

L 24 KR 497/06

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
24
1. Instanz
SG Potsdam (BRB)
Aktenzeichen
S 7 KR 118/05
Datum
26.10.2006
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 24 KR 497/06
Datum
27.03.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Potsdam vom 26. Oktober 2006 geändert. Der Bescheid vom 24. Februar 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Mai 2005 wird aufgehoben. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Beteiligten haben einander außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Feststellung, wegen der Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 4 im Zeitraum vom 01. August 1982 bis 31. Januar 1998 nicht als Beschäftigte versicherungspflichtig in der Kranken- und Rentenversicherung, nach dem Recht der Arbeitsförderung und in der Pflegeversicherung gewesen zu sein.

Die 1962 geborene Klägerin ist die Tochter der letzten Geschäftsführer und Liquidatoren der Beigeladenen zu 4. Sie war im Zeitraum vom 01. August 1982 bis 31. Januar 1998 bei der Beigeladenen zu 4 tätig.

Die Beigeladene zu 4 wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 07. März 1973 vom Vater der Klägerin und dessen Bruder als Gesellschafter mit einem Stammkapital von 20.000 DM, wovon die Gesellschafter Stammeinlagen je zur Hälfte übernahmen, gegründet. Gegenstand des Unternehmens war der Betrieb eines Schlüsselfunddienstes sowie die Vermittlung von Kundenaufträgen zur Sicherung von Türschlössern in Zentralschließanlagen. Als jeweils alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer wurden diese Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen. Nachdem diese Gesellschafter und die Mutter der Klägerin im nicht in notarieller Form geschlossenen Gesellschaftsvertrag vom 28. März 1979 geregelt hatten, dass am 30. März 1979 der Vater der Klägerin als Geschäftsführer und Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und dessen Geschäftsanteile auf die Mutter der Klägerin übergehen, wurde im September 1979 im Handelsregister eingetragen, dass der Vater nicht mehr Geschäftsführer und die Mutter - gemäß der Vereinbarung in diesem Gesellschaftsvertrag - zur weiteren Geschäftsführerin bei gemeinsamer Vertretungsbefugnis mit allen anderen Geschäftsführern bestellt ist. Nach der im April 1995 erfolgten Eintragung ins Handelsregister ist anstelle des Onkels der Klägerin nunmehr ihr Vater Geschäftsführer mit Alleinvertretungsbefugnis. Am 14. Juli 1998 wurde ins Handelsregister eingetragen, dass die Beigeladene zu 4 infolge rechtskräftiger Abweisung eines Antrages auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse auf Grund § 1 des Gesetzes vom 09. Oktober 1934 aufgelöst ist.

Im Februar 2004 stellte die Klägerin Antrag auf sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ihrer o. g. Tätigkeit. Sie sei nicht an Zeit, Ort und Art ihrer weisungsfreien Tätigkeit gebunden gewesen. Außerdem habe sie uneingeschränkte Handlungsvollmacht nach [§ 54 Handelsgesetzbuch \(HGB\)](#) gehabt. Sie habe ihre Tätigkeit im Unternehmen gleichberechtigt zu ihren Eltern versehen. Sie sei mit der Geschäftsleitung in sämtlichen Geschäftsbereichen betraut gewesen. Es habe sich um eine so genannte Familien-GmbH gehandelt. Dementsprechend sei auch der nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligte mitarbeitende Familienangehörige nicht zwingend sozialversicherungspflichtig. Ihre Weisungsfreiheit sowie ihr gleichberechtigtes Mitwirken am Fortkommen des Familienunternehmens rechtfertigten Zweifel am Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses. Die Beklagte habe daher festzustellen, dass die Klägerin nicht der Versicherungspflicht unterlegen habe. In Feststellungsbögen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen (insbesondere vom 25. November 2004) hat die Klägerin weitere Angaben gemacht. Sie hat außerdem die Bestätigung ihrer Mutter vom 25. November 2004 zur Handlungsvollmacht vorgelegt.

Mit Bescheid vom 24. Februar 2005 stellte die Beklagte fest, dass es bei der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung verbleibe. Die Klägerin sei als Angestellte mit einem angemessenen Arbeitsentgelt beschäftigt gewesen. Die Gesamtsozialversicherungsbeiträge seien jahrelang anstandslos entrichtet worden. Weder sei die Klägerin an der GmbH beteiligt, noch

deren Geschäftsführerin gewesen oder habe Prokura gehabt.

Den dagegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 10. Mai 2005 zurück: Fremdgeschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung stünden regelmäßig in einem Beschäftigungsverhältnis. Dies gelte erst recht für einfache Mitarbeiter. Bei einer Familien-GmbH könne zwar ausnahmsweise ein Beschäftigungsverhältnis des Geschäftsführers ausgeschlossen sein. Ein solcher Sachverhalt liege im Fall der Klägerin jedoch nicht vor. Sie sei nach ihren eigenen Angaben in den Betrieb eingegliedert gewesen. Das mögliche Fehlen konkreter Einzelanweisungen im Tagesgeschäft sei nicht wesentlich, da gerade bei Diensten höherer Art eine weitgehende Unabhängigkeit von direkten Weisungen bestehen könne. Ein echtes Unternehmerrisiko sei gleichfalls nicht erkennbar.

Dagegen hat die Klägerin am 10. Juni 2005 beim Sozialgericht Potsdam Klage erhoben.

Sie hat vorgetragen, nach Beendigung ihrer von Oktober 1980 bis Juni 1982 absolvierten Ausbildung zur Auslandskorrespondentin von August 1982 bis Januar 1998 die Geschäftsleitung der Beigeladenen zu 4 tatsächlich inne gehabt zu haben. Im August 1982 habe sich ihr Vater aus dem Geschäftsleben zurückgezogen. Ihr Onkel lebe dauerhaft im Ausland. Ihre Mutter sei niemals in die Geschäfte der Gesellschaft einbezogen gewesen und habe insbesondere zu keinem Zeitpunkt Bankvollmacht gehabt. Die Klägerin habe sämtliche Entscheidungen für die Gesellschaft ohne vorherige Absprache getroffen. Sie habe sämtliche Anschaffungen für die Gesellschaft selbständig und eigenverantwortlich getätigt. Sie habe sämtliche Arbeiten, welche die Büroorganisation betroffen habe, wie Organisation der Post, der Kundenkartei und der Kundenbetreuung erledigt. Sie sei für die Zeichnung von Vertragsabschlüssen, für die Buchhaltung und die Bilanzerstellung verantwortlich gewesen. Außerdem habe sie die Konten der Familiengesellschaft verwaltet. Sie sei gegenüber sämtlichen Banken bevollmächtigt gewesen. Für das Konto der Beigeladenen zu 4 sei sie jedoch nicht gleich von Anfang an, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt allein kontoberechtigt gewesen. Ihr monatliches Entgelt habe zuletzt 4.303 Euro (gemeint: DM - siehe Versicherungsverlauf das Jahr 1997 betreffend) Brutto betragen. Neben der Beigeladenen zu 4 habe die Familie eine Einzelfirma mit der Bezeichnung "H" unterhalten. Es habe sich um einen Zweitzbetrieb der Familie gehandelt, ohne dass zunächst ein Geschäftsbetrieb geführt worden sei. Im Jahre 1997 habe die Klägerin beschlossen, dieses Einzelunternehmen mit identischem Geschäftsgegenstand, allerdings um den Handel mit Unterhaltungselektronik erweitert, anstelle der Beigeladenen zu 4 fortzuführen. Deswegen habe sie im Mai 1997 ein entsprechendes Gewerbe angezeigt und damit begonnen, das Geschäft aufzubauen, sowie anschließend die Beigeladene zu 4 liquidiert. Im Betrieb seien weitere Angestellte nicht beschäftigt gewesen. Betriebsprüfungsberichte seien nicht mehr vorhanden.

