

L 10 KR 26/08

Land

Sachsen-Anhalt

Sozialgericht

LSG Sachsen-Anhalt

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

10.

1. Instanz

SG Dessau-Roßlau (SAN)

Aktenzeichen

S 4 KR 96/07

Datum

31.10.2007

2. Instanz

LSG Sachsen-Anhalt

Aktenzeichen

L 10 KR 26/08

Datum

09.06.2011

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 12 KR 120/11 B

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Dessau-Roßlau vom 12. März 2008 wird zurückgewiesen

Außergerichtlichen Kosten sind nicht zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger vom 1. Januar 1997 bis zum 30. September 2008 versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der Kläger ist 19 ... geboren und Meister im Metallbau. Am 10. Dezember 1996 gründete er mit dem Maurermeister K., der seit 1991 eine Baufirma in L. W. betreibt, die W.-B.-V.-GmbH (im Weiteren: Beigeladene zu 4) in derselben Stadt. Gegenstand des Unternehmens war nach dem Gesellschaftervertrag der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen sowie die Übernahme der Geschäftsführung bei Handelsgesellschaften, insbesondere auch die Beteiligung als persönlich haftende geschäftsführende Gesellschafterin an Kommanditgesellschaften. Vom Stammkapital der Firma übernahm der Kläger 20.000 DM und Herr K. 30.000 DM. Gesellschafterbeschlüsse einschließlich des Beschlusses auf Liquidation der Gesellschaft konnten mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden. Zum Geschäftsführer wurde der Kläger ernannt.

Zugleich wurde die W.-B.-GmbH & Co KG (im weiteren Bau-KG) gegründet. Komplementärin war die Beigeladene zu 4) (Bl. 37 VA); Kommanditisten waren die Ehefrau des Klägers mit einer Einlage von 20.000 DM sowie Herr H. K. (Vater des Mehrheitsgesellschafters H. K.) und an seine Stelle nachrückend - zumindest ab 2002 - Frau M. F. (Lebensgefährtin des Mehrheitsgesellschafters K.) mit einer Einlage von 30.000 DM. Ausdrücklich durfte Herr H. K. als Bauleiter in der Firma des Mehrheitsgesellschafters K. tätig werden.

Am 17. Dezember 1996 wurde auch der Mehrheitsgesellschafter K. als gleichberechtigter Geschäftsführer berufen (Bl. 9 GA). Im Handelsregister sind als einzelvertretungsbefugte Geschäftsführer sowohl der Gesellschafter Kaps als auch der Kläger eingetragen. Herr K. führte seine eigene Baufirma neben der Neugründung unverändert fort.

Unter dem 20. Dezember 1996 wurde zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 4) der Geschäftsführer-Vertrag abgeschlossen. Danach war der Kläger berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Satzung allein zu vertreten und allein die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Der Kläger wurde von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Die Weisungen der Gesellschafterversammlung waren aber zu befolgen. Weiter bestimmte der Geschäftsführervertrag, dass der Kläger seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen hatte. An eine bestimmte Arbeitszeit sei er nicht gebunden, jedoch sei er gehalten, jederzeit, wenn und soweit das Wohl der Gesellschaft das verlange, sich zur Dienstleistung zur Verfügung zu stellen. Nebentätigkeiten bedürften der Bewilligung der Gesellschafterversammlung. Die Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen war untersagt. Vereinbart wurde ein festes Monatsgehalt iHv 3.000,00 DM, das entsprechend der Entwicklung der Gehaltsbezüge eines männlichen kaufmännischen Angestellten in der obersten Tarifgruppe des für die Gesellschaft maßgebenden Tarifvertrages für das Gebiet des Landes Sachsen-Anhalts zu erhöhen oder zu vermindern war. Im Krankheitsfall blieb der Gehaltsanspruch für die Dauer von sechs Wochen bestehen. Zusätzlich sah der Vertrag eine Tantieme iHv 25 % des vorläufigen Bilanzgewinns der B.-KG vor. Der Kläger hatte nach dem Vertrag Anspruch auf sechs Wochen bezahlten Urlaub im Jahr. Der konkrete Urlaubszeitpunkt war so einzurichten, dass den Bedürfnissen der Geschäftsführung Rechnung getragen wurde. Der Vertrag konnte vom Kläger unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres gekündigt werden und zusätzlich aus wichtigem Grund von beiden Seiten fristlos. Dieses Vertragsverhältnis begann am 2. Januar 1997.

