

L 4 KR 3310/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 11 KR 2757/07
Datum
30.04.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 3310/09
Datum
25.03.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 30. April 2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Feststellung der Beklagten, er sei im Unternehmen der Beigeladenen zu 1) in der Renten- und Arbeitslosenversicherung seit 01. Januar 1996 versicherungspflichtig beschäftigt.

Der am 1963 geborene Kläger ist Maschinenbauingenieur. Er ist seit 29. April 1989 mit der am 1962 geborenen B. K.-H. (im Folgenden K-H) verheiratet und Vater dreier 1989, 1992 und 1994 geborener Söhne.

K-H ist Diplom-Wirtschafts-Ingenieurin (FH). Nach dem Fachhochschulstudium war sie nach ihren Angaben von Januar 1988 bis September 1989 als Wirtschaftsingenieurin in der Kostenrechnung einer Firma in D. versicherungspflichtig beschäftigt. Von Oktober 1989 bis Dezember 1995 kümmerte sie sich ausschließlich um ihre Söhne. Von Januar 1996 bis April 1999 verrichtete sie - wiederum nach ihren Angaben - eine Aushilfstätigkeit bei der Beigeladenen zu 1). Gesamtsozialversicherungsbeiträge wurden hierfür nicht entrichtet. Seit 01. Mai 1999 ist sie ausweislich des Anstellungsvertrags vom 27. Mai 1999 als Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) beschäftigt. Sie erhält seit Aufnahme der Tätigkeit ein monatliches Gehalt von Brutto DM 4.200,00 bzw. EUR 2.147,50.

Mit notariellem Vertrag vom 07. Dezember 1995 (Gesellschaftsvertrag) gründeten K-H, die Firma H. K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG, deren Kommanditisten Familienangehörige der K-H, mit dem größten Anteil der Bruder von K-H, V. K., sind, und D. K., der Vater von K-H, die Beigeladene zu 1) mit einem Stammkapital von DM 900.000,00 (= EUR 460.162,69), von dem K-H DM 540.000,00, die Firma H. K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG DM 270.000,00 und D. K. DM 90.000,00 übernahmen. Nach dem Tod ihres Vaters im Jahr 1996 erbte K-H dessen Anteil. Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) ist die Entwicklung, der Bau und Vertrieb von Spezialmaschinen und Anlagen sowie Handel und Instandsetzung von Gebrauchtmaschinen im Bereich der Metall- und Holzbearbeitung. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 07. Dezember 1995 hat die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer (§ 10). Gesellschafter können nach § 11 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags durch Beschluss den Geschäftsführern allgemeine oder besondere Weisungen erteilen, zu deren Beachtung die Geschäftsführer verpflichtet sind. Die Geschäftsführer bedürfen nach § 11 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags zu folgenden Handlungen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung: Abschluss von Gesellschaftsverträgen und Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen, Errichtung von Zweigniederlassungen, Gewährung von Altersversorgungen jeder Art, Übernahme von Bürgschaften, Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken bei einem Wert von mehr als DM 100.000,00, Neubauten, Umbauten und Neuanschaffungen, soweit diese im Einzelfall mehr als DM 100.000,00 betragen. Nach § 12 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags gewähren jede DM 1.000,00 eines Geschäftsanteils eine Stimme. Beschlussfassung erfolgt nach § 12 Abs. 8 des Gesellschaftsvertrags mit einfacher Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Gesellschafter. Einzelne Beschlüsse bedürfen einer Mehrheit von 75 Prozent der Stimmen aller Gesellschafter. Zu Geschäftsführern der Beigeladenen zu 1) wurden K-H und der Kläger bestimmt. Sie erhielten jeweils Einzelvertretungsbefugnis und wurden von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit (VI. der Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister).

Der Kläger war zwischen 1991 und 1995 als Entwicklungsleiter im Maschinenbau bei der Firma K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG versicherungspflichtig beschäftigt. Ab 01. Januar 1996 war er zunächst alleiniger Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1), ab 01. Mai 1996 zusammen mit K-H. Der Kläger und Beigeladene zu 1) schlossen den Anstellungsvertrag vom 01. Januar 1996 sowie den aktualisierten