Die Klägerin hat beantragt,

unter Aufhebung des Bescheides vom 24. Februar 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Mai 2005 festzustellen, dass die Klägerin in der Zeit vom 01. August 1982 bis 31. Januar 1998 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 1 haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beigeladene zu 2 hat sich nicht weiter geäußert.

Mit Urteil vom 26. Oktober 2006 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen: Die Klägerin habe in einem Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 4 gestanden. Sie habe eine fremdbestimmte Dienstleistung erbracht und kein Unternehmerrisiko getragen.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 20. November 2006 zugestellte Urteil richtet sich die am 27. November 2006 eingelegte Berufung der Klägerin.

Sie rügt eine unzureichende Sachverhaltsermittlung und eine einseitige Beweiswürdigung der Einzelfallumstände. Sie sei nicht in den Betrieb eingegliedert gewesen. Sie habe über sämtliche Anschaffungen für die Gesellschaft entschieden. So habe sie Mitte der 80er Jahren das Unternehmen auf EDV-Betrieb umgestellt. Ab diesem Zeitpunkt habe ihr Vater keinen Einblick in den Geschäftsbetrieb nehmen können, da er den Umgang mit Computertechnik nicht beherrscht habe. Es habe niemanden gegeben, der ihr eine betriebliche Ordnung hätte vorgeben können. Für die Annahme von Weisungsfreiheit komme es nicht darauf an, ob ein Direktivrecht rein rechtlich bestanden habe, denn hiervon sei in der Praxis kein Gebrauch gemacht worden. Soweit im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren vorgetragen worden sei, die im Betrieb anfallenden Tätigkeiten seien während der gemeinsamen Zeit von Eltern und Klägerin gemeinsam gleichberechtigt zu ihren Eltern arbeitsteilig verrichtet worden, werde dies berichtigt. Dies beziehe sich auf die weitere Firma "Hansa", die es seit 1952 gebe und in der sie in der Zeit ab 1993 gemeinsam mit ihren Eltern gearbeitet habe. Während ihrer gesamten Tätigkeit habe sie keinen Urlaub in Anspruch genommen. Eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sei nicht erfolgt. Selbst bei Krankheit habe sie im Betrieb gearbeitet. Die steuerrechtliche Behandlung als Angehörigen-Arbeitsverhältnis sei nicht entscheidend. Objektivierende Dokumente über die geschäftlichen Handlungen der Klägerin für die Beigeladene zu 4 existierten nicht. Die wesentlichen Angelegenheiten im Betrieb seien über Telefon abgewickelt worden. Für die Klage bestehe auch ein Rechtsschutzbedürfnis. Zumindest ein Erstattungsanspruch wegen zu Unrecht zur Rentenversicherung entrichteter Beiträge sei nicht verjährt, da die Rentenversicherungsträger nach Feststellung der Versicherungsfreiheit auf Antrag die infolge dessen zu Unrecht entrichteten Beiträge beanstandeten. Eine mögliche Verjährungseinrede bezüglich der nach dem Recht der Arbeitsförderung gezahlten Beiträge stehe allein der Beigeladenen zu 2 in einem ggf. nachfolgenden Erstattungsverfahren, nicht jedoch der Beklagten zu.

Die Klägerin hat die Gesellschaftsverträge vom 07. März 1973 und 28. März 1979 vorgelegt.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Potsdam vom 26. Oktober 2006 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides vom 24. Februar 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Mai 2005 festzustellen, dass die Klägerin in der Zeit vom 01. August 1982 bis 31. Januar 1998 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen. Sie verweist darauf, dass die Klägerin seinerzeit als Arbeitnehmerin angemeldet worden sei. Wenn deren Stellung im Betrieb tatsächlich die der Verantwortlichen gewesen sei, hätte es nahe gelegen, sie zur Geschäftsführerin zu berufen. Da dies jedoch nicht geschehen sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie Kopf des Betriebes gewesen sei. Der nunmehr aufgetretene Motivwechsel hinsichtlich der Beurteilung dieser Tätigkeit könne jedenfalls nicht zu Lasten der Solidargemeinschaft gehen. Berichte über Betriebsprüfungen seien nicht (mehr) vorhanden. Trotz Verwendung unterschiedlicher Betriebsnummern sei wegen des Fehlens von An- und Abmeldungen und der Abgabe von Jahresmeldungen davon auszugehen, dass die Klägerin durchgehend bei der Beigeladenen zu 4 beschäftigt gewesen sei.

Die Beigeladene zu 1 weist unter Beifügung eines Versicherungsverlaufes darauf hin, dass ab 01. Oktober 1982 Pflichtbeiträge von der Beklagten im maschinellen Verfahren, und zwar vom 01. Oktober 1982 bis 31. Dezember 1982, vom 01. Januar 1984 bis 31. Dezember 1986, vom 01. Januar 1990 bis 10. Juli 1996 und vom 19. Oktober 1996 bis 31. Januar 1998 unter der Betriebsnummer der Beigeladenen zu 4 und im Zeitraum vom 01. Januar 1983 bis 31. Dezember 1983 und vom 01. Januar 1986 bis 31. Dezember 1989 unter der Betriebsnummer der Firma M B & gemeldet worden seien.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Der Senat hat die Auskunft der Steuerberaterin M S vom (Eingang) 22. Mai 2007 eingeholt. Er hat außerdem Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des T S als Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf Anlage 1 zur Sitzungsniederschrift vom 27. März 2008 verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 1, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist im Wesentlichen unbegründet.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, soweit die Klägerin Feststellung begehrt, dass sie wegen ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 4 in der Zeit vom 01. August 1982 bis 31. Januar 1998 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag, denn dies ist nicht bewiesen. Es ist allerdings gleichfalls nicht bewiesen, dass insoweit eine Pflichtversicherung vorlag, so dass der Bescheid vom 24. Februar 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Mai 2005 insoweit aufzuheben ist. Ob dieser Bescheid auch deswegen in diesem Umfang der Aufhebung anheim fällt, weil er über den Antrag der Klägerin hinausgeht, kann offen bleiben.

