

## L 1 KR 358/11

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 208 KR 368/08  
Datum  
11.11.2011  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 1 KR 358/11  
Datum  
05.04.2013  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Die Berufung wird zurückgewiesen. Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit steht der Sache nach, ob der Kläger in seiner Beschäftigung bei der früheren Beigeladenen zu 1), der E Beteiligungsgesellschaft mbH in T, die mittlerweile mit der heutigen Beigeladenen zu 1), G, verschmolzen ist (nachfolgend nur noch: "die Beigeladene zu 1)") in der Zeit vom 01. Mai 2006 bis zum 30. November 2008 abhängig beschäftigt gewesen ist.

Der Kläger ist mit einem Anteil von 20 % Kommanditist der E GmbH & Co. KG. Komplementärin ist die Beigeladene zu 1). Deren Unternehmensgegenstand ist nach § 2 des Gesellschaftsvertrages ausschließlich die Beteiligung als persönlich haftende geschäftsführende Gesellschafterin an der GmbH & Co. KG. Alleinige Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1) ist nach § 3 des Gesellschaftsvertrages der Beigeladenen zu 1) die IB. V.

Gegenstand des Unternehmens der KG ist der Handel und die Fertigung von Lebensmitteln, insbesondere Fleisch, Fleischwaren und Konserven sowie verwandten Artikeln einschließlich des Betriebes von Schlacht- und Verarbeitungsbetrieben. Weitere Kommanditisten sind mit 20 % des Kommanditkapitals Herr K H sowie die L B B. V. sowie mit 40 % die IB. V ... Nach § 4 des Gesellschaftsvertrages der Komplementärin hat diese einen oder mehrere Geschäftsführer. Sind mehrere bestellt, so wird die Gesellschaft gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen vertreten (§ 4 Nr. 2 Gesellschaftsvertrag). Nach § 4 Nr. 3 können Geschäftsführer durch Aufsichtsratsbeschluss zur Alleinvertretung ermächtigt und auch von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit werden. Nach § 5 Nr. 1 hat die Gesellschaft einen Aufsichtsrat, der aus drei Personen besteht. Dessen Aufgabe ist es nach Nr. 5 des § 5, die Geschäftsführer zu beraten und zu überwachen. Er beschließt in den in diesem Gesellschaftsvertrag genannten Fällen. Er ist außerdem jederzeit berechtigt, a) den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen, b) von den Geschäftsführern einen Bericht zu verlangen über die Angelegenheit der Gesellschaft, über ihre rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein können, c) die Bücher und Schriften der Gesellschaft einzusehen und zu prüfen. Demgegenüber ist nach § 5 Nr. 6 ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern ausgeschlossen. Gesellschafterbeschlüsse werden nach § 8 Nr. 3 des Vertrages mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften oder der Vertrag eine andere Mehrheit vorsehen.

Mit Gesellschafterbeschluss vom 25. April 2006 wurden der Kläger und Herr H zu den ersten Geschäftsführern der Beigeladenen zu 1) bestellt. Zur Vertretung sollten sie nur gemeinsam berechtigt sein.

Der Kläger und die Beigeladene zu 1) schlossen einen (undatierten) "Anstellungsvertrag". Nach § 1 Abs. 3 dieses Vertrages sollte der Kläger seine Arbeitskraft ausschließlich der Gesellschaft widmen. Jede anderweitige Tätigkeit im beruflichen Bereich bedurfte der vorherigen Zustimmung durch den Aufsichtsrat. Vereinbart wurden nach § 3 Abs. 1 a ein Jahresgehalt von brutto 45 000,00 EUR, zu zahlen in zwölf gleichen Raten am Ende eines jeden Monats, sowie nach § 3 Abs. 1 b eine jährliche Tantieme für den Fall eines Gewinnes von mehr als 50 000,00 EUR. Bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit sollten die Bezüge abzüglich Krankengeld für die Dauer von sechs Monaten, längstens bis zum Ende des Anstellungsvertrags, weitergezahlt werden. Dem Kläger stand nach § 5 ein Jahresurlaub von 24 Kalendertagen zu, welcher im Einvernehmen mit dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats festzulegen war.

Der Kläger stand daneben nicht in einem anderen Beschäftigungsverhältnis, insbesondere nicht in seinem Wohnort in den N.

Mit Schreiben vom 01. November 2006 beantragte der Kläger bei der Beklagten die versicherungsrechtliche Beurteilung seines Arbeitsverhältnisses.

Nach vorheriger Anhörung stellte die Klägerin mit Bescheid vom 08. August 2007 im Statusfeststellungsverfahren nach §§ 7 a ff. des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV) fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) seit dem 01. Mai 2006 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde.