Anstellungsvertrag vom 05. Mai 1997. Nach dem aktualisierten Anstellungsvertrag führt der Kläger die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und des Anstellungsvertrags und widmet seine Arbeitskraft ausschließlich der Gesellschaft (§ 2). Er erhält ein jährliches Brutto-Gehalt von DM 120.000,00, zahlbar in zwölf Monatsraten von DM 10.000,00 zum Monatsende auf ein von ihm zu benennendes Konto, hat Anspruch auf die für Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen Leistungen sowie auf innerhalb der Gesellschaft gewährte freiwillige Zulagen und erhält zusätzlich zu seinem Gehalt am Jahresende eine gewinnabhängige Tantieme (§ 5). Nach § 6 hat er Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Tagen, ihm wird ein Firmenwagen zur Verfügung gestellt, der auch zur privaten Nutzung verwendet werden kann, und im Falle der Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit oder Unfall werden ihm die Bezüge bis zu sechs Wochen zugesichert. Der Vertrag kann mit einer Frist von zwölf Monaten zum Schluss eines Kalendermonats beiderseits gekündigt werden (§ 8). Die Bezüge des Klägers und die Tantiemen-Regelung wurden in der Folge durch Gesellschafterbeschlüsse vom 21. Mai 1999, 30. Mai 2001 und 10. April 2003 den jeweiligen Verhältnissen angepasst. Mit der Ergänzung vom 24. April 2003 wurde das Jahresgehalt des Klägers auf EUR 90.192,00 angehoben und betrug ab 01. April 2003 monatlich EUR 7.516,00. Seit 01. Mai 2007 beträgt das monatliche Grundgehalt des Klägers EUR 7.750,00. Er erhielt zwischen 1998 und 2001 Tantiemen zwischen DM 50.000,00 und DM 150.817,00 sowie in den Jahren 2002 bis 2009 von EUR 12.724,00 bis EUR 50.000,00. Ausweislich des Gesellschafterbeschlusses vom 18. November 2005 ist die Tantieme seither der Höhe nach auf EUR 50.000,00 begrenzt. In einem Nachtrag zu § 5 des Anstellungsvertrags wurde am 04. Dezember 2000 vereinbart, dass der Kläger eine Direktversicherung mit einer monatlichen Prämie in Höhe von DM 284,00 erhält. Ab 01. Januar 1996 wurden und werden Gesamtsozialversicherungsbeiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung abgeführt. Bei der Beklagten war der Kläger vom 01. April 1989 bis 30. September 2009 freiwillig krankenversichert, seither besteht eine private Krankenversicherung.

Der Kläger beantragte bei der Beklagten die Überprüfung der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung seiner Tätigkeit und reichte der Beklagten den Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung vom 05. Oktober 2006 ein. Er gab u.a. an, er sei seit 01. Januar 1996 Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1). Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1) sei mit einer Stammeinlage von 70 vom Hundert (v.H.) seine Ehefrau K-H und mit einer Stammeinlage von 30 v.H. die Firma K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG. Er könne über die Stimmenmehrheit von K-H Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Geschäftsführer sei er zusammen mit K-H. Er sei für den Ablauf der gesamten betrieblichen Organisation (Einkauf, Produktion, Vertrieb, Marketing, Finanzierung und Personalwesen) zuständig. K-H nehme seine Vertretung im Falle seiner Verhinderung wahr. Parallel zur Geschäftsführertätigkeit habe er von Januar 1996 bis Juni 1996 eine selbstständige Beratertätigkeit für die Firma K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG ausgeübt. Er sei vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit und verfüge als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter/Betriebsangehöriger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Die Frage, ob aufgrund von familienhaften Rücksichtsnahmen seine Tätigkeit durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern geprägt sei, bejahte er. Er habe einen außertariflichen Vertrag. Die tatsächliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit betrage ca. 60 Stunden. Einem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) unterliege er weder hinsichtlich der Zeit noch des Ortes oder der Art der Beschäftigung. Er könne seine Tätigkeit in der Beigeladenen zu 1) frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung der Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Er könne auch voll umfänglich selbstständig Personal einstellen und/oder entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Eine Abberufung/Kündigung sei nach dem Arbeitsvertrag zu jeder Zeit möglich. Es sei eine Kündigungsfrist von zwölf Monaten vereinbart. Seine Vergütung belaufe sich monatlich auf EUR 7.516,00. Diese Vergütung werde auch im Falle einer Arbeitsunfähigkeit für sechs Wochen weitergewährt. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. Er erhalte Tantiemen in Höhe von 30 v.H. vom Jahresüberschuss vor Steuern, maximal EUR 50.000,00. K-H erhalte keine Tantiemen. Dem Feststellungsbogen waren der aktualisierte Anstellungsvertrag des Klägers vom 05. Mai 1997, mit der Ergänzung vom 24. April 2003, der Anstellungsvertrag von K-H vom 27. Mai 1999, der Gesellschaftsvertrag und die Anmeldung zum Handelsregister sowie der Handelsregisterauszug des Amtsgerichts L. beigelegt.