Die kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage ist zulässig. Insbesondere fehlt ihr nicht das Rechtsschutzbedürfnis (a. A. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 08. März 2005 – [L 11 KR 2015/04](#) für den Fall der Verjährung aller Beitragserstattungsansprüche), denn die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, nämlich einer nicht bestandenen Versicherungspflicht (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG). Ausreichend ist insoweit jedes nach der Sachlage vernünftigerweise gerechtfertigte Interesse, das rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art sein kann (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 8 Auflage, § 55 Rdnr. 15a). Wegen der Subsidiarität der Feststellungsklage darf die Klägerin ihr Klageziel allerdings nicht einfacher mit einer Anfechtungs- und Leistungsklage erreichen können (vgl. Meyer-Ladewig, a.a.O., § 55 Rdnrn 3, 19b-d).

Diese Voraussetzungen liegen vor.

Die Beklagte ist als Einzugsstelle berechtigt und verpflichtet, insbesondere über das Nichtvorliegen von Versicherungspflicht zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu entscheiden.

Nach § 28 h Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle, also die Krankenkasse, an die der Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen ist, über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Sie erlässt auch den Widerspruchsbescheid. Diese Befugnis beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Beiträge noch nicht entrichtet sind, die Beteiligten aber vorab eine Klärung ihrer Rechte und Pflichten beantragen, sondern gilt auch dann, wenn Beiträge bereits an die Einzugsstelle abgeführt worden sind. Dabei ist die Einzugsstelle weder durch das Recht des Rentenversicherungsträgers zur Beanstandung entrichteter Beiträge noch durch die Zuständigkeit der Rentenversicherungsträger und der Bundesagentur für Arbeit zur Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge gehindert, über Versicherungspflicht, Beitragspflicht und Beitragshöhe in der Renten- und Arbeitslosenversicherung zu entscheiden. Diese umfassende Entscheidungszuständigkeit soll für alle Zweige der Sozialversicherung eine einheitliche Beurteilung des jeweiligen Beschäftigungsverhältnisses und der beitragspflichtigen Einkünfte sicherstellen, und zwar sowohl für die Vergangenheit wie für die Zukunft (Bundessozialgericht - BSG -, Urteil vom 11. Dezember 1987 - [12 RK 22/86](#), abgedruckt in [SozR 2200 § 385 Nr. 18](#) = [BSGE 62, 281](#)). Dies gilt mit der Einführung der Pflegeversicherung seither auch insoweit.

Das Interesse desjenigen, der die Feststellung beantragt, dass keine Versicherungspflicht bestanden hat, geht regelmäßig auf Rückzahlung dieser Beiträge, denn nach [§ 26 Abs. 2](#) erster Halbsatz SGB IV sind zu Unrecht entrichtete Beiträge grundsätzlich zu erstatten. Für diese Erstattung ist die Einzugsstelle jedoch nur zuständig, soweit es das Gesetz vorsieht.

Die Pflichtbeiträge zur Krankenversicherung werden von der Einzugsstelle erstattet, denn diese führt die Krankenversicherung durch ([§ 28 i Satz 1 SGB IV](#)). Nach [§ 211 Satz 1 SGB VI](#) erfolgt die Erstattung zu Unrecht gezahlter (Pflicht)Beiträge zur Rentenversicherung ([§ 26 Abs. 2](#) und 3 SGB IV) abweichend von den Regeln des Dritten Kapitels SGB VI durch die zuständige Einzugsstelle (nur), wenn der Erstattungsanspruch noch nicht verjährt ist und die Beiträge vom Träger der Rentenversicherung noch nicht beanstandet worden sind, wenn

die Träger der Rentenversicherung dies mit den Einzugsstellen vereinbart haben. Nach [§ 351 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 1 SGB III](#) werden die zu Unrecht nach dem Recht der Arbeitsförderung gezahlten (Pflicht)Beiträge durch die zuständige Einzugsstelle (nur) erstattet, soweit die Bundesagentur dies mit den Einzugsstellen vereinbart hat.

Damit bedarf es zwar nach der Entscheidung der Einzugsstelle über das Nichtbestehen von Versicherungspflicht weiterer Verwaltungsverfahren bei den einzelnen Versicherungsträgern. Gegen deren ablehnende Bescheide wären Anfechtungs- und Leistungsklagen zulässig. Allerdings wird durch eine vorangegangene Anfechtungs- und Feststellungsklage gegen die Einzugsstelle die Rechtsposition des Erstattung begehrenden Berechtigten insoweit verbessert, als die einzelnen Versicherungsträger im Erstattungsverfahren nicht mehr geltend machen können, es habe Versicherungspflicht bestanden, denn sie sind als notwendig beizuladende Versicherungsträger im gerichtlichen Verfahren gegen die Einzugsstelle wegen der Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung ([§ 75 Abs. 2](#) erste Alternative SGG) an die in jenem Verfahren ergangene gerichtliche Entscheidung gebunden. Das berechnete Interesse der Klägerin für die Anfechtungs- und Feststellungsklage gegenüber der Einzugsstelle besteht mithin darin, in einem einzigen gerichtlichen Verfahren gegenüber allen Versicherungsträgern das Nichtbestehen von Versicherungspflicht klären zu lassen (vgl. Meyer-Ladewig, a.a.O., § 55 Rdnr 19c).

Diese Klage ist jedoch unbegründet, denn dass im streitigen Zeitraum vom 01. August 1982 bis 31. Januar 1998 Versicherungspflicht zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung nicht bestand, ist nicht bewiesen.

In der Krankenversicherung sind nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, versicherungspflichtig. Nach § 165 Abs. 1 Nr. 2 Reichsversicherungsordnung (RVO) waren für den Fall der Krankheit Angestellte versichert, wenn ihr regelmäßiger Jahresarbeitsverdienst 75 v. H. der für Jahresbezüge in der Rentenversicherung der Arbeiter geltenden Beitragsbemessungsgrenze (§ 1385 Abs. 2 RVO) nicht überstieg. In der Rentenversicherung sind nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) u. a. Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, versicherungspflichtig. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Angestelltenversicherungsgesetz (AVG) waren in der Rentenversicherung der Angestellten alle Personen versichert, die als Angestellte (§ 3 AVG) gegen Entgelt (§ 160 RVO) oder die als Lehrling oder sonst zu ihrer Ausbildung für den Beruf eines Angestellten beschäftigt waren. Nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) sind nach dem Recht der Arbeitsförderung Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (versicherungspflichtige Beschäftigung) versicherungspflichtig. Nach § 168 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) waren beitragspflichtig Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt waren (Arbeitnehmer), soweit sie nicht nach den §§ 169 und 169 c AFG oder einer Rechtsverordnung nach § 173 Abs. 1 AFG beitragsfrei waren. In der sozialen Pflegeversicherung sind nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) erster Halbsatz SGB XI die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig. Dies sind Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind.

Die genannten Vorschriften knüpfen alle am Begriff der Beschäftigung an. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Mit [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) wird die ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Sozialversicherung aufgegriffen. Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in einen fremden Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung. Das Weisungsrecht kann zwar dabei erheblich eingeschränkt sein, wie das insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist; es darf jedoch nicht vollständig entfallen. Es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, also eine solche, die in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgeht. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte in dem Sinne, dass die Ordnung des Betriebes selbst bestimmt wird, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (vgl. BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 8/01 R](#), abgedruckt in SozR 3 2400 § 7 Nr. 19; BSG, Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 AR 25/86](#)).

