

L 16 KR 125/09

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 5 KR 234/06
Datum
06.05.2009
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 KR 125/09
Datum
06.05.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 06.05.2009 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im zweiten Rechtszug nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist die Versicherungspflicht des Klägers während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer für die T GmbH (Beigeladene zu 3) ab 15.08.2001.

Der 1966 geborene Kläger war seit 01.04.1999 als Produktionsleiter bei der Beigeladenen zu 3) beschäftigt. Deren Unternehmensgegenstand war damals die Konzeption und Vermarktung von Elementen zur Programmpromotion und Markenentwicklung im Bereich der elektronischen Medien sowie aller damit verbundenen Dienstleistungen. Gründungsgesellschafter waren die T GmbH X mit 35 %, die Das X GmbH G mit 30 % sowie der Kläger, der Zeuge L und die weiteren Gesellschafter I und M mit jeweils 8,75 % Beteiligung am Stammkapital. Der Gesellschaftsvertrag vom 12.04.1999 bestimmte in seinem § 4 Abs. 1, dass die Gesellschaft mindestens zwei Geschäftsführer habe und die Vertretung der Gesellschaft gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen erfolge. Die Ernennung und Abberufung der Geschäftsführer bedurfte eines mit einer Mehrheit von 86% des Stammkapitals gefassten Gesellschafterbeschlusses (§ 4 Abs. 3; § 7), ebenso die ordentliche Kündigung von Arbeitsverträgen, die mit Gesellschaftern der Gesellschaft abgeschlossen waren, wobei dem betroffenen Gesellschafter kein Stimmrecht zustand (§ 7). § 5 des Gesellschaftsvertrages nannte die zustimmungsbedürftigen Geschäfte der Geschäftsführer, für die eine 2/3-Mehrheit erforderlich war. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 238 ff. GA Bezug genommen.

Vertragliche Grundlage der Tätigkeit des Klägers war zunächst eine schriftliche Vereinbarung mit der GmbH vom 29.03.1999, die den Kläger als Arbeitnehmer und die GmbH als Arbeitgeber bezeichnete und nähere Regelungen zum Arbeitsverhältnis wie Entgelt, Urlaubsanspruch etc. beinhaltete. Insoweit wird wegen der Einzelheiten auf Bl. 101 ff. VA verwiesen.

Mit Gesellschafterbeschluss vom 15.08.2001 wurde der Kläger unter Widerruf seiner Prokura zum Geschäftsführer bestellt, der die Gesellschaft gemeinschaftlich mit einem anderen Gesellschafter oder einem Prokuristen vertrat. Sein Arbeitsvertrag wurde jedoch zunächst nicht verändert. Beiträge zur Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung wurden weiterhin an die Beklagte (bis 31.12.2003) abgeführt.

Nach dem Ausscheiden der T GmbH X hielt der Kläger 17,5 % (Meldung an das Registergericht vom 19.09.2003), als auch die Das X GmbH G ausschied, hielt er - wie die drei weiteren verbliebenen Gesellschafter - 25 % der Anteile (Meldung an das Registergericht vom 27.10.2003).

Am 13.11.2003 beschloss die Gesellschafterversammlung, den Gesellschaftsvertrag neu zu fassen und insbesondere den Gegenstand des Unternehmens zu ändern. Neben die verbliebenen Gründungsgesellschafter, deren Stammeinlage nun jeweils 12.300 Euro (= 12 %) betrug, trat die S D GmbH mit 52 % Anteil der Stammeinlage als Mehrheitsgesellschafterin. Nach § 12 Abs. 1 des neuen Gesellschaftsvertrages sind die Geschäftsführer an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden, alle Handlungen und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Geschäfts der Gesellschaft hinausgehen, bedürfen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Gesellschafterbeschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht das Gesetz oder der Vertrag (z.B. für die Abberufung des Geschäftsführers, § 14 Abs. 2) eine andere Mehrheit (qualifizierte Mehrheit = 76 %) vorschreibt. In der Geschäftsordnung vom 12.12.2003 wurde ein Katalog der Handlungen und Maßnahmen aufgestellt, die nur nach vorheriger Zustimmung

durch die Gesellschafterversammlung durchgeführt werden dürfen. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 28-36 und Bl. 46-49 VA verwiesen.