Die Beigeladene zu 2) nahm auf Anfrage der Beklagten mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 dahingehend Stellung, nach Gesamtwürdigung aller Umstände überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Durch Bescheid vom 07. November 2006 stellte die Beklagte fest, der Kläger sei seit 01. Januar 1996 als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt. Als Arbeitnehmer sei er grundsätzlich kranken-, pflege-, renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig. Als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) sei er nicht am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt. Er verfüge auch nicht über eine Sperrminorität, mit der er Gesellschafterbeschlüsse verhindern könne. Geschäftsführer einer GmbH, die weder über die Mehrheit der Geschäftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügten, seien grundsätzlich abhängig beschäftigt. Für eine abhängige Beschäftigung spreche auch, dass er unabhängig von der Ertragslage ein monatliches Festgehalt erhalte und daher kein Unternehmerrisiko wie ein Selbstständiger trage. Außerdem habe er Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall sowie auf bezahlten jährlichen Erholungsurlaub.

Der Kläger erhob Widerspruch. Die verwandtschaftliche Beziehung zwischen ihm und der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführerin K-H innerhalb der Beigeladenen zu 1) als Familiengesellschaft schaffe ein Gefühl erhöhter Verantwortung und führe zu einem Gleichklang der Interessen. An der Ausübung des Direktionsrechts in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit durch die Mehrheitsgesellschafterin fehle es tatsächlich, so dass er die Gesellschaft faktisch allein führen könne. Seine herausragende Stellung werde auch an der eingeräumten Einzelvertretungsbefugnis und der Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) erkennbar. Er verfüge außerdem aufgrund seiner vorhergehenden Tätigkeit als Entwicklungsleiter Maschinenbau bei der Firma K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG über das Fachwissen und die besonderen Branchenkenntnisse. Dies führe zu einem beherrschenden Einfluss auf die zu treffenden Entscheidungen. Überdies sei er durch die Tantiemen-Regelung unmittelbar am Erfolg der Gesellschaft beteiligt. Er habe eine direkte Teilhabe am Unternehmensrisiko.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17. April 2007 wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss den Widerspruch zurück. Er führte aus, die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) begründe seit dem 01. Januar 1996 die Versicherungspflicht in der Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. In der Krankenversicherung sei der Kläger wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass der Kläger nicht am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) beteiligt sei und somit keine Möglichkeit habe, Gesellschafterbeschlüsse herbeizuführen oder zu verhindern und damit maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen des Unternehmens zu nehmen. Bei dieser Sachlage könne nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) eine selbstständige Tätigkeit allenfalls vorliegen, wenn die persönlichen und familiären Verhältnisse eine abhängige Beschäftigung ausnahmsweise ausschlossen, wenn etwa der mitarbeitende Familienangehörige den Gesellschafter-Geschäftsführer dominiere und ohne seinen Willen keine abweichenden Entscheidungen getroffen würden. Diese eingeschränkten Voraussetzungen seien hier nicht erkennbar. Der Kläger stehe nicht in gleichberechtigter Stellung zu seiner Ehefrau K-H, die als

Mehrheitsgesellschafterin und Geschäftsführerin das "letzte" Wort habe und ihm allenfalls "freie Hand" lasse. Er habe sicherlich bedingt durch das Verhältnis zwischen den Eheleuten eine Vertrauensstellung, die nur schwer auf eine fremde Person übertragbar sei. Allerdings basiere diese Stellung auf dem Willen der Mehrheitsgesellschafterin und Geschäftsführerin. Er habe auch die Beigeladene zu 1) nach Maßgabe der Gesetze und der Satzung der Gesellschaft - u.a. unter Berücksichtigung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung - zu führen. Darüber bedürften bestimmte Geschäfte der Zustimmung. Die Betriebsorganisation und der Geschäftsablauf liege somit letztlich in der Hand der Gesellschafter. Folglich füge sich der Kläger nicht in eine eigene, selbstgegebene, sondern in eine vorgegebene, fremde Betriebsorganisation ein, sodass er funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess teilhabe und seine Arbeitsleistung demnach fremdbestimmt sei. Ebenso führe das Vorliegen einschlägiger Branchenkenntnisse nicht zu einer anderen Beurteilung. Es sei durchaus üblich, dass Geschäftsführer spezielle Fachkenntnisse aufwiesen. Diese seien vielfach gerade Voraussetzung für die Übertragung dieser Aufgabe. Die Abhängigkeit der Geschäftsführertätigkeit komme dadurch zum Ausdruck, dass der Kläger nach dem Geschäftsführervertrag seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft zu stellen habe. Es fehle zudem das die selbstständige Tätigkeit kennzeichnende Unternehmerrisiko. Der Kläger erhalte eine gleichbleibende monatliche Vergütung. Allein die Tatsache, dass er eine Tantieme erhalte, sei für die Annahme eines unternehmerischen Risikos nicht ausreichend. Auch die Alleinvertretungsberechtigung und die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) führe nicht zu einer anderen Beurteilung. Im Übrigen spreche für die Beurteilung der Geschäftsführertätigkeit als abhängiges Beschäftigungsverhältnis der vertraglich eingeräumte Urlaubsanspruch von 30 Tagen jährlich und die Fortzahlung von Bezügen im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen.