Diese Grundsätze gelten nach ständiger Rechtsprechung des BSG auch bei Organen juristischer Personen. Ein maßgeblicher rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung schließt ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinne aus, wenn der Gesellschafter damit Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte. Eine derartige Rechtsmacht haben GmbH-Gesellschafter regelmäßig dann, wenn sie zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft sind und mindestens 50 v. H. des Stammkapitals innehaben. Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung geringer ist, kann sich aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Rechtsmacht ergeben, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#), abgedruckt in [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#) m.w.N.).

Ein GmbH-Gesellschafter, der in der GmbH angestellt und nicht zum Geschäftsführer bestellt ist, besitzt allein aufgrund seiner gesetzlichen Gesellschaftsrechte nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben oder abzuschwächen. Vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ist die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Angestellten der GmbH nämlich Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung. Der Geschäftsführer der GmbH ist zugleich nach § 41 Abs. 1 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) verpflichtet, für die ordnungsgemäße Buchführung der Gesellschaft zu sorgen (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#)).

Der Geschäftsführer einer GmbH, der am Stammkapital nicht beteiligt ist, ist demnach grundsätzlich abhängig Beschäftigter der GmbH und versicherungspflichtig, denn er verfügt nicht einmal über gesetzliche Gesellschaftsrechte, aus denen die Rechtsmacht resultiert, der Weisungsgebundenheit zu entgehen (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#), abgedruckt in [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)).

Eine Beschäftigung ist demzufolge erst recht anzunehmen, wenn die für die GmbH tätige Person weder deren Geschäftsführer noch an dieser Gesellschaft beteiligt ist.

Ein solcher Sachverhalt liegt hier vor. Die Klägerin war nach dem Auszug aus dem Handelsregister nie Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 4, noch war sie nach den vorgelegten Gesellschaftsverträgen deren (Mit)Gesellschafterin.

Nach ihren Angaben waren im streitigen Zeitraum bei der Beigeladenen zu 4 keine weiteren Personen tätig, so dass sie alle im Betrieb anfallenden Aufgaben habe wahrnehmen müssen, insbesondere habe sie die Geschäftsleitung faktisch inne gehabt habe. Dies ändert allerdings nichts daran, dass sie rechtlich an die Weisungen der Geschäftsführer gebunden war.

Unbeachtlich ist gleichfalls, dass ihr seit Beginn ihrer Tätigkeit mündliche Handlungsvollmacht nach [§ 54 HGB](#) erteilt war, die sie in der Praxis auch ausübte (so die Bestätigung ihrer Mutter und Mitgeschäftsführerin der Beigeladenen zu 4 vom 25. November 2004). Nach [§ 54 Abs. 1 HGB](#) gilt: Ist jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörenden Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehörender Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartigen Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Diese Handlungsvollmacht erklärt, dass die Klägerin ohne Einwilligung oder Genehmigung der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4 berechtigt war, ihrem Ehemann, dem Zeugen TS, wie dieser bekundet hat, Aufgaben wie Botendienste zu erteilen, also 1 bis 2 mal wöchentlich Briefe und Pakete zur Post zu bringen sowie Briefmarken dort zu kaufen. Wegen dieser Handlungsvollmacht unterstellt der Senat als wahr, so dass es des angebotenen Zeugenbeweises (RG. P und M S) nicht bedarf und stellt die hinreichende Begründung dafür dar, dass der benannte Zeuge P seine Vorgaben bei den Vorbereitungen der Durchführung von Buchführungsaufgaben im gesamten Zeitraum 1982 bis 1998 von der Klägerin erhielt und dass die Steuerberaterin MS sämtliche Arbeiten, die sie für die Beigeladene zu 4 verrichtete, mit der Klägerin und auf deren Anweisung erfüllte, ohne jemals entsprechende Aufträge von den Geschäftsführern der Beigeladenen zu 4 erhalten zu haben.

Der Handlungsvollmacht bedarf aber gerade eine Person, die nicht Geschäftsführer ist und der auch nicht die umfassendere Vollmacht der Prokura ([§ 49 Abs. 1 HGB](#)) erteilt worden ist. Das Vorliegen einer Handlungsvollmacht, die typischer Weise auch ein leitender Angestellter hat, spricht mithin eher für eine Beschäftigung als für eine selbständige Tätigkeit.

Gleichwohl kann ausnahmsweise eine rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ausscheidet. Ob eine solche Überlagerung vorliegt, ist anhand einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles zu entscheiden (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#)). Dabei kann wesentlich sein, ob die in der GmbH tätige Person die Gesellschafter persönlich dominiert oder ob diese wirtschaftlich von ihr abhängig sind (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#)). Ein erhebliches wirtschaftliches Interesse am Erfolg der GmbH, das über das Interesse einer sonstigen abhängig beschäftigten Person hinausgeht, kann ebenfalls auf eine solche Überlagerung hindeuten (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#); vgl. auch BSG, Urteil vom 23. September 1982 - [10 RAr 10/81](#), abgedruckt in SozR 2100 § 7 Nr. 7).

Ob eine persönliche Abhängigkeit gegenüber den Gesellschaftern der GmbH besteht, ist nicht allein danach zu beurteilen, inwieweit die für die GmbH tätige Person an Entscheidungen der Gesellschafter gebunden ist, die den Inhalt seiner Tätigkeit betreffen, denn solchen Bindungen unterliegen Beschäftigte ebenso wie selbständig Beauftragte (Dienstverpflichtete), die Geschäfte für andere zu besorgen haben (BSG, Urteil vom 24. Juni 1982 - [12 RK 45/80](#), abgedruckt in USK 82160). Insbesondere bei Diensten höherer Art können solche Bindungen in beiden Fällen erheblich eingeschränkt sein.