Der Kläger blieb entsprechend dem Geschäftsführervertrag vom 17.11.2003 Geschäftsführer. Dieser Vertrag sieht eine Vergütung vor, die sich aus einem Monatsgehalt und Tantiemen zusammensetzt (§ 2). Der Vertrag regelt außerdem u.a. die Weiterzahlung der Vergütung im Krankheitsfall (§ 4) und den Urlaubsanspruch (§ 7). Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 37-40 VA Bezug genommen. Nach dem Wechsel des Zeugen L zur S D GmbH wurde der Kläger ab 08.05.2005 zum alleinigen Geschäftsführer bestellt.

Am 18.08.2004 beantragte der Kläger bei der Techniker Krankenkasse (TK), bei der er früher gesetzlich krankenversichert gewesen war, die Befreiung von der Sozialversicherungspflicht. Gleichzeitig beantragten er und die Beigeladene zu 3) die Rückerstattung der seit 2001 gezahlten Sozialversicherungsbeiträge. Die TK teilte dem Kläger unter dem 15.09.2004 mit, er sei sozialversicherungsfrei.

Unter dem 21.08.2004/27.09.2004 beantragten der Kläger und die Beigeladene zu 3) bei der Beklagten die Erstattung der ihres Erachtens bis Dezember 2003 zu Unrecht entrichteten Versicherungsbeiträge.

Gegenüber der TK erklärte sich die Beklagte mit Schreiben vom 08.10.2004 zur Prüfung der Sozialversicherungspflicht gemäß §§ 28 ff. Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) für verantwortlich und teilte dies auch dem Kläger und der Beigeladenen zu 3) mit. Die TK bestätigte unter dem 13.05.2005 gegenüber dem Kläger die Zuständigkeit der Beklagten.

Mit Bescheid vom 01.04.2005 entschied die Beklagte gegenüber dem Kläger: Als Einzugsstelle, an die die Arbeitgeberbeiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung gezahlt worden seien, sei sie für die Prüfung der Sozialversicherungspflicht zuständig. Der Kläger sei in seiner Beschäftigung als Gesellschafter-Geschäftsführer für die Beigeladene zu 3) ab Übernahme der Geschäftsführertätigkeit am 15.08.2001 sozialversicherungspflichtig.

Am 21.04.2005 legte der Kläger Widerspruch ein. Zur Begründung schilderte er die Unternehmenshistorie und führte aus: Abweichend von der Geschäftsordnung zum Gesellschaftsvertrag vom 13.11.2003 und dem GmbH-Geschäftsführervertrag vom 17.11.2003 und den dortigen Beschränkungen der Rechtsmacht des Geschäftsführers sei sein Dienstverhältnis als Geschäftsführer tatsächlich wie folgt ausgestaltet gewesen: Die Aufgabenbereiche der beiden Geschäftsführer seien so aufgeteilt gewesen, dass der Zeuge L allein für den kreativen Bereich verantwortlich gewesen sei. Der gesamte Bereich der Administration einschließlich aller maßgeblichen geschäftlichen Entscheidungen im Innen- und Außenverhältnis seien in seinen eigenen, des Klägers, Verantwortungsbereich gefallen. Im Innenbereich habe die gesamte Organisation und Personalverantwortung ihm obliegen. Sämtliche maßgeblichen Entscheidungen habe er in eigener Verantwortung getroffen. Abweichend von der vertraglichen Situation habe es während der gesamten Tätigkeit keine einzige Weisung der Gesellschafter oder des Mitgeschäftsführers gegeben. Er sei hinsichtlich Art, Zeit und Ort seiner Tätigkeit stets weisungsfrei tätig geworden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 21.09.2006 wurde der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen. Trotz weisungsfreier Ausführung der Tätigkeit sei der Kläger in die vorgegebene Ordnung des Betriebes eingegliedert gewesen und habe letztlich der Überwachung durch den Hauptgesellschafter unterlegen.