Hiergegen erhob der Kläger am 16. Mai 2007 Klage zum Sozialgericht Freiburg (SG). Er trug vor, er sei "Kopf und Seele" der Beigeladenen zu 1), denn er verfüge als einziger und allein über das notwendige technische Knowhow und Erfahrungswissen in dem speziellen Geschäftsgebiet, in dem die Beigeladene zu 1) tätig sei. Er habe die im Rahmen seiner Tätigkeit als Entwicklungsleiter bei der Firma H. K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG erworbenen spezifischen Erfahrungen und Kenntnisse von Anfang an in die Beigeladene zu 1) eingebracht. Die Beigeladene zu 1) sei - wesentlich inspiriert durch ihn - gerade zu dem Zweck gegründet worden, der H. K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG die von ihr zwangsläufig beim Neuverkauf einer Maschine zurückzunehmenden Gebrauchtmachines und die daraus resultierende Problematik der Verwertung abzunehmen. In seiner Person vereinten sich die Verantwortlichkeiten für alle Abteilungen der Beigeladenen zu 1). Die administrativen Aufgaben würden von einer einzigen Sekretariatsmitarbeiterin mit erledigt. Ansonsten seien regelmäßig zehn Mitarbeiter beschäftigt, von denen jedoch keiner eine vergleichbare Ausbildung oder Qualifikation wie er besitze. Er sei deren disziplinarischer und organisatorischer Vorgesetzter. K-H sei nicht in der Lage, ohne sein Knowhow das Unternehmen zu führen. Hervorzuheben sei weiter, dass er alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit sei. Im Übrigen müsse jeder Geschäftsführer die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze und der Satzung der Gesellschaft führen. Diese Umstände seien daher nicht alleine Ausdruck eines Anstellungsverhältnisses. Darüber hinaus werde man auch Unternehmern das Recht auf Erholungsurlaub nicht absprechen können und es dürfe nicht zu beanstanden sein, wenn ein Unternehmer das jeden Menschen treffende Krankheitsrisiko über sein Unternehmen und nicht über einen Versicherungsvertrag absichere. Sein Anstellungsvertrag unterscheide sich nicht von einem Geschäftsführeranstellungsvertrag einer Ein-Mann-GmbH. Er unterliege nach den tatsächlichen Verhältnissen keinerlei Weisungen und könne seine Tätigkeit entsprechend den Belangen des Unternehmens, die im Ergebnis mit seinen eigenen Belangen identisch seien, selbst frei bestimmen und erhalte eine gewinnabhängige Vergütung. Vor diesem Hintergrund komme es nicht darauf an, dass er selbst am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) nicht beteiligt sei. Entscheidend sei, dass ohne ihn "nichts gehe" und seine Person und seine Vorgaben entscheidend für etwaige Beschlüsse der Gesellschafter seien.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Sie verwies darauf, dass das BSG bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen habe. Es habe bei diesem Personenkreis nur unter besonderen Umständen, insbesondere bei Geschäftsführern, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden gewesen seien und die Geschäfte faktisch wie Alleininhaber nach eigenem Gutdünken geführt hätten, eine abhängige Beschäftigung verneint. Hieran fehle es im vorliegenden Fall. Die Mehrheitsgesellschafterin und Ehefrau des Klägers K-H sei neben dem Kläger zur Alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreiten Geschäftsführerin bestellt und ebenfalls in der Beigeladenen zu 1) tätig. Als Diplom-Wirtschaftsingenieurin verfüge sie im kaufmännischen Bereich über das erforderliche Knowhow. Allein die fachliche Überlegenheit im technischen Bereich reiche für die Annahme einer Weisungsfreiheit noch nicht aus. Gesellschafterversammlungen hätten auch stattgefunden. K-H habe ihre Gesellschafterrechte wahrgenommen. Der Kläger trage auch kein Unternehmerrisiko. Er erhalte trotz Verlusten der Beigeladenen zu 1) eine feste monatliche Vergütung. Die Gefahr seine Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen, bestehe für den Kläger nicht. Die ihm bei positivem Geschäftsergebnis zustehende Tantieme sei angesichts daneben zustehenden festen Vergütungsbestandteile dem Wagniskapital nicht gleichzusetzen. Eine abhängige Beschäftigung sei auch nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger im Verhältnis zu sonstigen Arbeitnehmern Arbeitgeberfunktionen wahrnehme. Des Weiteren habe der Kläger Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts im Krankheitsfall und bezahlten jährlichen Erholungsurlaub.