Wesentlicher ist vielmehr, ob der äußere Rahmen der Tätigkeit, insbesondere was Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung betrifft, durch einseitige Weisungen der Gesellschafter (und auch der Geschäftsführer bei sonstigen in der Gesellschaft tätigen Personen) geregelt wird oder geregelt werden kann. Dabei kommt es nicht so sehr auf den Wortlaut der einschlägigen Regelungen im Gesellschafts- und/oder im Anstellungsvertrag an, sondern vor allem auf die praktische Durchführung dieser Regelungen im Leben der Gesellschaft (BSG, Urteil vom 24. Juni 1982 - [12 RK 45/80](#)). Bei einem Geschäftsführer einer Familiengesellschaft können auch ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass eine Beschäftigung nicht besteht. Dies kann insbesondere gelten, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist und die Höhe seiner Bezüge auch von der Ertragslage der Gesellschaft abhängig ist. Die in einer derartigen Familiengesellschaft vorliegende Verbundenheit zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer kann zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander schaffen und einen Einklang der Interessen bewirken. Im Einzelfall können die familiären Beziehungen dazu führen, dass die Geschäftsführertätigkeit überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahmen geprägt wird und es an der Ausübung einer Direktion durch die Gesellschafter völlig mangelt. Ob eine derartige Sachlage gegeben ist, hängt davon ab, in welchem Umfang der Gesellschafts- bzw. Anstellungsvertrag eine Einflussnahme auf die konkrete Geschäftsführertätigkeit gestattet und inwieweit der äußere Rahmen dieser Tätigkeit durch einseitige Weisung der Gesellschafter auch tatsächlich geregelt wird. Gewichtige Indizien für einen Gleichklang der Interessen zwischen Gesellschafter und dem nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer und für eine fehlende Weisungsbefugnis können daneben der Errichtungszweck der Gesellschaft und die Nähe der verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und den Gesellschaftern sein, insbesondere bei einer Ein-Mann-Gesellschaft. Ergibt daher eine Gesamtwürdigung der Umstände, dass der Geschäftsführer aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Allein inhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne dass ihn der oder die Gesellschafter daran hinderten, fehlt es an der für eine beitragspflichtige Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzungen der persönlichen Abhängigkeit (BSG, Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#), abgedruckt in USK 87170, 4 m.w.N.). Gleiches kann gelten, wenn zwar ein Gesellschafter-Geschäftsführer vorhanden ist, die tatsächliche Leitung der GmbH aber einer Person überlassen wird, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist (BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - [11 RAr 47/88](#), abgedruckt in [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#)).

Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens, einschließlich des Vortrags der Beteiligten, kann sich der Senat nicht davon überzeugen, dass die Klägerin im Zeitraum vom 01. August 1982 bis 31. Januar 1998 bei der Beigeladenen zu 4 nicht beschäftigt war. Die Behauptung der Klägerin, keinerlei Weisungen hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort ihrer Arbeitsleistung unterworfen gewesen zu sein, ist nicht glaubhaft. Im Feststellungsbogen vom 25. November 2004 gab die Klägerin zwar an, in den Betrieb nicht wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert gewesen zu sein. Sie sei an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit nicht gebunden gewesen; das Weisungsrecht sei tatsächlich nicht ausgeübt worden. Sie habe ihre Tätigkeit frei bestimmen und gestalten können. Gleichzeitig wurde jedoch mitgeteilt, sie habe bei der Führung des Betriebes (nur) mitgewirkt, ihre Mitarbeit sei durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander

zum Betriebsinhaber geprägt gewesen. Im Widerspruchsverfahren wurde dann immerhin noch vorgetragen, dass sie stets eigenverantwortlich und allenfalls in gleichberechtigter Abstimmung zu ihren Eltern im Betrieb tätig gewesen sei. Im Klageverfahren schließlich ist dem entgegengesetzt vorgetragen worden, sämtliche Entscheidungen ohne Absprache mit der Familie getroffen zu haben. Diese Unstimmigkeiten lassen sich nicht damit erklären, wie die Klägerin meint, dass sie lediglich eine juristisch ungeschulte durchschnittliche Formularadressatin sei. Im Feststellungsbogen vom 25. November 2004 gab die Klägerin gerade nicht lediglich durch Ankreuzen der jeweiligen Frage, sondern mit eigenen Worten ein "gleichberechtigtes Führen sämtlicher Geschäftsbereiche" an. Ihre Erklärungsversuche in der mündlichen Verhandlung, dafür eine nachvollziehbare Begründung zu geben, haben sich als untauglich erwiesen, denn die Klägerin hat sich damit in einen weiteren Widerspruch verwickelt. Sie hat insoweit behauptet, die gemeinsame Zeit eines gleichberechtigten Führens sämtlicher Geschäftsbereiche habe sich auf die weitere Firma "H" bezogen, die es seit 1952 gebe und in der sie ab 1993 gemeinsam mit ihren Eltern gearbeitet habe. Unabhängig davon, dass diese weitere Firma überhaupt nicht Gegenstand des Antrages auf sozialversicherungsrechtliche Beurteilung und der Angaben im Feststellungsbogen vom 25. November 2004 war, denn dort wird sich ausschließlich auf die Beigeladene zu 4 bzw. die GmbH bezogen, und dass auch im anschließenden Widerspruchsverfahren sich das gesamte Vorbringen auf die GmbH beschränkte, widerspricht dies dem erstinstanzlichen Vorbringen. Danach habe die Familie zwar eine Einzelfirma mit der Bezeichnung "H" unterhalten. Es habe sich um einen Zweitebetrieb der Familie gehandelt, ohne dass jedoch zunächst ein Geschäftsbetrieb geführt worden sei. (Erst) im Jahre 1997 habe die Klägerin beschlossen, dieses Einzelunternehmen mit identischem Geschäftsgegenstand, allerdings um den Handel mit Unterhaltselektronik erweitert, anstelle der Beigeladenen zu 4 fortzuführen, weswegen im Mai 1997 ein entsprechendes Gewerbe angezeigt und damit begonnen worden sei, dieses Geschäft aufzubauen. Nachvollziehbar ist, dass die Klägerin nicht zur selben Zeit zwei Betriebe mit demselben Geschäftsgegenstand geführt hat. Angesichts dessen ist der Senat nicht davon überzeugt, dass die Klägerin zusammen mit ihren Eltern die Firma "H" seit 1993 gemeinsam führte. Die vermeintliche Richtigstellung in der mündlichen Verhandlung erachtet der Senat daher als untauglichen Versuch, den widersprüchlichen Vortrag zu glätten.

Das weitere Vorbringen der Klägerin ist nicht geeignet, die Weisungsunabhängigkeit zu belegen.

Soweit die Klägerin der Ansicht ist, allein daraus, dass sie im Betrieb alle anfallenden Aufgaben erledigte - wovon der Senat ausgeht, auch wenn der Zeuge T S lediglich bekundet hat, gesehen zu haben, dass die Klägerin Kunden bediente und Rechnungen schrieb - ergäbe sich ihr maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke des Betriebes, ist dies unzutreffend. Es muss berücksichtigt werden, dass es sich bei der Beigeladenen zu 4 um ein Kleinunternehmen handelte, denn nach dem Vorbringen der Klägerin wie auch den Bekundungen des Zeugen TS waren weitere Personen dort nicht beschäftigt. Ohne die Mitarbeit der Klägerin hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen, wie die Klägerin im Feststellungsbogen vom 25. November 2004 angab. Diese familienfremde Person hätte dieselben Aufgaben wahrnehmen müssen. Es kommt somit nicht notwendigerweise auf den Umfang der Aufgaben an, sondern wesentlich darauf, ob und inwieweit die Geschäftsführer bzw. Gesellschafter der Beigeladenen zu 4 auf diese Tätigkeit inhaltlich einwirkten und die Ordnung im Betrieb vorgaben. Hinsichtlich des maßgebenden Kriteriums, dass im Falle der Klägerin der äußere Rahmen ihrer Tätigkeit, insbesondere was Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung betrifft, nicht durch einseitige Weisungen der Geschäftsführer bzw. der Gesellschafter geregelt war, lassen sich sichere Feststellungen insbesondere mit Beweismitteln nicht treffen.