Im Weiteren wurde das Gehalt des Klägers durch Beschluss der Gesellschafterversammlung zuerst ab 1. Juli 1998 auf 6000,00 DM erhöht, dann aber durch einen weiteren Beschluss der Gesellschafterversammlung ab 23. Juni 2000 gesenkt und betrug seitdem 5000 DM (2556,46 EUR) zuzüglich eines Dienstwagens (Nutzungswert 178,95 EUR; insgesamt 2735,41 EUR).

Nach dem Protokoll einer Gesellschafterversammlung der Verwaltungs-GmbH vom 1. Februar 2002 wurde beschlossen, dass der Kläger aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation bis auf Weiteres keine "Gehaltsauszahlungen" mehr erhalte. Von Januar 2002 bis 31. Dezember 2004 erhielt der Kläger kein Gehalt. Allerdings wurden die Sozialversicherungsbeiträge (zunächst auf der Basis eines Gehaltes von 2.735,41 EUR) weiter überwiesen.

Im Mai 2002 führte die beigelegene Rentenversicherung Bund (damals als Bundesversicherungsanstalt für Angestellte) eine Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 1. Dezember 1997 bis 30. April 2002 durch (Bl. 13 VA). Hierbei füllte der Kläger einen von ihm im Berufungsverfahren vorgelegten Fragebogen (Bl. 92 ff GA) aus und gab an, dass die Tätigkeit in dem Betrieb nicht durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander der Geschäftsführer geprägt sei und er nicht aufgrund von Sonderrechten Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern könne, sondern wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterliege. Dieses Weisungsrecht werde in der Praxis auch tatsächlich laufend von Herrn K. ausgeübt. Ferner gab er an, dass er Personal nur nach Rücksprache mit der Gesellschafterversammlung einstellen/entlassen könne, sich seinen Urlaub genehmigen lassen müsse und er seine Tätigkeit in der Gesellschaft nicht frei bestimmen und gestalten könne. Bei dieser Betriebsprüfung ergaben sich keine Beanstandungen. Ausdrücklich heißt es, die Versicherungspflicht des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer sei im Prüfzeitraum richtig beurteilt worden. Es überwiegen die Merkmale, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen würden.

Ab 1. Juli 2004 reduzierte sich die Beitragsbemessungsgrundlage (das zugrunde liegende "Bruttogehalt") für die weiter abgeführten Sozialversicherungsbeiträge auf 1.678,95 EUR (vgl. die Angaben des Steuerberaters Schauerte in der versehentlich vorgelegten E-Mail vom 25. Februar 2009 und die Angaben der Beklagten am 18. Dezember 2008). Ab Januar 2005 wurde die Gehaltsauszahlung für den Kläger in genau dieser Höhe wieder aufgenommen (1500,- EUR zuzüglich einer Pkw-Nutzung von 178,95 EUR). Unverändert wurden auch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Am 11. Februar 2005 wurde erneut von dem Rechtsvorgänger des beigelegenen Rentenversicherungsträgers eine Prüfung durchgeführt, die den Zeitraum vom 1. Mai 2002 bis 31. Dezember 2004 betraf. Es ergaben sich keine Beanstandungen.

Im März 2005 stellte der Kläger einen Antrag auf Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung für den Zeitraum von Januar 2002 bis einschließlich Februar 2005. Hierbei legte er dar, seit dem 1. Januar 2002 seien die Sozialversicherungsbeiträge vollständig gezahlt worden, obgleich aufgrund der Nichtzahlung des Gehaltes seither keine Versicherungspflicht mehr bestanden habe. Die Krankenversicherungsbeiträge sollten als freiwillige Beiträge bestehen bleiben.