Mit der am 18.10.2006 zum Sozialgericht Köln (SG) erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt. Er hat die Auffassung vertreten, ab 15.08.2001 nicht abhängig für die Beigeladene zu 3) tätig zu sein und Anspruch auf Erstattung des Arbeitnehmeranteils der bis Dezember 2003 gezahlten Versicherungsbeiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung in Höhe von insgesamt 17.430,19 Euro zu haben. Er hat sich im Wesentlichen auf sein Vorbringen im Widerspruchsverfahren bezogen und ergänzend vorgetragen, dass die Beklagte auch für den Zeugen L die Sozialversicherungspflicht geprüft habe und bei gleichem Sachverhalt zu dem Ergebnis gekommen sei, dass dieser sozialversicherungsfrei sei. Das beim Zeugen von der Beklagten angeführte Argument der Branchenkenntnis und damit des maßgeblichen Einflusses auf die betrieblichen Entscheidungen der GmbH treffe genauso auf ihn zu, weil er im Rahmen seines Aufgabenbereiches auch über die einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge und insofern maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen könne. Der Kläger hat sich ferner auf schriftliche Stellungnahmen der (z.T. früheren) Mitgesellschafter der Beigeladenen zu 3) gestützt.

Das SG hat im Erörterungstermin den Kläger informatorisch und Herrn C L als Zeugen gehört. Wegen des Ergebnisses wird auf die Sitzungsniederschrift vom 03.09.2008 Bezug genommen. Mit Urteil vom 06.05.2009 hat das SG die Klage abgewiesen: Zu Recht habe die Beklagte festgestellt, dass die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 3) in der Zeit seit August 2001 in den Bereichen der Renten- und Arbeitslosenversicherung sozialversicherungspflichtig gewesen sei. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setze eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei 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. Vornehmlich bei Diensten höherer Art könne das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (Hinweis auf BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) - m. w. N.). Aber auch bei einem Minderheitsgesellschafter einer GmbH könne von einer weisungsunabhängigen selbständigen Tätigkeit mit eigenem Unternehmerrisiko nur dann ausgegangen werden, wenn die Abwägung der Umstände des Falles eine tatsächliche Gleichstellung im Verhältnis zum Mehrheitsgesellschafter zulasse. Letzteres sei hier nicht der Fall. Der Kläger habe nur über maximal einen Geschäftsanteil von 25 % verfügt, dies nur für kurze Zeit, die meiste Zeit habe der Anteil 8,75 % beziehungsweise zuletzt 12 % betragen. Eine Sperrminorität habe ihm nicht zugestanden. Es existiere ein schriftlicher Arbeitsvertrag, der nicht gegen eine abhängige Beschäftigung spreche. Der Geschäftsführervertrag verpflichte den Kläger zur Arbeit für die Gesellschaft. Das Alleinvertretungsrecht bei einer kleineren GmbH sei nicht untypisch. Laut Vertrag sei der Kläger verpflichtet, als Geschäftsführer Anweisungen der Gesellschafterversammlung, die tatsächlich stattgefunden habe, auszuführen. Das Gehalt sei ihm bezahlt worden. Die Beteiligten hätten außerdem jahrelang und aus eigenen Stücken das Arbeitsverhältnis des Klägers als abhängiges Beschäftigungsverhältnis gestaltet. In der tatsächlichen jahrelangen Ausgestaltung des Versicherungs- und Vertragsverhältnisses, die zu regelmäßigen Gehaltszahlungen, zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und zur Zahlung von Lohnsteuer sowie zur Verbuchung als Betriebsausgabe geführt hätten, sei der deutliche Wille zur abhängigen Beschäftigung zutage getreten (Hinweis auf Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 18.10.2007 - [L 4 KR 79/06](#) - m.w.N.).

Gegen das am 25.05.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger am 25.06.2009 Berufung eingelegt. Er führt zur Begründung aus: Er sei zwar