Urkunden außer den Gesellschaftsverträgen vom 07. März 1973 und 28. März 1979 kann die Klägerin nicht vorlegen; insbesondere existieren nach ihrem Vorbringen keine objektivierenden Dokumente über rechtsgeschäftliche Handlungen den Geschäftsbetrieb der Beigeladenen zu 4 betreffend. Die ehemalige Steuerberaterin M S hat in ihrer Auskunft vom 22. Mai 2007 mitgeteilt, dass bei ihr keine Geschäftsunterlagen der Beigeladenen zu 4. vorhanden sind. In ihrer Handakte befinden sich lediglich Kopien der Steuererklärungen der Jahre 1991 bis 1998 nebst Bescheid.

Die Bekundungen des Zeugen TS sind nicht geeignet, die Weisungsfreiheit der Klägerin zu beweisen. Dabei zieht der Senat nicht in Zweifel, dass dieser Zeuge wahrheitsgemäß über seine Wahrnehmungen berichtet hat. Nach seiner Aussage brachte er die Klägerin, die über keinen Führerschein verfügt, morgens zum Betriebssitz der Beigeladenen zu 4 und holte sie dort nachmittags ab, wobei er sich bei dieser Gelegenheit mal kürzer oder mal länger im Betrieb der Beigeladenen zu 4 aufhielt. Lediglich im Zeitraum von 1983 bis 1988, während er Militärdienst verrichtete, hielt er sich auch in der Mittagszeit dort auf. Im Übrigen ging er während des Tages seinem Militärdienst bzw. seiner eigenen Beschäftigung nach. Der Zeuge T S hat bekundet, dass während seiner Anwesenheit im Betrieb weder seine Schwiegereltern noch der Onkel der Klägerin jemals anwesend waren. Er hat ausgesagt, nicht zu wissen, wo sich seine Schwiegereltern aufhielten. Angesichts dessen ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass er, wie bekundet, niemals hörte, dass die Klägerin Vorgaben oder Anweisungen hinsichtlich der Führung der Beigeladenen zu 4 von deren Eltern oder Onkel erhielt. Der Zeuge TS hat Näheres über den Kauf der betrieblichen EDV-Anlage nichts ausführen können. Er hat bekundet, dass die Klägerin diesen Kauf veranlasste und der Kaufpreis ca. 10.000 DM betrug. Angaben zur Finanzierung des Kaufs hat er nicht machen können.

Die Klägerin hat dazu ergänzend vorgetragen, der Kaufpreis dieser Anlage sei aus den vorhandenen Mitteln der Beigeladenen zu 4 bestritten worden. Es ist mithin auch insoweit nicht festzustellen, dass die Klägerin anders als ein im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer durch den Einsatz eigener finanzieller Mittel ein typisches Unternehmerrisiko übernommen hätte. Ihre Weisungsunabhängigkeit ist auch nicht daraus abzuleiten, dass sie den Kaufvertrag über die EDV-Anlage im Rahmen ihrer Handlungsvollmacht abschloss, selbst wenn dies auf ihre Initiative hin geschah.

Der Senat kann sich auch angesichts des widersprüchlichen Vorbringens der Klägerin jedenfalls nicht davon überzeugen, dass sie unabhängig von Weisungen der Geschäftsführer bzw. der Gesellschafter der Beigeladenen zu 4 handelte.

Wenn der Zeuge TS wegen der alleinigen Anwesenheit der Klägerin im Betrieb eingeschätzt hat, dass sie das Geschäft selbständig führte, mag sich dies aus seiner subjektiven Sicht so dargestellt haben. Ob dies rechtlich so zu würdigen ist, kann dieser Zeuge mangels Fachkompetenz nicht beurteilen, denn dies setzt Wissen voraus, das er nach Würdigung seiner gesamten Aussage durch den Senat nicht besaß.

Die sonstigen Beweisangebote der Klägerin lassen daher nicht die Schlussfolgerung zu, dass der Klägerin keine Weisungen seitens der Geschäftsführer bzw. Gesellschafter erteilt wurden.

Die Erteilung solcher Weisungen setzt nicht notwendigerweise die persönliche Anwesenheit voraus. Demzufolge kann mit dem Beweis der

Tatsache, dass sich die Eltern der Klägerin im Zeitraum ab 1986 nicht im Betrieb aufhielten - so der Beweisantrag der Klägerin unter Bezeichnung des K W als Zeugen -, nicht die Weisungsunabhängigkeit der Klägerin bewiesen werden. Der Senat unterstellt als wahr, dass es sich, so wie in diesem Beweisantrag dargelegt, zugetragen hat. Wie von der Klägerin vorgetragen, wurden die wesentlichen Angelegenheiten im Betrieb über das Telefon abgewickelt. Es liegt daher nahe anzunehmen, dass auch auf diese Art eine Umsetzung von Weisungen an die Klägerin erfolgte.

Auch der weitere Vortrag der Klägerin verhilft ihr nicht zum Erfolg. Die Angabe der Klägerin im Feststellungsbogen vom 25. November 2004, dass die Tätigkeit nicht aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt wurde, spricht nicht gegen eine Beschäftigung. Es lag lediglich kein schriftlicher Arbeitsvertrag vor.

Fehlende PC-Kenntnisse führen gleichfalls nicht dazu, dass ein Geschäftsführer bzw. ein Gesellschafter seinen maßgebenden Einfluss auf das Unternehmen verliert. Durch sein Weisungsrecht kann er sich die nötigen Kenntnisse über den Mitarbeiter bzw. durch seine Stellung als Geschäftsführer bzw. Gesellschafter auch durch die Einschaltung dritter Personen verschaffen.

Im Feststellungsbogen vom 25. November 2004 gab die Klägerin außerdem an, dass die Betriebsstätte von der Beigeladenen zu 4 gemietet war und dass die Klägerin am Anlage- und Umlaufvermögen der Beigeladenen zu 4 kein Eigentum besaß. Die Klägerin hatte danach der Beigeladenen zu 4 auch kein Darlehen gewährt oder für sie Sicherheiten übernommen. Dies ist typisch für ein Beschäftigungsverhältnis.

Im Feststellungsbogen wurde von der Klägerin weiter angegeben, ein regelmäßiges Arbeitsentgelt, jedoch Weihnachtsgeld je nach wirtschaftlicher Situation des Betriebes erhalten zu haben. Das Arbeitsentgelt sei auf ein eigenes privates Bankkonto überwiesen worden. Von dem Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Das Arbeitsentgelt sei als Betriebsausgabe gebucht worden. Dies spricht gleichfalls für ein Beschäftigungsverhältnis. Während im ursprünglich unaufgefordert vorgelegten unvollständigen Feststellungsbogen die Vereinbarung eines Urlaubsanspruches mitgeteilt war, wurde dies im späteren Feststellungsbogen vom 25. November 2004 verneint. Nach beiden Feststellungsbögen wurde die Frage, ob bei Arbeitsunfähigkeit das Arbeitsentgelt fortgezahlt wird, für die Dauer von mindestens sechs Wochen bejaht. Zwischenzeitlich trägt die Klägerin vor, nie Urlaub in Anspruch genommen, auch Lohnfortzahlung nicht erhalten zu haben und selbst bei Krankheit im Betrieb tätig gewesen zu sein. Im ursprünglichen Feststellungsbogen äußerte die Klägerin, das Arbeitsentgelt habe dem tariflichen bzw. ortsüblichen Gehalt entsprochen, während sie im Feststellungsbogen vom 25. November 2004 angab, es sei aufgrund der Familienzugehörigkeit und der verantwortungsvollen Position höher gewesen, weswegen ursprünglich andere Angaben gemacht wurden. Die Zweifelhaftheit der Angaben der Klägerin wurde auch nicht durch ihre und die Darstellung der Vertreterin der Beigeladenen zu 4 ausgeräumt, obgleich die Beteiligten in der mehrstündigen Sitzung des Senats am 27. März 2008 hierzu ausreichend Gelegenheit hatten.