Der Kläger erhob Widerspruch. Er sei als Geschäftsführer weisungsunabhängig und (alleine) für den deutschen Markt zuständig gewesen. Er habe zudem diverse Lebensversicherungen, eine Krankenversicherung sowie eine Erwerbsunfähigkeitsversicherung abgeschlossen und sei also während der gesamten Zeit der Geschäftsführertätigkeit ausreichend gegen die finanziellen Risiken von Krankheit und Alter abgesichert gewesen.

Das Dienstverhältnis beider Geschäftsführer wurde zum 30. November 2007 einvernehmlich aufgehoben.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 16. Januar 2008 zurück.

Hiergegen hat der Kläger am 15. Februar 2008 Klage beim Sozialgericht Berlin (SG) erhoben. Er habe frei von jeder Einflussnahme nach eigenen Vorstellungen schalten und walten können. Maßgeblich müsse sein, ob die Gesellschafter tatsächlichen Einfluss ausgeübt hätten. Dies sei nicht der Fall gewesen. Im Übrigen habe er seine Arbeitszeit im vollen Umfang frei bestimmen können. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die gesellschaftsrechtliche Gestaltung hinsichtlich der formellen Stellung der Geschäftsführer in erster Linie deshalb getroffen worden sei, weil diese dadurch haftungs- und steuerrechtlich besser zu stehen glaubten.

Die Beklagte hat mit Bescheid vom 09. November 2009 den Bescheid vom 08. August 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2008 dahingehend geändert, dass festgestellt wird, dass der Kläger in der Zeit vom 01. Mai 2006 bis zum 30. November 2008 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 11. November 2011 abgewiesen. Es überwogen hier die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV. Der Anstellungsvertrag lasse den Schluss zu, dass es sich bei dem der Tätigkeit des Klägers zugrunde liegenden Vertragsverhältnis um einen Arbeitsvertrag gehandelt habe. Die durch die Beklagte festgestellte Versicherungspflicht sei auch nicht nach § 7 a Abs. 6 SGB IV erst mit Bekanntgabe des Bescheides eingetreten. Der Kläger habe den Antrag nach § 7 a Abs. 1 SGB IV nicht einen Monat nach Aufnahme der Tätigkeit am 01. Mai 2006, sondern erst im November 2006 gestellt.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers. Zur Begründung hat er sein Vorbringen wiederholt. Ergänzend hat er vorgebracht, es bestünden erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit des schriftlichen Anstellungsvertrages. Dieser sei seitens der Beigeladenen zu 1) nur durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrates unterzeichnet. Der Aufsichtsrat sei jedoch nicht für die Bestellung der ersten Geschäftsführer zuständig gewesen. Deshalb könne sich auch die in § 4 Nr. 6 Satz 2 Gesellschaftsvertrag geregelte Befugnis zum Abschluss von Geschäftsführerverträgen nicht auf die Erstgeschäftsführer beziehen. Die anderen Gesellschafter seien aufgrund ihrer Organisationsstruktur und der fehlenden Kenntnis des deutschen Lebensmittelmarktes nicht qualifiziert gewesen, dem Kläger Weisungen zu erteilen oder sich in seine Tätigkeit einzumischen. Die weiteren Gesellschafter/Gesellschaften seien kapitalmäßige Beteiligung gewesen ("Beheer" = niederländisch für "Verwaltung"). Der Kläger hat auch darauf hingewiesen, dass Ansprüche aufgrund des Geschäftsführervertrages auf der einen Seite Belastungen in der Eigenschaft als Kommanditist gegenübergestanden hätten. Die KG habe in den Geschäftsjahren 2006 und 2007 hohe Verluste erzielt. Diese wirtschaftlichen Verluste seien dem Kläger entsprechend seiner Beteiligungsquote auch persönlich zugerechnet worden. Ginge man von abhängiger Beschäftigung aus, so wäre Versicherungspflicht erst mit Erlass des Bescheides vom 08. August 2007 aufgrund § 7 b SGB IV in der bis 01. Januar 2008 geltenden Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 1999 (SGB IV alte Fassung = SGB IV a. F.) eingetreten. Der Kläger sei weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen. Zudem habe er sich gegen die finanziellen Risiken von Krankheit und Alter ausreichend abgesichert.