Auf Bitten der Beklagten füllten der Kläger und der Mehrheitsgesellschafter Kaps im August 2005 einen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung aus. Darin wurde die Frage, ob der Kläger als einziger Geschäftsführer über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfügt, verneint. Vor seiner Tätigkeit habe er als nicht selbstständiger Bauhandwerker gearbeitet. Der Vertrag über seine Tätigkeit als Geschäftsführer sei zurzeit tatsächlich aufgehoben, da seit Februar 2002 kein Gehalt mehr gezahlt werde. Er unterliege nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Das Weisungsrecht würde auch von der Gesellschaft in der Praxis tatsächlich nicht laufend ausgeübt. Er könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten; Einschränkungen könnte nur die Gesellschafterversammlung machen. Die Gestaltung seiner Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse abhängig. Er müsse sich seinen Urlaub auch nicht genehmigen lassen. Die Verbuchung der Vergütung erfolge - "ggfs. dann" als Gewinnvorwegnahme (Darlehen).

Unter dem 18. Mai 2006 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass die ehemalige Bundesversicherungsanstalt für Angestellte mit Bescheid vom 27. November 2002 festgestellt habe, dass die Tätigkeit des Klägers sozialversicherungspflichtig sei. Hiergegen sei kein Widerspruch erhoben worden, obwohl laut dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 1. Februar 2002 auf eine Gehaltsauszahlung verzichtet worden sei. Eine verspätete Zahlung von Gehältern sowie gegebenenfalls ein teilweiser Gehaltsverzicht bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten seien keine Indizien gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Nachdem das Beschäftigungsverhältnis Anfang 1997 begründet worden sei, sei nicht nachvollziehbar, dass nur aufgrund des Gehaltsverzichts kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mehr vorliegen solle. Dies sei in der letzten Betriebsprüfung ausdrücklich bestätigt worden. Der Bescheid der Deutschen Rentenversicherung könne durch die Beklagte nicht aufgehoben werden. Eine Rechtsmittelbelehrung enthielt das Schreiben nicht.

Am 15. November 2006 stellte der Kläger einen Antrag gemäß § 44 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) auf Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 18. Mai 2006 sowie auf Feststellung, dass er in seiner Tätigkeit nicht abhängig beschäftigt sei und nicht der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung unterliege. Er erhalte nachweislich seit Januar 2002 keine Vergütung mehr, so dass die Annahme einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt schon aus diesem Grunde scheitere. Die Abbuchung der Beiträge sei auf ein internes Versehen zurückzuführen; dies könne keine Sozialversicherungspflicht begründen. Selbst bei einer angemessenen Gehaltszahlung bestehe keine Sozialversicherungspflicht. Er verfüge in seinem Bereich über die alleinige Fachkenntnis. Der Umstand, dass er seit Januar 2002 seine Arbeitskraft ohne Gegenleistung einsetze, zeige sein wirtschaftliches Risiko. Er schalte und walte in der GmbH wie es ihm beliebe; er sei Kopf und Seele des Unternehmens. Seine wöchentliche Arbeitszeit betrage 50 Stunden. Die Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung sei nicht maßgeblich. Dieser Bescheid sei nicht an ihn gerichtet worden und somit ihm nicht bekanntgegeben worden. Es verbleibe daher bei der Zuständigkeit der Beklagten als Einzugsstelle gemäß § 28 h Abs 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Im Weiteren trug der Kläger vor, man habe gedacht, dass die Beiträge freiwillig weitergezahlt werden könnten. Man habe die Bilanz erstellt, ohne das Gehalt als Betriebsausgabe zu berücksichtigen, und Zahlungen an die Krankenkasse je zur Hälfte als Forderung gegen die Krankenkasse und gegen ihn berücksichtigt. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 16. Oktober 2007 als unbegründet zurück.

Hiergegen hat der Kläger im gleichen Monat Klage am Sozialgericht Dessau erhoben und zur Begründung auf den bisherigen Vortrag Bezug genommen und ergänzend vorgetragen, er habe damals geglaubt, nur durch Abführung der Sozialversicherungsbeiträge in unveränderter Höhe könne er den Krankenversicherungsschutz aufrecht erhalten. Nachdem er seinen Irrtum bemerkt habe, habe er intern auch alles

umgehend rückabgewickelt und die irrtümlich abgeführten Versicherungsbeiträge vollumfänglich der GmbH zurückgewährt, wie sich aus den Bilanzen ergebe.