Ein eigenes wirtschaftliches Risiko der Klägerin ist nach deren Vortrag bei - so auch nach dem von der Beigeladenen zu 1 übersandten Versicherungsverlauf vom 29. Januar 2007 - regelmäßigem, im Verlauf der Jahre angepasstem Arbeitsentgelt und dem Fehlen sonstiger mittelbarer kapitalmäßiger Einbindung nicht erkennbar. Dies erweist sich ebenfalls einem Beschäftigungsverhältnis entsprechend typisch.

Weitere Zeugen hat die Klägerin nicht benannt und sind auch sonst nicht ersichtlich. Der weitere Gesellschafter und frühere Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4, der Onkel der Klägerin, K B, kommt zwar als Zeuge in Betracht. Nach Angaben der Klägerin hält dieser sich jedoch seit Beginn der 80er Jahre in der K auf, ohne dass der konkrete Aufenthaltsort bekannt ist.

Die Eltern der Klägerin, R und J B, sind als Liquidatoren die gesetzlichen Vertreter der Beigeladenen zu 4 und kommen daher als Zeugen nicht in Betracht.

Die Beigeladene zu 4, eine GmbH, ist zwar infolge rechtskräftiger Abweisung eines Antrages auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse aufgrund § 1 des Gesetzes vom 09. Oktober 1934, der Vorgängerregelung des [§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG](#), aufgelöst. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 09. Oktober 1934 (RGBl I 1934, 914) in der zuletzt bis zur Aufhebung zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung (LöschG) wurde eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung außer in den bisher bestimmten Fällen mit der Rechtskraft des Beschlusses aufgelöst, durch den ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse abgewiesen wurde. Damit ist die GmbH jedoch nicht untergegangen. Sie bleibt vielmehr juristische Person, parteifähig und prozessfähig (Schulze-Osterlohe/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, Kommentar, 18. Auflage, § 60 Rdnrn. 9 und 11; Bundesarbeitsgericht - BAG - Urteil vom 19. März 2002 - [9 AZR 752/00](#), abgedruckt in [BAGE 100, 369](#) = [NJW 2003, 80](#); vgl. auch Bundesgerichtshof - BGH - Urteil vom 07. Oktober 1994 - [V ZR 58/93](#), abgedruckt in [NJW 1995, 196](#)). Es beginnt mit der Auflösung der Gesellschaft deren Abwicklung (Liquidation). Bis zur Beendigung der Liquidation kommen ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft in Bezug auf die Rechtsverhältnisse derselben und der Gesellschafter die Vorschriften des Zweiten und Dritten Abschnitts zur Anwendung, soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschnitts und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein anderes ergibt ([§ 69 Abs. 1 GmbHG](#)).

Ist allerdings die Gesellschaft durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit aufgelöst, findet nach [§ 66 Abs. 5 Satz 1 GmbHG](#) eine Liquidation nur statt, wenn sich nach der Löschung herausstellt, dass Vermögen vorhanden ist, das der Verteilung unterliegt. In diesem Fall sind nach [§ 66 Abs. 5 Satz 2 GmbHG](#) die Liquidatoren auf Antrag eines Beteiligten durch das Gericht zu ernennen.

Die Beigeladene zu 4 ist nicht wegen Vermögenslosigkeit aufgelöst.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LöschG (nunmehr [§ 141a Abs. 1 Satz 1](#) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - FGG) konnte (kann) eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die kein Vermögen besitzt, auf Antrag oder von Amts gelöscht werden. Mit der Löschung gilt die Gesellschaft als beendet. Eine Liquidation findet außer unter den o. g. Voraussetzungen des [§ 66 Abs. 5 Satz 1 GmbHG](#) (als sog. Nachtragsliquidation) nicht statt (BAG, Urteil vom 19. März 2002 - [9 AZR 752/00](#)). Masselosigkeit im Sinne des Konkurs- bzw. Insolvenzrechts ist nicht mit Vermögenslosigkeit gleichzusetzen (BGH, Urteil vom 07. Oktober 1994 - [V ZR 58/93](#); vgl. auch BAG, Urteil vom 19. März 2002 - [9 AZR 752/00](#)). Solange die Liquidation nicht beendet ist und die Löschung der Gesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen ist ([§ 74 Abs. 1 GmbHG](#)) besteht die GmbH daher fort.

Die Beigeladene zu 4 ist nach dem Handelsregistrauszug nicht gelöscht.

In den Fällen der Auflösung außer dem Fall des Insolvenzverfahrens erfolgt die Liquidation durch die Geschäftsführer, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter anderen Personen übertragen wird ([§ 66 Abs. 1 GmbHG](#)). Dasselbe gilt, wenn das zunächst eröffnete Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren mangels Masse eingestellt wird (aber anders und insoweit abweichend zum früheren Konkursrecht jetzt nach dem Insolvenzrecht bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach [§§ 199, 200 Insolvenzordnung](#) - InsO, wonach der Insolvenzverwalter die Abwicklung zu Ende zu führen hat: Schulze-Osterlohe/Fastrich in Baumbach/Hueck, a.a.O., § 60 Rdnr. 24, § 66 Rdnr. 2). Mit der Einstellung kommen wieder die allgemeinen Regeln über die Liquidation zum Tragen (Oberlandesgericht - OLG - Zweibrücken, Urteil vom 05. Dezember 2002 - [4 U 231/96](#), zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 07. Oktober 1994 - [V ZR 58/93](#)). Dies bedeutet, dass die letzten bei Auflösung vorhandenen Geschäftsführer zu Liquidatoren (sog. geborene Liquidatoren) werden und damit die gesetzlichen Vertreter der aufgelösten GmbH sind, solange die Abwicklung nicht beendet ist (Schulze-Osterlohe/Fastrich in Baumbach/Hueck, a.a.O., § 60 Rdnr 27, § 66 Rdnr 2, 12, § 70 Rdnr 1; BAG, Urteil vom 19. März 2002 - [9 AZR 752/00](#)). Nach [§ 70 Satz 1 GmbHG](#) haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen in Geld umzusetzen; sie haben die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten.