Er sei in der "C" krankenversichert, außerdem aufgrund seines Wohnsitzes in den N in der dortigen so genannten Volksversicherung. Diese beinhalte einen Versicherungsschutz gegen die Risiken von Krankheit und Alter sowie eine Hinterbliebenenversorgung. Es sei eine Verlusthaftung des Klägers gegenüber der KG im Umfang von über 80 000,00 EUR festgestellt worden. Auch habe er im Mai 2009 gegenüber der Kommanditistin I ein Schuldanerkenntnis abgegeben und eine Tilgungsvereinbarung samt Verzinsung sowie eine Negativerklärung als Sicherheit abgeschlossen. Damit sei nachgewiesen, dass er sich Forderungen als ehemaligem Gesellschafter ausgesetzt sehe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 11. November 2011 und den Bescheid vom 08. August 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2008, geändert durch den Bescheid vom 09. November 2009, aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) während der Zeit vom 01. Mai 2006 bis zum 30. November 2008 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hat darauf hingewiesen, dass jedenfalls die Risikolebensversicherungen des Klägers am 16. August 2007 und am 16. August 2020 endeten, also vor Erleben des 60. Lebensjahres.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist durch Beschluss gemäß [§ 153 Abs. 4](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zurückzuweisen. Der Senat hält sie einstimmig für unbegründet. Er hält auch eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich. Die Beteiligten sind auf die Absicht, so vorzugehen, mit Verfügungen vom 23. August 2012 und vom 7. Januar 2013 hingewiesen worden.

Der angefochtene Bescheid ist rechtmäßig. Damit bleibt auch die Feststellungsklage ohne Erfolg:

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). 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 daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abgedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG-Urteile vom 8. August 1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) Seite 14 und vom 8. Dezember 1994, [11 RAr 49/94](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#) Seite 45) (so insgesamt weitgehend wörtlich BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - Juris).

Weist eine Tätigkeit Merkmale auf, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Selbständigkeit hinweisen, so ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil vom 23. Juni 1994 - [12 RK 72/92](#) - [NJW 1994, 2974](#), 2975) und der Arbeitsleistung das Gepräge geben (BSG, Beschluss vom 23. Februar 1995 - [12 BK 98/94](#) -).

Nach der Rechtsprechung des BSG, der der Senat folgt, ist bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH regelmäßig eine abhängige Beschäftigung anzunehmen und nur in begrenzten Einzelfällen hiervon abzusehen. Ein solcher Ausnahmefall kann zum Beispiel bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die zum Beispiel dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 Rar 25/86 [BB 1989,72](#); Urteil vom 14. Dezember 1999 - [B 2 U 48/98 R](#) USK 9975).

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist das SG zutreffend von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ausgegangen.

Hier war die Geschäftsführertätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) durch einen Arbeitsvertrag geregelt. Etwaigen Zweifeln an der Wirksamkeit des schriftlichen Anstellungsvertrages braucht der Senat dabei nicht nachzugehen. Entscheidend ist hier, dass der Aufsichtsrat dem Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag weisungsbefugt gewesen ist. Dass es tatsächlich keine Weisungen gab, ist wie ausgeführt nicht von Relevanz. Im Übrigen ist der Arbeitsvertrag gelebt worden. So bekam der Kläger sein Gehalt ausbezahlt. Er erhielt arbeitnehmertypisch nicht nur ein festes Gehalt. Ihm standen auch Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bezahlter Urlaub zu, der abzusprechen war.

Es kann auch nicht von einem entscheidenden Unternehmerrisiko ausgegangen werden. Der Kläger riskiert "nur" den Verlust seines Kommanditistenanteils. Dass er insoweit diesem Risiko nicht nur ausgesetzt war, sondern sich dieses nach seinem Vorbringen auch realisiert hat, ändert daran nichts. Soweit er sich darüber hinaus Forderungen der anderen Gesellschafter und Verlustzuweisungen ausgesetzt sieht, stellt dies rein faktisch zwar ein erhebliches Indiz für Selbständigkeit dar, jedoch kein überwiegendes. Zudem -und entscheidend- kommt es wie ausgeführt nicht auf die rein tatsächlichen Verhältnisse an, sondern auf die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit, die Rechtsmacht. Diese hat dem Kläger gefehlt, auch wenn das Unternehmen auf ihn als Geschäftsführer aufgrund seiner Kenntnisse angewiesen gewesen ist.

In der maßgeblichen Gesamtschau überwiegen demnach die Merkmale abhängiger Beschäftigung. Damit bleiben im Ergebnis die Umstände, die für das gegenteilige Ergebnis sprechen, zur Gänze unberücksichtigt.

Mit zutreffender Begründung, auf die nach [§ 153 Abs. 2 SGG](#) verwiesen wird, hat das SG ausgeführt, dass hier ferner [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) nicht einschlägig ist. Auch die Anwendung des [§ 7b SGB IV](#) a. F. muss ausscheiden, weil diese Vorschrift gerade ein Prüfverfahren außerhalb des Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) vorausgesetzt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und folgt dem Ergebnis in der Sache.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved  
2013-05-03