeltbedingungen vermag für den Kläger ein tatsächlich beherrschender Anteil an den unternehmerischen Entscheidungen nicht durchschlagend ins Feld geführt zu werden. Zwar mag das Gedeihen der Beigeladenen zu 1) tatsächlich wesentlich auf den Arbeitseinsatz des Klägers beruht haben. All dies hat sich aber im Rahmen der alleinigen Unternehmerschaft seiner früheren Ehefrau als Alleingesellschafterin der Beigeladenen zu 1) vollzogen. Wenn diese aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers Einwirkungen weitgehend unterlassen hat, beseitigt die nicht ausgeübte Rechtsmacht und damit eröffnete Dispositionsfreiheit nicht die rechtlich bestehende "persönliche" Abhängigkeit (vgl. hierzu etwa BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

Das Kriterium der Weisungsgebundenheit hilft hier nur begrenzt für die Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Zum einen ist die Abhängigkeit unter Ehegatten, selbst wenn ein Ehegatte Alleingesellschafter der GmbH und auch deren alleiniger eingetragene Geschäftsführer ist, im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und das Weisungsrecht kann deshalb mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (vgl. BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#) m.w.N.). Zum Anderen ist die inhaltliche und fachliche Weisungsbefugnis bei hochqualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Nach ständiger Rechtsprechung kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein,

wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG SozR 3-2400 § 2 Nr. 19 m.w.N.). Unter diesen Voraussetzungen sind auch Mitglieder von Vorständen juristischer Personen, die von Weisungen im täglichen Geschäft weitgehend frei sind, abhängig Beschäftigte (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 18](#)). Zu solchen Diensten höherer Art gehört auch die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit als Betriebsleiter.

Eine Rechtsgrundlage, die die vom Kläger behauptete weitgehende eigene Dispositionsfreiheit rechtfertigen würde, ist nicht erkennbar. Die Beigeladene zu 1), d.h. ihre Alleingesellschafterin, hätte es in der Hand gehabt, als alleinige Unternehmerin hindernd in die Freiheiten des Klägers einzugreifen und diesen damit im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn die Beigeladene zu 1) bzw. die frühere Ehefrau des Klägers als alleinige Gesellschafterin aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers dieses weitgehend unterlassen hat, unterscheidet sich die Situation nicht wesentlich von derjenigen eines Minderheitsgesellschafters, dem von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht wegen des familiären Vertrauensverhältnisses freie Hand gelassen wird (vgl. hierzu etwa BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade bei einem im Betrieb mitarbeitenden Familienangehörigen regelmäßig größere Freiheiten im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern bestehen (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)). Solche größere Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Ein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko ergibt sich hier für den Kläger auch nicht daraus, dass er für 1999 und 2000 von der Beigeladenen zu 1) aufgenommene kurzfristige Darlehn jeweils neben seiner früheren Ehefrau als Alleingesellschafterin der Beigeladenen zu 1) eine gesamtschuldnerische Mitverpflichtung übernommen hat. Diese kurzfristige gesamtschuldnerische Mitverpflichtung begründet kein wesentliches Unternehmerrisiko. Soweit der Kläger ferner auf eine am 02. Dezember 2004 übernommene Bürgschaftserklärung für einen Kontokorrentkredit der Beigeladenen zu 1) verweist, ist im Übrigen zu berücksichtigen, dass sich diese Bürgschaftserklärung auf die Zeit nach dem 31. August 2004 bezieht. Daraus könnte ein für den Kläger bereits vor dem 02. Dezember 2004 bestehendes wesentliches Unternehmerrisiko nicht hergeleitet werden.

Danach war die Berufung zurückzuweisen.

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

Gründe, die Revision zuzulassen ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)), liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-04-20