Ferner hat der Kläger zu seinen Angaben in dem 2002 ausgefüllten Fragebogen vorgetragen, er habe damals einige Fragen falsch bzw. gar nicht verstanden. Er verfüge zB über eine Sperrminorität. Nach § 5 Abs 6 des Gesellschaftsvertrages gelte diese in allen gesetzlich vorgeschriebenen Fällen. Zudem sehe § 9 des Gesellschaftsvertrages vor, dass er jederzeit die Geschäftsanteile des weiteren Gesellschafters ohne dessen Mitwirkung einziehen könne. Er habe entgegen den Angaben in dem Fragebogen kein Darlehen gewährt, sondern drei Jahre lang unentgeltlich gearbeitet; schon dadurch habe sich sein unternehmerisches Risiko verwirklicht. Die Tätigkeit der beiden Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) sei anders als früher angegeben durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander geprägt gewesen. Der Gesellschafter K. sei ihm nicht übergeordnet gewesen. Der Urlaub sei ausweislich des Geschäftsführervertrages nicht genehmigungsbedürftig gewesen. Schon durch die Namenswahl der GmbH sei sein unternehmerisches Übergewicht zum Ausdruck gekommen. Zum Geschäftsführer sei er folgerichtig auch zunächst allein bestellt worden. Zurzeit habe die Firma noch zwei Beschäftigte; 2002 seien es noch 12 oder 14 gewesen.

Mit Urteil vom 12. März 2008 hat das Sozialgericht Dessau-Roßlau die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, bei einem Minderheitsgesellschafter - Geschäftsführer sei auf das Gesamtbild abzustellen. Hier übe der Kläger keinen beherrschenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft aus.

Gegen das ihm am 17. April 2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 16. Mai 2008 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat er seinen erstinstanzlichen Vortrag weiter vertieft und darauf hingewiesen, dass nur er selbst das Recht habe, den Geschäftsführervertrag zu kündigen. Die Gesellschaft dürfe ihn nur aus bestimmten wichtigen Gründen kündigen. Daher könne seine Weigerung, einem Beschluss der Gesellschafterversammlung Folge zu leisten, letztlich nicht sanktioniert werden. Der Gesellschafter K. als Mitgesellschafter habe das Unternehmen tatsächlich nicht betreten bzw. sich seinen eigenen Unternehmungen gewidmet.

Seit dem 11. September 2007 ist die Ehefrau des Klägers alleinige Kommanditistin der B.-KG. Am 1. Oktober 2008 erwarb der Kläger von dem Mehrheitsgesellschafters K. Geschäftsanteile an der Verwaltungs-GmbH zum Nennwert von 29.500,00 EUR und besitzt seitdem 99 % der Gesellschaftsanteile der Verwaltungsgesellschaft. Ab diesem Zeitpunkt wird er von der Beklagten beitragsrechtlich als Selbständiger behandelt; insoweit haben die Beteiligten das Verfahren für erledigt erklärt.

Der Kläger beantragt sinngemäß nach seinem schriftsätzlichen Vorbringen,

das Urteil des Sozialgerichts Dessau-Roßlau vom 12. März 2008 sowie den Bescheid der Beklagten vom 18. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Oktober 2007 aufzuheben und festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Beigeladene zu 4) seit dem 1. Januar 1997 bis zum 30. September 2008 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des Sozialgerichts für zutreffend.

Der Senat hat den ehemaligen Mehrheitsgesellschafters K. in einem Erörterungstermin befragt. Dieser hat dargelegt, dass er selbst damals eine weitere Baufirma betrieben habe. Er habe dann mit dem Kläger zusammen eine Baufirma übernommen und diese nach W. verlegt. Der Kläger habe sich dort ein Büro eingerichtet; er selbst habe dort kein Büro gehabt und sich im Weiteren auch nicht um die Firma gekümmert. Er habe wohl manchmal einen Auftrag abgegeben, wenn die Kapazitäten seiner eigenen Baufirma erschöpft gewesen seien. Diese seien dann durch die B.-KG durchgeführt worden. Diese habe diese Aufträge dann selbständig durchgeführt und sei nicht Subunternehmer gewesen. Teilweise habe er bei besonders großen Aufträgen die B.-KG als Subunternehmer eingesetzt. Anfangs sei er auch Geschäftsführer gewesen; insoweit habe er aber nur kurz ein Entgelt dafür bezogen. Dies sei auch nicht sehr hoch gewesen und er habe dies nicht als echtes Geschäftsführergehalt angesehen, sondern als Entgelt für seine Kapitalanlage. Tatsächlich als Geschäftsführer habe er nicht gearbeitet. Die Einzelheiten habe er auch nicht mitbekommen; er hätte auch kein Angebot kalkulieren können, da er dafür keine Unterlagen gehabt habe.