stets Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer gewesen, gleichwohl sei er nicht abhängig beschäftigt im Sinne des [§ 7 SGB IV](#) gewesen. Das BSG habe anerkannt, dass es an einer abhängigen Beschäftigung fehlen könne, wenn ein externer Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" könne, wie er wolle, weil er die Gesellschafter persönlich dominiere oder weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig seien (Hinweis auf BSG, Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Dies müsse erst recht für einen Geschäftsführer wie ihn gelten, der zugleich Gesellschafter sei. Es überwögen in seinem Fall die Argumente gegen eine abhängige Beschäftigung. Er sei durchgehend wie der Leiter der GmbH aufgetreten. Der gesamte Bereich der Administration aller geschäftlichen Entscheidungen im Innen- und Außenverhältnis werde von ihm bearbeitet. Ihm obliege die Abwicklung aller geschäftlichen Kontakte der GmbH. Er habe in der gesamten Zeit keine einzige Weisung von Mitgesellschaftern oder der Mitgeschäftsführung erhalten. Vielmehr bestimme er die Arbeitsorganisation weitgehend selbst und erteile selbst Weisungen. Alle maßgeblichen Entscheidungen habe er in eigener Verantwortung getroffen. So habe er umfassende und kostspielige Projekte, wie die Produktion eines kompletten Spielfilms, selbst beschließen und durchführen können. Da er die Gesellschaft selbst mit drei weiteren Bekannten gegründet habe, ähnele sein Fall dem eines früheren Betriebsinhabers, der als Geschäftsführer einer GmbH tätig bleibe. Schließlich scheidet Weisungsgebundenheit bei GmbH-Geschäftsführern aus, die zu gleichen Anteilen mit den übrigen Gesellschaftern am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind und demnach keine Stimmvorrechte haben. Dies treffe zumindest für die Zeit zwischen dem 10.09.2003 und dem 12.11.2003 zu, in der er - ebenso wie die übrigen drei Gesellschafter - 25% der GmbH gehalten habe. Es seien lediglich im Laufe der Jahre die Investoren ausgetauscht worden, den Fortbestand des Unternehmens hätten dem gegenüber die vier Gründungsgesellschafter gesichert. Gegen eine abhängige Beschäftigung spreche auch, dass er hinsichtlich Art, Zeit und Ort seiner Tätigkeit weisungsfrei gewesen sei. Auch habe er bei krankheitsbedingtem Ausfall nie eine Krankmeldung eingereicht. Sein Urlaub sei nach eigener Planung erfolgt, wobei das Jahreskontingent nie ausgeschöpft worden sei. Außerdem habe er zu seinem Grundgehalt eine Vergütung in Form von Tantiemen erhalten. Ferner sei auf seine Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot hinzuweisen. Sowohl er als auch der frühere Geschäftsführer L hätten sich stets als selbständige Unternehmer betrachtet. Sie seien auch bereit gewesen, ein entsprechendes finanzielles Risiko zu übernehmen. Insbesondere hätten sie, um den Start der Gesellschaft zu erleichtern, deutlich niedrigere Gehälter vereinbart, als sie vorher als Freiberufler Einnahmen erzielt hätten. Im Juli 2003, als die Gesellschaft weniger erfolgreich gewesen sei, habe er sein Gehalt eigenständig reduziert. Schließlich sei festzustellen, dass der Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit eindeutig auf Entscheidungen liege, für die kein Gesellschafterbeschluss benötigt werde, so dass aus faktischen Gründen entgegen der Ansicht der Beklagten keine Bindung des Geschäftsführers an die Gesellschafterbeschlüsse bestehe. Von der theoretischen Möglichkeit, Weisungen zu erteilen, sei bislang überhaupt kein Gebrauch gemacht worden. Faktisch sei ihm über Jahre hinweg eine umfassende Befugnis eingeräumt worden. In der gesamten Zeit seien nie außerordentliche Gesellschafterversammlungen abgehalten worden. Auf den jährlichen Gesellschafterversammlungen seien die Tagesordnungspunkte von dem Zeugen L und ihm vorgegeben worden, Investitionen und Geschäftspläne seien stets wie vorgeschlagen verabschiedet worden.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 06.05.2009 und den Bescheid der Beklagten vom 01.04.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.09.2006 aufzuheben und festzustellen, dass er ab 15.08.2001 sozialversicherungsfrei für die T GmbH tätig ist, und ihm Beiträge in Höhe von 17.430,19 Euro zu erstatten.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil und ihre Bescheide für zutreffend. Mit Bescheid vom 18.09.2008 habe sie von der Beigeladenen zu 3) für die Zeit vom 01.01.2004 bis 31.08.2008 Sozialversicherungsbeiträge in einer Gesamthöhe von 75.831,18 Euro nacherhoben.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Streitakten und der Verwaltungsakten der Beklagten, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1), 2) und 5) verhandeln und entscheiden, weil mit der ordnungsgemäß zugestellten Terminsmitteilung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist und Anlass zur Vertagung nicht bestanden hat.

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet.

Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, denn die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind nicht rechtswidrig.