Im Falle des Erfolgs der Anfechtungs- und Feststellungsklage ist abzuwickelndes Vermögen vorhanden, denn auch der Beigeladenen zu 4 steht (als dann nur vermeintlichem Arbeitgeber) ein Erstattungsanspruch nach [§ 26 Abs. 3 SGB IV](#) zu, denn er hat die Beiträge zur Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung mitgetragen ([§ 249 Abs. 1 SGB V](#), § 381 Abs. 1 Satz 1 RVO; [§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI](#), § 112 Abs. 4 Buchstabe a AVG - [§ 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#); [§ 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#), § 167 AFG).

Die Eltern der Klägerin, R und J B, kommen als die gesetzlichen Vertreter der Beigeladenen zu 4 als Zeugen nicht in Betracht.

[§ 118 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) verweist hinsichtlich der Beweisaufnahme u. a. auf die Vorschriften über den Zeugenbeweis nach [§ 373ff](#) Zivilprozessordnung (ZPO). Die ZPO enthält allerdings keine Regelungen dazu, wer als Zeuge, sondern nur eine Bestimmung, wer als Partei zu vernehmen ist. Daraus folgt, dass alle Personen zeugnisfähig sind, bei denen eine Parteivernehmung ausscheidet. Ist eine Partei nicht prozessfähig, so ist vorbehaltlich der hier nicht einschlägigen Vorschrift des [§ 455 Abs. 2 ZPO](#) ihr gesetzlicher Vertreter als Partei zu vernehmen ([§ 455 Abs. 1 ZPO](#)). Nach [§ 52 ZPO](#) bzw. nach [§ 71 Abs. 1 SGG](#) ist eine Person bzw. ein Beteiligter (nur) insoweit prozessfähig, als sie bzw. er sich durch Verträge verpflichten kann. Insofern können nur natürliche, aber nicht juristische Personen prozessfähig sein (Meyer-Ladewig, a.a.O., § 71 Rdnr 3a m.w.N.). Die Liquidatoren einer aufgelösten GmbH sind daher als Partei zu vernehmen und können somit nicht Zeuge sein. Daran ändert nichts, dass es die Parteivernehmung im sozialgerichtlichen Verfahren nicht gibt (Meyer-Ladewig, a.a.O., § 103 Rdnr 12, § 118 Rdnr. 10 d). Dies gilt grundsätzlich auch, soweit die GmbH im Sozialgerichtsverfahren die Stellung eines Beigeladenen hat, denn der Beigeladene ist nach [§ 69 Nr. 3 SGG](#) ebenfalls Beteiligter am Verfahren (Meyer-Ladewig, a.a.O., § 75 Rdnr. 17 b, § 118 Rdnr. 10 d). Lediglich ausnahmsweise, wenn der Beigeladene nicht vom entscheidungserheblichen Sachverhalt betroffen ist und daher eigene nach [§ 75 SGG](#) geschützte Interessen nicht berührt werden, kann er als Zeuge in einer dann für ihn fremden Angelegenheit vernommen werden, denn niemand kann Zeuge in eigener Sache sein. Damit scheidet eine Stellung als Zeuge immer dann aus, wenn - gerade im Fall der notwendigen Beiladung nach [§ 75 Abs. 2](#) erste Alternative SGG - eigene Interessen berührt werden (Meyer-Ladewig, a.a.O., § 75 Rdnr 17b; BSG, Urteil vom 15. Dezember 1983 - [12 RK 57/82](#), abgedruckt in SozR 1500 § 117 Nr. 3).

Der vorliegende Sachverhalt berührt die Beigeladene zu 4) und deren Liquidatoren wegen eines daraus folgenden eigenen Beitragserstattungsanspruchs in eigenen Interessen.

Ungeachtet dessen vermag das Vorbringen der Beigeladenen zu 4 in der mündlichen Verhandlung, die sich bis dahin nicht geäußert hat, im Sinne des Vorbringens der Klägerin den Senat gleichfalls nicht zu überzeugen.

Zwar hat Frau RB als Vertreterin der Beigeladenen zu 4 dargestellt, dass sich die Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4 im streitgegenständlichen Zeitraum um die GmbH nicht mehr gekümmert haben, dass sie sämtliche Belange der GmbH der Klägerin überlassen und dem Unternehmen und der Klägerin gar keine Ordnung vorgegeben haben. Allerdings bezweifelt dies der Senat. Nach [§ 35 Abs. 1 GmbHG](#) wird die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Die Bestellung der Geschäftsführer zielt nicht nur auf ihre Bevollmächtigung, sondern auf Schaffung eines Organs, durch das die juristische Person GmbH handeln kann. Danach bringt der Geschäftsführer den Willen der juristischen Person unmittelbar nach außen zum Ausdruck. Dass die Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4 im streitgegenständlichen Zeitraum diesem Auftrag gar nicht nachgekommen sind, erachtet der Senat bereits aufgrund des dargestellten widersprüchlichen Vortrags der Klägerin für fragwürdig.

Auch ist die Beigeladene zu 4 ausdrücklich der Erklärung der Klägerin beigetreten, dass die Klägerin gemeinsam mit den Liquidatoren der Beigeladenen zu 4 ab 1993 in der weiteren Firma "Hansa" gearbeitet habe und sich so der Begriff der gemeinsamen Zeit erkläre. Dies steht jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht mit dem anders lautenden Vortrag der Klägerin in Übereinstimmung. Damit erscheinen die Behauptungen der Beigeladenen zu 4 ebenso wenig glaubhaft wie die der Klägerin. Angesichts der insoweit gleichgerichteten eigenen Interessen dieser Beteiligten am Ergebnis des Rechtsstreits verwundert dies nicht, denn die Feststellung, dass die Klägerin nicht der Versicherungspflicht unterlag, begründet für die Beigeladenen zu 4 einen eigenen Erstattungsanspruch.

In Würdigung des Gesamtergebnisses des Rechtsstreits vermag der Senat nicht die sichere Überzeugung zu gewinnen, dass die Klägerin nicht versicherungspflichtig war. Da es an einer hinreichend sicheren Tatsachengrundlage fehlt, ist aber gleichfalls eine sichere Überzeugungsbildung dahingehend, dass die Klägerin versicherungspflichtig war, ebenfalls ausgeschlossen, so dass der angefochtene Bescheid jedenfalls insoweit aufzuheben ist.

Die Berufung muss somit im Wesentlichen erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 Abs. 1 SGG](#) und entspricht dem Ergebnis des Rechtsstreits. Das geringfügige Obsiegen der Klägerin fällt wirtschaftlich betrachtet nicht ins Gewicht und bleibt daher unberücksichtigt, denn mit ihrem eigentlichen Begehren, der für eine Beitragserstattung erforderlichen Feststellung, dass sie nicht versicherungspflichtig beschäftigt war, ist sie nicht durchgedrungen. Es

entspricht auch nicht der Billigkeit, einem anderen als den in [§ 193 Abs. 4 SGG](#) genannten Beigeladenen, der keinen Antrag gestellt hat, dessen außergerichtliche Kosten zu erstatten.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen hierfür ([§ 160 Abs. 2 Nrn.](#) 1 und 2 SGG) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2008-05-23