Das SG lud mit Beschluss vom 20. Juni 2007 die P. Spezialmaschinen GmbH, Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund, Beigeladene zu 2) und die Bundesagentur für Arbeit, Beigeladene zu 3) zum Verfahren bei.

Die Beigeladene zu 1) schloss sich dem Vorbringen des Klägers an.

Die Beigeladene zu 2) äußerte sich dahingehend, für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass steuerrechtlich von einer nichtselbstständigen Arbeit ausgegangen worden sei. Indizien für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung seien auch die sich aus dem Anstellungsvertrag ergebenden Urlaubs- und Kündigungsregelungen sowie die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Arbeitsunfähigkeit. Entscheidend gegen das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit spreche des Weiteren, dass kein echtes Unternehmerrisiko auf Seiten des Klägers bestehe. Der Umstand, dass K-H neben dem Kläger zur Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) bestellt worden sei und dass sie als Diplom-Wirtschaftsingenieurin sowohl zur kaufmännischen als auch zur technischen Betriebsführung qualifiziert sein dürfe, spreche gegen die Annahme, der Kläger könne die Geschäfte der Beigeladenen zu 1) faktisch wie ein Alleininhaber führen. Es handle sich um ein jahrelang gelebtes Beschäftigungsverhältnis, das nach einem Motivwechsels des Klägers rückwirkend als selbstständige Tätigkeit dargestellt werden solle.

Die Beigeladene zu 3) hat sich zur Sache nicht geäußert.

Mit Urteil vom 30. April 2009 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, die Beklagte habe zu Recht die Tätigkeit des Klägers

als Beschäftigungsverhältnis beurteilt. Dass dem Kläger nach seinem Vortrag keine Weisungen hinsichtlich der Gestaltung und Ausführung seiner Arbeit, Arbeitszeit und Urlaub erteilt würden, spreche bei Diensten höherer Art nicht zwingend für die Selbstständigkeit, weil bei diesen das Weisungsrecht im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess eingeschränkt und verfeinert sein könne. Auch wenn von der Darstellung des Klägers auszugehen sei, wonach er aufgrund seines beruflichen Werdegangs über die besonderen Fachkenntnisse in den speziellen Geschäftsgebieten der Beigeladenen zu 1) verfüge, so sei auch dieser Umstand nicht ausreichend, um von der Selbstständigkeit auszugehen. Das Vorhandensein besonderen Fachwissens sei für sich genommen nicht geeignet, die grundsätzliche Fremdbestimmtheit einer Arbeit in Zweifel zu ziehen. Dies sei bei Diensten höherer Art, insbesondere bei Führungspositionen, grundsätzliche Eignungsvoraussetzung. Auch die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens sei nicht ausreichend, um die Tätigkeit eines Geschäftsführers als selbstständige zu qualifizieren. Wesentlich sei vorliegend die bei der Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigende Rechtsmacht, auch wenn diese nicht ausgeübt werde. Nach dem Anstellungsvertrag habe der Kläger als Geschäftsführer die Geschäfte nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags zu führen. Der Gesellschaftsvertrag sehe jedoch ausdrücklich das Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern vor. In rechtlicher Hinsicht habe der Kläger keine Möglichkeit, ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Der Anstellungsvertrag selbst spreche darüber hinaus für eine abhängige Beschäftigung. Der Kläger sei verpflichtet, seine Arbeitskraft ausschließlich der Beigeladenen zu 1) zur Verfügung zu stellen. Danach fehle die für einen Selbstständigen typische freie Verfügbarkeit über die Arbeitskraft. Hierfür habe die Beigeladene zu 1), wie für Arbeitnehmer typisch, eine feste Vergütung zu entrichten. Außerdem habe der Kläger Anspruch auf die für Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen Leistungen sowie auf innerhalb der Gesellschaft gewährte freiwillige Zulagen. Er habe Anspruch auf 30 Tage Jahresurlaub und erhalte die für Arbeitnehmer übliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Außerdem sei im Anstellungsvertrag die ordentliche Kündigung geregelt. Schließlich spreche auch der Umstand, dass der Kläger als Geschäftsführer kein Unternehmerrisiko trage, gegen eine Beurteilung als Selbstständiger. Dass neben der festen Vergütung ein Anspruch auf eine ertragsabhängige Tantieme bestehe, sei für Arbeitnehmer, insbesondere für leitende Angestellte, keineswegs untypisch.