Die Beklagte, an die zuletzt die Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt worden sind, und nicht die TK, bei welcher der Kläger bis zum Überschreiten der Krankenversicherungspflichtgrenze und zum Wechsel in eine private Krankenversicherung zuletzt 1999 gesetzlich krankenversichert gewesen ist, war als Einzugsstelle für die vom Kläger begehrte Feststellung zuständig ([§ 28h SGB IV](#)), worüber zwischen den Beteiligten kein Streit besteht. Sie konnte über den Antrag des Klägers entscheiden, ohne an die abweichende Auffassung der TK gebunden zu sein. Selbst wenn deren Entscheidung trotz offenkundiger Unzuständigkeit und fehlender Beteiligung der betroffenen Sozialleistungsträger ([§ 12 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#)) nicht nichtig ([§ 40 SGB X](#)) gewesen ist, so hat doch die TK selbst später zum Ausdruck gebracht, dass sie sich nicht für zuständig hält und nicht an ihrer Entscheidung festhält; der Bescheid der Beklagten vom 01.04.2005 hebt darüber hinaus die Entscheidung der TK konkludent auf.

Die Beklagte hat mit den angefochtenen Bescheiden zutreffend abgelehnt festzustellen, dass der Kläger ab 15.08.2001 sozialversicherungsfrei für die T GmbH tätig ist, so dass auch kein Anspruch auf Erstattung des Arbeitnehmeranteils der bis zum 31.12.2003 abgeführten Beiträge zu Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung besteht. Der Kläger unterliegt auch nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer der beigeladenen GmbH in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen gemäß [§ 1 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI), [§ 25 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) der Beitragspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG, der der Senat folgt, setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dem gegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

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 "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist 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 (vgl. BSG, Urteil vom 08.08.1990 - [11 RAr 77/89](#) -, - Sozialrecht - (SozR) 3-2400 § 7 Nr. 4; [11 RAr 49/94](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr.18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. BSG, Urteile vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - und vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) - jeweils m.w.N.).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Dies ist grundsätzlich neben seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich (vgl. BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) m.w.N.). Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Bei einem am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das BSG dementsprechend regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben (vgl. BSG, Urteil vom 04.07.2007 - B 11a AL 5/06R -, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#) m.w.N.). Vergleichbares gilt nach der Rechtsprechung des BSG auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile (vgl. [BSGE 23,83](#); BSG SozR Nr. 30 zu § 539 RVO; BSG Beiträge 1975, 60; [BSGE 42, 1, 2](#); BSG USK 82166) noch über eine so genannte Sperrminorität (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#); [BSGE 42, 1, 2](#)) verfügen. Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (vgl. BSG, Urteil vom 04.07.2007 - B 11a AL 5/06R -, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#) m.w.N.).

Die im oben dargestellten Sinne rechtlich relevanten Beziehungen des Klägers und der beigeladenen GmbH bestimmten bzw. bestimmen sich im streitigen Zeitraum ab dem 15.08.2001 nach dem Arbeitsvertrag vom 29.03.1999, dem Geschäftsführervertrag vom 17.11.2003, den Gesellschaftsverträgen vom 12.04.1999 und vom 17.11.2003 sowie der Geschäftsordnung vom 12.12.2003.

In der Phase von der Bestellung zum Geschäftsführer bis zum Abschluss des Geschäftsführervertrags vom 17.11.2003 kam mangels eines Geschäftsführervertrages der "alte" Arbeitsvertrag aus dem Jahre 1999 mit Anpassungen zur Anwendung. Nach diesem Vertrag war der Kläger, obwohl er schon 1999 Anteile erworben hatte, zweifelsfrei abhängig beschäftigt. Er wurde in diesem Vertrag nicht nur ausdrücklich als Arbeitnehmer bezeichnet, hatte Anspruch auf ein Gehalt, das überwiegend als Fixum gewährt wurde, sowie Anspruch auf Urlaub etc., sondern wurde von der Beigeladenen zu 3) auch als Beschäftigter behandelt, wie u.a. durch die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Einbehaltung von Einkommensteuer zum Ausdruck kommt.

An seiner Eigenschaft als Beschäftigter der GmbH hat sich durch die Bestellung zum Geschäftsführer im August 2001 nichts Wesentliches geändert. Denn der GmbH-Geschäftsführer ist weder wegen seiner Organstellung (vgl. [BSGE 13, 196](#), 200) noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend nach der Rechtsprechung des BSG bleibt vielmehr, wie oben ausgeführt, die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter.