Der Senat hat Herrn K. und den Kläger in der mündlichen Verhandlung erneut befragt. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte der Beklagten haben vorgelegen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Sachvortrages der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte ergänzend verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte in der Sache entscheiden, obwohl der anwaltlich vertretene Kläger in der Verhandlung keinen Antrag gestellt hat. Dieser kann problemlos seinem schriftlichen Vorbringen entnommen werden (dazu Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leithe-rer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 112 Rn. 8). Die Unterlassung der Antragstellung kann nicht als Rücknahme- oder Erledigungserklärung gewertet werden, zumal dieses Verhalten ausschließlich damit begründet wurde, über die verschiedenen erörterten Vergleichsvarianten nachdenken zu wollen. Für eine Vertagung bestand kein Anlass.

Die nach den [§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte sowie gem. [§ 151 Abs. 2 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist unbegründet.

I.

Die Klage ist zulässig. Es handelt sich um eine kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage gemäß [§§ 54 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#). Auch soweit der Kläger eine Feststellung für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002 begehrt, ist die Klage zulässig. Die Beklagte hat mit Bescheid vom 18. Mai 2006 generell ausgeführt, es liege ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor. Sie hat damit nicht zwischen der Vergangenheit und der Zukunft differenziert. Hieran muss sie sich festhalten lassen. Maßstab der Auslegung des Verwaltungsaktes ist der "Empfängerhorizont" eines verständigen Beteiligten, der die Zusammenhänge berücksichtigt, welche die Behörde nach ihrem wirklichen Willen ([§ 133](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches - BGB) erkennbar in ihre Entscheidung einbezogen hat (Bundessozialgerichts - BSG 31. Mai 1989, [4 RA 19/88](#), [SozR 1200 § 42 Nr. 4](#) S 14 m.w.N.). Will die Verwaltung die Wirkungen des Verwaltungsaktes durch Zusätze einschränken, müssen diese inhaltlich bestimmt, klar, verständlich und widerspruchsfrei sein; Unklarheiten gehen zu Lasten der Verwaltung (BSG 19. März 1974, [7 RA 45/72](#), [BSGE 37, 155](#), 160). Lassen die Zusätze mehrere Auslegungen zu, muss sich die Verwaltung diejenige entgegenhalten lassen, die der Bescheidempfänger vernünftigerweise zugrunde legen darf, ohne die Unbestimmtheit oder Unvollständigkeit des Bescheides willkürlich zu seinen Gunsten auszunutzen (BSG 11. Juni 1987, [7 RA 105/85](#), [BSGE 62, 32](#), 37 m.w.N.).

Das Feststellungsverlangen ist im ursprünglichen Beitragerstattungsverlangen enthalten, so dass insoweit kein neuer Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt wurde. Da die Widerspruchsfrist insoweit wegen der fehlenden Rechtsmittelbelehrung nicht abgelaufen war, hat die Beklagte das Schreiben des Klägers vom 15. November 2006 zu Recht als Widerspruch interpretiert und diesen wiederum mit Widerspruchsbescheid vom 16. Oktober 2007 zurückgewiesen.

II.

Die Klage ist unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 18. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Oktober 2007 ist rechtmäßig. Die Beklagte war als Einzugsstelle zuständig für das Beitragerstattungsverlangen und mangels Antrag nach [§ 7a SGB IV](#) und mangels Meldung nach [§ 28a SGB IV](#), aus der sich die Stellung des Klägers als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH ergab, auch zuständig für die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers. Dabei kann offen bleiben, ob der festgestellte Status des Klägers als versicherungspflichtiger Beschäftigter bereits aus seiner entsprechenden Einstufung durch die für den Zeitraum ab dem 1. Dezember 1997 ergangenen Bescheide des beigeladenen Rentenversicherungsträgers folgt. Insbesondere bedarf keiner Klärung, ob die Feststellungen des Rentenversicherungsträgers insoweit überhaupt eine Regelung enthalten und ob diese dem ebenfalls betroffenen Kläger zugegangen sind oder er sich auf einen fehlenden Zugang nach Treu und Glauben nicht berufen kann, weil er als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) hiervon Kenntnis erlangt hat. Denn der Kläger war im Streitzeitraum tatsächlich abhängig beschäftigt.