Gegen das seinen Prozessbevollmächtigten am 22. Juni 2009 zugestellte Urteil hat der Kläger am 22. Juli 2009 Berufung eingelegt. Er bezieht sich auf seinen bisherigen Vortrag und weist insbesondere erneut darauf hin, dass K-H seine Tätigkeit nicht übernehmen könne. Auch sonst wäre Ersatz, insbesondere ein vollwertiger Ersatz, für ihn kaum zu finden. Das von der Beigeladenen zu 1) betriebene Geschäft hänge vollständig an seiner Person. Im Übrigen binde ihn der Anstellungsvertrag nicht wie einen normalen Mitarbeiter. Eine Urlaubsregelung sei typischer Bestandteil eines GmbH-Geschäftsführervertrags. Er sei in der Lage, seinen Urlaub nach eigenem Gusto festzulegen. Er habe deswegen noch in keinem Fall fragen müssen. Die Gesellschafterversammlung lasse sich von seinen Vorgaben und Einschätzungen leiten und nicht etwa von eigenen Vorstellungen, die ihm "aufgedrückt" würden. Das sich hieraus ergebende, tatsächliche Bild der Stellung und Bedeutung seiner Person werde nicht zuletzt dadurch abgerundet, dass er selbstverständlich ein eigenes großes Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens habe. Dies habe er schon im Interesse der familiären Verbindung, weil das Unternehmen die wirtschaftliche Grundlage für die Familie darstelle. Dies komme nicht zuletzt dadurch zum Ausdruck, dass er auch eine gewinnabhängige Vergütung erhalte. Der Kläger hat auf Nachfrage des Senats u.a. die zwischen 1998 und 2009 ausgezahlten Tantiemen und sein monatliches Grundgehalt seit 01. Mai 2007 mitgeteilt und nähere Angaben zu seinen und den persönlichen Verhältnissen von K-H sowie den familiären Verhältnissen bei der Firma K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG gemacht und darüber hinaus seinen Anstellungsvertrag vom 01. Januar 1996 und Ergänzungen vom 04. Dezember 2000, 02. Juni 2001, 24. April 2003 und 25. November 2005 sowie 27. Mai 1999, die Einkommensteuerbescheide für 1996, 2003 bis 2008 und seine Gehaltsmitteilungen jeweils für Dezember 1996 und 2003 bis 2009 und eine Aufstellung der Gesellschafter der Firma H. K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG vorgelegt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 30. April 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 07. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. April 2007 festzustellen, dass er seit 01. Januar 1996 bei der Beigeladenen zu 1) nicht versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angegriffene Urteil für zutreffend. Sie hat in der mündlichen Verhandlung des Senats den Bescheid vom 07. November 2006 und den Widerspruchsbescheid vom 17. April 2007 zurückgenommen, soweit Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung festgestellt worden ist.

Die Beigeladene zu 2) hat Versicherungsverläufe des Klägers und von K-H vorgelegt und sich im Übrigen wie die Beigeladenen zu 1) und 3) nicht zur Sache geäußert und keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Darstellung wird auf den Inhalt der Berufungsakten, der Klageakten und der von der Beklagten sowie der Beigeladenen zu 2) vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig und insbesondere statthaft im Sinne des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Denn die Klage betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, da der Bescheid vom 07. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. April 2007 rechtmäßig ist und den Kläger nicht in seinen Rechten verletzt. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger seit 01. Januar 1996 bei der Beigeladenen zu 1) eine abhängige Beschäftigung ausübt und deshalb in den Zweigen der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Streitig ist, nachdem der Kläger zwischen dem 01. Januar 1996 und 30. September 2009 aufgrund des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei und deshalb freiwillig krankenversichert war und seither privat krankenversichert ist, und damit auch keine Versicherungspflicht aufgrund einer versicherungspflichtigen Beschäftigung in der sozialen Pflegeversicherung nach [§ 20](#)

Abs. 1 Satz 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) besteht, nur die Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

1. Nach § 28 h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (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 § 28 i Satz 1 SGB IV die Krankenkasse, von der die Krankenversicherung des Betroffenen durchgeführt wird. Dies ist hier die Beklagte, nachdem der Kläger vom 01. April 1989 bis 30. September 2009 ihr Mitglied war und die Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung auch an sie abgeführt wurden und werden. Nachdem die Beklagte auf entsprechende Anfrage des Klägers ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung der Sozialversicherungspflicht eingeleitet hat, scheidet das Antragsverfahren nach § 7 a SGB IV aus, für das die Beigeladene zu 2) zuständig wäre. Deren Zuständigkeit, die eine solche der Beklagten ausschliesse, ergibt sich hier auch noch nicht aus § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV, eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBI. I S. 2954). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28 a SGB IV) ergibt, dass der Beschäftigte (bis 31. Dezember 2008) Angehöriger des Arbeitgebers, (seit 01. Januar 2009) Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers (geändert durch Art. 1 Nr. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 21. Dezember 2008 (BGBI. I, 2933)) oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen vorliegen, ist dieses obligatorische Statusfeststellungsverfahren jedoch erst für solche Tätigkeiten durchzuführen, die erstmals nach dem 30. März 2005 aufgenommen worden sind (vgl. Marschner in Kreikebohm, Kommentar zum SGB IV, § 71 RdNr. 3, Lüdtko in LPK-SGB IV, § 7a RdNr. 11). In den Fällen, in denen die Tätigkeit bereits zuvor ausgeübt worden ist, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach § 28a Abs. 2 SGB IV. Der Kläger war bereits vor dem 30. März 2005 für die Beigeladene zu 1), deren Mehrheitsgesellschafterin K-H ist, tätig, nämlich seit dem 01. Januar 1996.