Mag der Kläger auch, wie von ihm geschildert und vom Zeugen und von den anderen Mitgesellschaftern bestätigt, schon ab 15.08.2001 die Geschäfte der Gesellschaft als Mitgeschäftsführer wesentlich mitbestimmt und ihre Geschicke mitgelenkt haben, so ist doch nicht erkennbar, woraus die Rechtsmacht des Klägers hätte hergeleitet werden können, um für ihn ungünstige Entscheidungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Auf einen schriftlichen Geschäftsführervertrag hätte diese nicht gestützt werden können und die Stellung als Minderheitsgesellschafter war in Anbetracht der durch die Gesellschaftsanteile vermittelten Stimmrechte zu keinem Zeitpunkt stark genug.

Auch nach dem Ausscheiden der T GmbH X hielt der Kläger, der inzwischen vom Verbot des [§ 181 BGB](#) befreit worden war, lediglich 17,5 % und besaß damit weiterhin nur eine Minderheitsbeteiligung, während die übrigen Gesellschafter zusammen mehr als die qualifizierte Mehrheit inne hatten. Nach dem Ausscheiden der Das X GmbH G besaßen die verbliebenen Gründungsgesellschafter und damit auch der Kläger bis zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages vom 17.11.2003 jeweils 25 % der Anteile. In dieser kurzen Übergangszeit hätten die Gesellschaftsanteile des Klägers zwar ausgereicht, seine Abberufung als Geschäftsführer oder die Erhöhung des Stammkapitals zu

verhindern, weil dafür eine qualifizierte Mehrheit von 86 % erforderlich gewesen wäre (§ 7 des Vertrages vom 12.04.1999). Gegen ihm ungenehme zustimmungsbedürftige Geschäfte des zweiten Geschäftsführers hätte der Kläger jedoch keine rechtliche Handhabe gehabt, weil für solche Geschäfte eine 2/3 - Mehrheit gereicht hätte (§ 7 des Vertrages vom 12.04.1999).

Seit der Neustrukturierung der Beigeladenen zu 3) im November 2003 besitzt der Kläger wieder nur 12 % der Gesellschaftsanteile. Gesellschafterbeschlüsse kann der Kläger auch nach dem neuen Gesellschaftsvertrag (§§ 10, 14) nicht verhindern, weil dafür, soweit nicht ohnehin die einfache Mehrheit ausreichte, eine qualifizierte Mehrheit von 76% ohne seine Stimmrechte (Gesellschaftsanteil 12%) zustande kommen kann. Eine Sperrminorität besteht für ihn also weiterhin nicht.

Ergibt sich danach also aus der Stellung als Gesellschafter auch nach dem 15.08.2001 keine Selbständigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer, so ist mit der oben zitierten Rechtsprechung des BSG im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen und es kommt eine hiervon abweichende Beurteilung nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (vgl. BSG, Urteil vom 04.07.2007 - B 11a AL 5/06R -, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#) m.w.N.). Diese Ausnahmestände sind im Falle des Klägers aber nicht gegeben.

Gemäß § 37 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnisse, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, sofern nichts anderes bestimmt ist, durch Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind. Zum Ausdruck kommt (u.a.) dadurch, dass die Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich dem Geschäftsführer übergeordnet sind. Ansonsten kann der Gesellschaftsvertrag Regelungen treffen, nach denen der Geschäftsführer autonom ist oder nur die Funktion eines reinen Ausführungsorgans besitzt (vgl. Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 37 Rdnr. 1).