1.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch - 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 ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (BSG 31. Juli 1974 - [12 RK 26/72](#), [BSGE 38, 53](#), 57; BSG 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#), [NZS 2007, 648](#)). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie 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 (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#), [ZIP 2006, 678](#); BSG 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#), a.a.O., jeweils m.w.N.). Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer sind der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des daraus folgenden 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 (BSG 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); BSG 6. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Vergleichbares gilt auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen. Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalls den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#); BSG 6. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#), a.a.O.). Wichtig für die Einordnung ist zudem, wie die Beteiligten selbst ihre Beziehungen damals gesehen haben und insbesondere, was sie hierzu vereinbart haben. Es steht ihnen im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie zu, ihre Rechtsbeziehungen entsprechend zu gestalten; nicht möglich ist aber eine rückwirkende Änderung der einmal gewählten Form der Zusammenarbeit.

2.

Bei Anwendung dieser Grundsätze war der Kläger zur Überzeugung des Senats im gesamten Streitzeitraum vom 1. Januar 1997 bis zum 30. September 2008 abhängig beschäftigt. Dies gilt zunächst für den Zeitraum bis Ende 2001 (dazu a). An dem bis dahin bestehenden Zustand hat weder das Unterbleiben der Gehaltsauszahlung an den Kläger in den Jahren 2002 bis 2004 (dazu b) noch die Übernahme weiterer Kommanditanteile der Bau-KG durch seine Ehefrau am 11. September 2007 (dazu c) etwas geändert.

a.

Im Zeitraum 1997 bis 2001 war der Kläger abhängig beschäftigter Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) (V.-GmbH). Dies folgt aus seinem Geschäftsführervertrag und gesellschaftsrechtlichen Status (dazu aa). Weitere Umstände sowie die tatsächliche Vertragsdurchführung standen hierzu nicht in Widerspruch (dazu bb).

aa.

Nach seinem unbefristeten Geschäftsführervertrag hatte der Kläger im Wesentlichen die Stellung eines gewöhnlichen abhängig beschäftigten Geschäftsführers, der der Gesellschaft seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und den Weisungen der Gesellschafterversammlung Folge zu leisten hatte. Er bezog ein festes Gehalt. Erfolgsunabhängige Gehaltsanpassungen waren in Anlehnung an einen Tarifvertrag vertraglich vorgesehen. Erfolgsabhängig war lediglich eine zusätzliche Tantiemезahlung. Das Entgelt war im Krankheits- und Urlaubsfall (sechs Wochen) fortzuzahlen. Eine ausdrückliche Konkurrenzklausele hinderte den Kläger daran, zu der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten. Eine Verpflichtung, bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten auf die Gehaltszahlung zu verzichten oder den Geschäftsführervertrag aufzuheben, enthielt der Vertrag nicht. Angesichts dieser Regelungen und insbesondere des Weisungsrechts der Gesellschaft verleiht dem Kläger weder sein Alleinvertretungsrecht noch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB noch der Ausschluss der ordentlichen Kündigung für die Gesellschaft eine Stellung, in der er wie ein Selbständiger agieren konnte. Hinzu tritt, dass neben ihm auch der Mehrheitsgesellschafter K. alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer war.