2. Versicherungspflichtig sind in der Rentenversicherung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung bis 31. Dezember 1997 nach § 168 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) und seit 01. Januar 1998 nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, 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 in den Betrieb 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 Bundesverfassungsgericht [BVerfG] SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine abhängige 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 den 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 nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, Urteile vom 10. Mai 2007 - B 7 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 begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann z.B. 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 RA 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 Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSGE 3, 30, 39f.; 17, 1, 7f.; 74, 275, 278f.; BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; SozR 3-4100 § 168 Nr. 11).

Bei der Tätigkeit eines Familienangehörigen ist zudem neben seiner Eingliederung in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Familienangehörige 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 Grundsatz, 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 Familienangehörige 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](#)).

3. Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen ab 01. Januar 1996 nach dem Anstellungsvertrag vom 01. Januar 1996, dem aktualisierten Anstellungsvertrag vom 05. Mai 1997 und den Ergänzungen vom 27. Mai 1999, 04. Dezember 2000, 02. Juni 2001, 24. April 2003 und 25. November 2005 sowie dem Gesellschaftsvertrag vom 07. Dezember 1995 und dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit.

Trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) sowie der Tatsache, dass er - zumindest im technischen Bereich - über überragendes Fachwissen verfügt, überwiegen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit wurde ab 01. Januar 1996 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Der Anstellungsvertrag vom 01. Januar 1996 und die nachfolgenden Änderungen und Aktualisierungen erlauben aufgrund ihres Inhalts eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Der Kläger erhält ab Beginn der Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) am 01. Januar 1996 von der Beigeladenen zu 1), an der er nach wie vor nicht kapitalbeteiligt ist, ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, das dem Kläger auf sein privates Girokonto, über das er Verfügungsgewalt hat, überwiesen wird. Auf dieses monatliche Entgelt hat der Kläger gemäß § 5 des Anstellungsvertrags auch einen Anspruch. Die mittlerweile erfolgten Erhöhungen ergeben sich aus den Aktualisierungen und Ergänzungen des ursprünglichen Anstellungsvertrags. Diese Vergütungspraxis entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Im Krankheitsfall hatte und hat der Kläger zudem Anspruch auf Lohnfortzahlung für sechs Monate. Außerdem erhält er aufgrund des Nachtrags zum Anstellungsvertrag vom 04. Dezember 2000 eine betriebliche Altersversorgung in Form einer Direktversicherung gezahlt.

Aus dem gezahlten Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe bei der Beigeladenen zu 1) verbucht und für das Lohnsteuer entrichtet wurde, wurden von Anfang an Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung abgeführt. Der Arbeitgeberanteil zur Rentenversicherung wurde nach den vorgelegten Einkommensteuerbescheiden als beschränkt abziehbare Sonderausgabe berücksichtigt, was nach [§ 10 Abs. 3](#) Einkommensteuergesetz (EStG) nur bei Arbeitnehmern vorgesehen ist. Die Einnahmen wurden vom Kläger selbst unter Inanspruchnahme des Arbeitnehmer-Pauschbetrags auch durchgehend als solche aus nicht selbstständiger Arbeit versteuert. Die Verbuchung der Vergütung als Betriebsausgaben und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist ein (weiteres) Indiz für eine abhängige Beschäftigung (SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Bei Aufnahme der Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) am 01. Januar 1996, aber auch in der Folge bis Oktober 2006 (Zeitpunkt eines behaupteten Beraterwechsels), hat offenbar auch kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht und damit des Versicherungsschutzes zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger oder der Einzugsstelle prüfen zu lassen.

Der Kläger ist an der Beigeladenen zu 1) darüber hinaus nicht formal beteiligt. Gesellschafter sind allein K-H und die K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG, wobei die GmbH & Co. KG sich im Familienverbund von K-H befindet und die Firmenanteile entsprechend dem Wunsch des 1996 verstorbenen D. K. auch im Familienverbund geblieben sind. Dies zeigt, dass eine Beteiligung des Klägers an einer Gesellschaft oder den Gesellschaften der Familie der K-H nicht erfolgen sollte und der Kläger nur als "Angestellter" tätig sein sollte.