Der 2003 geschlossene Gesellschaftsvertrag sieht ausdrücklich vor, dass die Geschäftsführer an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden sind und dass alle Handlungen und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Geschäfts der Gesellschaft hinaus gehen, der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen (§ 12 Abs. 1). Ein Verzicht auf das gesetzliche Weisungsrecht der Gesellschafter (vgl. [§ 47 GmbHG](#)) oder eine Beschränkung auf bestimmte Maßnahmen oder Anlässe ist damit nicht vorgenommen worden. Die Gesellschafterversammlung hat darüber hinaus nach § 12 Abs. 2 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, im Rahmen einer Geschäftsordnung einen Katalog der Handlungen und Maßnahmen aufzustellen, die der Zustimmung bedürfen. Der umfangreiche Katalog der Geschäftsordnung vom 12.12.2003 erweitert für den Kläger nicht die Befugnisse, die üblicherweise einem GmbH-Geschäftsführer zukommen und beinhaltet Beschränkungen, die über die durch das GmbH Vorgegebene hinausgehen. Der Zustimmung bedürfen nämlich nach der Geschäftsordnung z.B. nicht nur "besonders wichtige, risikoreiche, atypische oder außergewöhnliche Geschäfte, Verträge, Maßnahmen oder Handlungen" (IV 4.3 a). Vielmehr muss sogar die Übernahme von Produktionen für ARD, ZDF u.v.m., worin der Art nach das Kerngeschäft der Beigeladenen zu 3) besteht, der S D GmbH angezeigt werden, die aus wichtigem Grund widersprechen kann (IV 4.1 c). Hieran wird i.Ü. die dominierende Stellung der S D GmbH gegenüber dem Geschäftsführer erkennbar, die nicht nur Mehrheitsgesellschafterin, sondern auch die Hauptauftraggeberin der Beigeladenen zu 3) ist (mit ca. 40% des Gesamtumsatzes (vgl. die Bestätigung der T Gesellschafter vom 16.06.2005)) und deren Muttergesellschaft darüber hinaus im Wettbewerb zu sonstigen Auftraggebern der Beigeladenen zu 3) wie ARD und ZDF (u.a.) steht. Dass diese Zustimmung in der Vergangenheit immer erteilt worden ist bzw. als erteilt galt (Punkt IV 4.1 c der Geschäftsordnung), wie der Kläger betont, ändert insoweit nichts entscheidend daran, dass er in wesentlichen Punkten der Kontrolle der Mehrheitsgesellschafterin unterworfen war. Denn ein solcher Zustimmungsvorbehalt ist ein Minus im Vergleich zur Kompetenzübertragung (vgl. Kleindiek a.a.O § 37, Rdnr. 17) und bereits die Verpflichtung zur Anzeige ist Ausdruck und Instrument der Kontrolle.

Die sonstige Ausgestaltung der Geschäftsführerstellung namentlich durch den gegenüber der Geschäftsordnung nachrangigen Geschäftsführervertrag des Klägers weist keine Besonderheiten auf, die ausnahmsweise die Selbständigkeit des Klägers als (Allein-)Geschäftsführer begründen könnten. Der Kläger bezieht ein Entgelt, das im Wesentlichen durch das feste monatliche Gehalt bestimmt wird, er hat ferner Anspruch auf Weiterzahlung der Vergütung im Krankheitsfall und der Vertrag vom 17.11.2003 (§ 4) sieht auch eine Vergütung für den Fall der Teilnahme an einem Heilverfahren der Sozialleistungsträger vor. Diese Regelungen deuten darauf hin, dass die Vertragsparteien noch Ende 2003 von einer Sozialversicherungspflicht ausgegangen sind, sprechen in jedem Fall aber nicht gegen eine abhängige Beschäftigung. Es besteht ferner ein Wettbewerbsverbot für den Kläger (anders als für die Mehrheitsgesellschafterin) und eine Nebentätigkeit war zustimmungsbedürftig. Dass der Kläger im Tagesgeschäft weitgehend weisungsungebunden ist, besagt dem gegenüber ebenso wie die freie Gestaltung der Arbeitszeit bei höheren Diensten in einer kleinen GmbH nicht viel.

Ein echtes Unternehmerrisiko wird nicht dadurch begründet, dass der Kläger neben seinem festen Gehalt Tantiemen erhalten hat. Soweit der Zeuge L und der Kläger im Erörterungstermin vor dem SG als Zeichen ihrer Selbständigkeit angeführt haben, ihre persönliche Haftung habe wegen der Produktion der beiden Filme gedroht, ist dies rechtlich unzutreffend. Die Inkaufnahme einer (anfänglichen) Einkommenseinbuße beim Wechsel von der früheren Beschäftigung oder freiberuflichen Tätigkeit bei einer S-Tochter zur neu gegründeten GmbH ist kein Ausdruck eines Unternehmerrisikos, sondern Folge eines Wechsels der Tätigkeit. Auch eine Hinnahme von gewissen, der Geschäftslage entsprechenden Minderentgelten in 2003, dem Jahr des mehrfachen Gesellschafterwechsels, in welchem die Gesellschaft wohl schwierigere Zeiten zurückgelegt hat, wäre für leitende Angestellte nicht so untypisch, dass sich hieraus ein starkes Indiz für eine Selbständigkeit des Klägers gewinnen ließe. Auf dem Rentenkonto des Klägers hat die Krise der GmbH in 2003 ohnehin keine Spuren hinterlassen. Für den Kläger gebucht sind dort Beiträge nach einem Arbeitsentgelt in Höhe von 61.200 Euro, was der Beitragsbemessungsgrenze des Jahres 2003 entspricht und einen Zuwachs gegenüber 2002 bedeutet (54.000 Euro).