Dem entspricht der gesellschaftsrechtliche Status des Klägers als schwächerer Minderheitsgesellschafter (40 %). Die Gesellschafterversammlung wurde vom starken Mehrheitsgesellschafter K. (60 %) dominiert. Nach Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat dieser auf einer Mehrheitsbeteiligung bestanden; er (der Kläger) habe keine andere Chance gehabt als darin einzuwilligen, da die Alternative Arbeitslosigkeit gewesen wäre (S. 3, 4 des Prot. vom 9. Juni 2011). Dem Kläger stand nach dem Gesellschaftsvertrag auch keine über die begrenzten gesetzlich geregelten Fälle (Änderung des Gesellschaftsvertrages, Auflösung) hinausgehende Sperrminorität zu. Über den Geschäftsführervertrag des Klägers hatte die Gesellschafterversammlung zu befinden. Damit war beispielsweise allein der Mehrheitsgesellschafter K. in der Lage, der Gesellschaft Wettbewerb zu machen, was er mit seiner eingessenen Firma K. -Bau auch tat. Die Kommanditeile an der B.-KG waren schließlich entsprechend den Gesellschaftsanteilen an der K.-GmbH (Beigeladenen zu 4) verteilt.

bb.

Die weiteren Umstände und die tatsächliche Vertragsdurchführung bestätigen die Stellung des Klägers als abhängig Beschäftigter.

Es ist nicht behauptet oder sonst ersichtlich, dass sich der Kläger gegen den Mitgeschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter K. in irgendeiner Frage faktisch hätte durchsetzen können. Das widerspricht auch der elementaren Interessenlage der Beteiligten, da Herr K. seine eigene seit 1991 bestehende (deutlich größere) Baufirma fortführte und hieran gerade nicht vertraglich gehindert war. Er hatte den Kläger, der zuletzt Vorarbeiter bei einer anderen Baufirma und nach deren Schließung von Arbeitslosigkeit bedroht war, bei Gründung der Beigeladenen zu 4) als Minderheitsgesellschafter ins Boot geholt. Etwaige wirtschaftliche Betätigungen der Beigeladenen zu 4), die sich gegen die am gleichen Ort und auf dem gleichen Markt tätige K. -Bauunternehmung hätten richten können, waren damit von vornherein ausgeschlossen. Allein Herr K. erfüllte zudem die gewerberechtlichen Voraussetzungen (Meisterbrief) zur Führung der Beigeladenen zu 4).

Angesichts dieser Machtstellung ist unerheblich, ob und in welchem Umfang Herr K. im Betrieb anwesend und als Geschäftsführer aktiv war und wie oft Gesellschafterversammlungen abgehalten wurden. Dennoch sei an dieser Stelle angemerkt, dass der Kläger noch im Fragebogen von 2002 gegenüber dem Rentenversicherungsträger angegeben hat, dass die Tätigkeit in dem Betrieb nicht durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander geprägt sei und er nicht aufgrund von Sonderrechten Gesellschaftsbeschlüssen herbeiführen oder verhindern könne, sondern wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterliege. Dieses Weisungsrecht werde in der Praxis auch tatsächlich laufend von Herrn K. ausgeübt. Personal könne nur nach Rücksprache mit der Gesellschafterversammlung eingestellt bzw. entlassen und sein Urlaub müsse genehmigt werden. Er könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft nicht frei bestimmen und gestalten. Erstmals im Berufungsrechtszug hat der Kläger sodann vortragen lassen, Herr K. habe das Unternehmen praktisch nicht betreten. Dessen Aussage vor dem Senat, sein Engagement bei der Beigeladenen zu 4) habe in erster Linie eine Geldanlage zum Ziel gehabt, erscheint schon wegen der Konkurrenz zu seinem eigenen Unternehmen nicht plausibel. Im Übrigen hätte dafür eine Kommanditeinlage in der B.-KG genügt; auch zur Einbringung seines Meisterbriefs brauchte er nicht als Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer zu fungieren. Die ungeachtet dieser Widersprüche oben festgestellte faktische Einflussmöglichkeit des Mehrheitsgesellschafters K. wurde zudem dadurch gestärkt, dass sein Vater - im Gesellschaftsvertrag so ausdrücklich abgesichert - zugleich Kommanditist der Bau-KG und Bauleiter der K. - Bau sein durfte und seine geschiedene Frau in der Buchhaltung der B.-KG und der Beigeladenen zu 4) tätig war und auch die Büroräume an diese vermietete. Als Inhaber der am gleichen Ort tätigen größeren Bauunternehmung K.-Bau dürfte er außerdem über die Aktivitäten der auf demselben begrenzten Markt tätigen Beigeladenen zu 4) gut informiert gewesen sein.