Damit war und ist der Kläger nicht - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriteriums - am Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 1) beteiligt. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - RdNr. 26). Für die streitige Zeit ergibt sich kein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko des Klägers, da dieser das arbeitsvertraglich geschuldete monatliche Brutto-Arbeitsentgelt erhält und nicht an der Beigeladenen zu 1) beteiligt ist.

Etwas anderes ergibt sich insoweit auch nicht aufgrund der ihm gewährten Tantiemen, da diese zusätzlich neben dem Bruttogehalt gewährt werden. Dies kann dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden. Die Tantiemen erscheinen lediglich als Ausdruck von auch bei Arbeitnehmern, insbesondere bei leitenden Angestellten verbreiteten leistungsorientierter Vergütungsbestandteilen. Die Gefahr, dass der Kläger seine Arbeitskraft und seine Kenntnisse und Erfahrungen für die Beigeladene zu 1) ohne Gegenleistung einzusetzen hätte, bestand nicht (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)). Alleinige Trägerin des Insolvenzrisikos ist und bleibt die Beigeladene zu 1).

Auch dass K-H 70 v.H. der Gesellschaftsanteile der Beigeladenen zu 1) hält und die Beigeladene zu 1) die wirtschaftliche Grundlage der Familie darstellt, führt nicht zu einem Unternehmerrisiko des Klägers. Dies zeigt sich wiederum maßgeblich darin, dass der Kläger unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens seine feste monatliche Vergütung erhält. Mit dieser Vergütung wird die Tätigkeit als solche entgolten.

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass der Kläger "Kopf und Seele" der Beigeladenen zu 1) und für sämtliche Belange der Beigeladenen zu 1) verantwortlich war und ist. Dass der längerfristige Erfolg der Beigeladenen zu 1) auch von den Fähigkeiten des Klägers und seinem Engagement abhängt, unterscheidet seine 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 einsetzen und im Übrigen auch unternehmerische (Teil-)Aufgaben wahrzunehmen haben ([§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3](#) Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG); vgl. Bundesarbeitsgericht (BAG) [NJW 2010, 2746](#)).

Eine Rechtsgrundlage, die die vom Kläger behauptete Weisungsfreiheit für die Beigeladene zu 1) gerechtfertigt hätte, ist nicht erkennbar.

Die Beigeladene zu 1), d.h. deren Gesellschafter, zu denen der Kläger nicht gehört, hätte es in der Hand, 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. deren Gesellschafter aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers und auch aufgrund der zwischen ihnen vorliegenden persönlichen Beziehung dies weitgehend unterlassen, 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 BSGE [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil der Kläger nach seinem Vorbringen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung maßgeblich bestimmt und er in die Entscheidungen einbezogen wurde und wird. Denn die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) haben - wie dargelegt - unabhängig davon, ob sie davon Gebrauch machen oder nicht, die tatsächliche Rechtsmacht, gegebenenfalls andere Entscheidungen zu treffen, und zu verlangen, dass der Kläger für bestimmte Geschäfte vorab ihre Zustimmung einholt. Nicht außer Acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang auch, dass die Mehrheitsgesellschaftlerin und seit 01. Mai 1999 Mitgeschäftsführerin K-H, die aber ab Aufnahme des Betriebs der Beigeladenen zu 1) am 01. Januar 1996 zumindest auf geringfügiger Basis mitgearbeitet hat, als Wirtschaftsingenieurin auch über Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um einen Betrieb zu leiten, und deshalb auch fachlich in der Lage wäre, zwar keine detaillierten technischen aber zumindest kaufmännischen Anweisungen, zu erteilen.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, 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 größeren Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Letztendlich hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit insoweit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. So ist insbesondere die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei hoch qualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Hierzu gehört die Leitung eines Unternehmens, wie sie der Kläger im Betrieb der Beigeladenen zu 1) ausübt. Zudem kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Auch der selbstständige Auftragnehmer (z.B. Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu seinem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

Etwas anderes lässt sich auch nicht damit ins Feld führen, dass auch Gesellschafter-Geschäftsführer nach dem Anstellungsvertrag Anspruch auf Urlaub und Gehaltsfortzahlung haben können, und dass der Kläger seinen Urlaub zu keiner Zeit mit jemanden absprechen musste. Dies vermag insbesondere angesichts des fehlenden Unternehmerrisikos und der Tatsache, dass es die Beigeladene zu 1) rechtlich in der Hand hat, in die Freiheiten des Klägers einzugreifen, nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten, nachdem sie sich zur Sache nicht geäußert hatte und keine Anträge gestellt haben.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-03-30