Soweit der Kläger gegenüber der skizzierten Vertragslage geltend macht, die Verträge seien nicht "gelebt" worden, vielmehr habe er letztlich "schalten und walten" können, wie er wollte, ist dies unzutreffend. Denn die Vertragsparteien haben sich ersichtlich an die Verträge gehalten, der Kläger hat als Geschäftsführer insbesondere Gesellschafter-versammlungen einberufen und die von ihm geschuldeten Berichte erstattet. Auf der anderen Seite hat die Beigeladene zu 3) ihrerseits sich an den Vertrag gehalten und dem Kläger das vereinbarte Entgelt gezahlt und i.Ü. bis 31.12.2003 nicht nur Steuern einbehalten, sondern auch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Wenn von der Gesellschafterversammlung stets den Vorlagen und Entscheidungen des Klägers oder seines Mitgeschäftsführers gefolgt worden ist, ist dies Ausdruck seiner fachlichen Kompetenz, nicht aber einer Weisungsfreiheit. Die Nichtausübung eines bestehenden Kontroll- und Weisungsrechts durch die Gesellschafterversammlung oder eines Widerspruchsrechts durch die Mehrheitsgesellschafterin in der

Vergangenheit impliziert nämlich nicht schon die Weisungsungebundenheit des Geschäftsführers. Im Falle eines Konflikts mit der Gesellschafterversammlung bzw. den anderen Gesellschaftern, namentlich der Mehrheitsgesellschafterin, hätte der Kläger aber auch aufgrund seiner Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Kontakte und seiner dadurch begründeten Bedeutung für die Beigeladene zu 3) keine beherrschende Position gehabt, die trotz der vertraglichen Situation faktische Weisungsungebundenheit bedingt hätte. Insoweit hat sich bereits im Zeitpunkt des Ausscheidens des Zeugen L gezeigt, für den ebenfalls eine solche überragende Stellung in der GmbH reklamiert worden war, dass dessen Aufgaben in der Gesellschaft von anderen übernommen werden konnten. Und auch der Kläger hatte anfangs einen Mitgeschäftsführer neben sich und nach dessen Ausscheiden sind neben dem Kläger zwei branchenkundige Prokuristen in der Gesellschaft verblieben, die seit Gründung der GmbH für diese tätig und deren Gesellschafter sind. Auch insoweit lässt sich also nicht feststellen, dass der Kläger die Gesellschafter persönlich dominiert oder diese wirtschaftlich von ihm abhängig sind. Insoweit unterscheidet sich der Fall des Klägers entscheidend von Konstellationen, in denen z.B. in einem kleinen Familienunternehmen nur einer über die betriebsnotwendigen Handwerkskenntnisse verfügt, so dass mit diesem Einen alles steht und fällt. Deshalb zieht der Kläger zu Unrecht die Parallele zu dem Fall eines früheren Betriebsinhabers, der als Geschäftsführer einer GmbH tätig bleibt.

Wenn schließlich der Kläger vorträgt, er habe sich als Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer stets als selbständiger Unternehmer gesehen, kollidiert dies bereits mit der Tatsache, dass er noch als Geschäftsführer der GmbH über zwei Jahre lang für sich selbst Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt hat. Vor allem scheint er mit dieser Sicht sich und die anderen Gesellschafter zu Unrecht mit der GmbH zu identifizieren, was rechtlich deshalb unrichtig ist, weil mit der GmbH eine juristische Person gegründet worden ist, zu der auch Gesellschafter in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und deren Beschäftigte sie sein können.

Insgesamt zeigt sich somit bei der gebotenen Gesamtwürdigung die Einordnung des Klägers in eine von Dritten vorgegebene Ordnung. Die Beklagte hat deshalb die beantragte Feststellung zu Recht abgelehnt. Die bis zum 31.12.2003 gezahlten Beiträge sind damit nicht zu Unrecht entrichtet, sodass ein Erstattungsanspruch des Klägers ausscheidet.

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

Anlass, die Revision zuzulassen, hat nicht bestanden.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-08-04