Demgegenüber fällt nicht ins Gewicht, dass der Kläger der Gesellschaft seinen Namen gab ("W.-Bau"). Daraus folgt kein gesteigerter Einfluss. Zudem können andere Gründe für die Namenswahl maßgeblich gewesen sein, etwa der Ausschluss einer Verwechslungsgefahr oder aber die Verschleierung der Mehrheitsverhältnisse im Hinblick auf Ausschreibungen. Die Gehaltsabsenkung im Jahr 2000/2001 von 6.000,00 DM auf 5.000,00 DM erhöhte die faktischen Einflussmöglichkeiten des Klägers ebenfalls nicht. In Krisenzeiten sind auch viele Arbeitnehmer zu Gehaltsverzicht bereit. Schließlich bezeugt der Umstand, dass der Kläger trotz eines Herzinfarkts im Jahre 1999 nur einen Tag krankheitsbedingt der Arbeit fern geblieben ist, zwar ein hohes Engagement für die Firma; er lässt aber nicht darauf schließen, dass der Kläger auch wie ein Inhaber das Sagen gehabt hätte.

Mit dem Befund einer abhängigen Beschäftigung des Klägers steht schließlich die tatsächliche Abwicklung und die eigene ursprüngliche Einschätzung der Vertragsparteien in Einklang. So hat die Beigeladene zu 4) für den Kläger als ihren Geschäftsführer von vorn herein freiwillig Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt. Der späteren entsprechenden Feststellung des Rentenversicherungsträgers im Jahre 2002 wurde nicht widersprochen. Zudem hat der Kläger den Versicherungsschutz der Gesetzlichen Krankenversicherung auch in Anspruch genommen.

b.

Die Stellung des Klägers als abhängig Beschäftigter änderte sich nicht dadurch, dass eine Auszahlung des Nettogehalts im Zeitraum Januar 2002 bis Dezember 2004 (jedenfalls buchhalterisch) unterblieb. Nach den Feststellungen des Senats beruhte dies nicht auf einem Verzicht

des Klägers oder einer Aufhebung oder Änderung seines Vertrags, sondern allenfalls auf einer Stundung (dazu aa). Unter Berücksichtigung aller Umstände hatte die Stundung nicht zur Folge, dass die Stellung des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) ab diesem Zeitpunkt als selbständig zu bewerten gewesen wäre (dazu bb).

aa.

Der Kläger hat Anfang des Jahres 2002 nicht auf sein künftiges Gehalt verzichtet, sondern dieses allenfalls gestundet.

Bei der Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen ist gemäß §§ 133, 157 BGB unter Beachtung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Wortes zu haften. Dabei ist unter Einbeziehung der Begleitumstände und der Interessenlage vom Wortlaut auszugehen. Zeitlich nach dem Vertragsschluss liegende Umstände können für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten von Bedeutung sein (vgl. nur BGH 16. März 2009 - II ZR 68/08, NZA 2009, 613). An die Auslegung einer Willenserklärung, die zum Verlust einer Rechtsposition führt, sind strenge Anforderungen zu stellen; in der Regel ist eine insoweit eindeutige Willenserklärung erforderlich, weil ein Rechtsverzicht niemals zu vermuten ist (BGH 30. September 2005 - V ZR 197/04, Juris).

Der Wortlaut der einzigen in diesem Zusammenhang feststellbaren Willenserklärung, des Gesellschafterbeschlusses vom 1. Februar 2002 ("keine weitere Auszahlung"), beinhaltet zunächst weder einen Verzicht noch eine Vertragsaufhebung oder Vertragsänderung. Der Entschluss, weitere Auszahlungen zu unterlassen, zielt auf die schlichte Nichterfüllung entstandener oder künftiger Forderungen und lässt deren Bestand im Übrigen unberührt. Dies erklärt, dass die Nichtauszahlung offenbar bis auf weiteres erfolgen sollte. Bei einem Verzicht oder der Verpflichtung zu künftig unentgeltlicher Tätigkeit des Klägers wäre dagegen eine zeitliche Eingrenzung zu erwarten gewesen. Das Wort "Auszahlung" bezieht sich in seinem üblichen Gebrauch auch ausschließlich auf das dem Arbeitnehmer auszuzahlende Nettoentgelt. In Bezug auf die Gesamtsozialversicherungsbeiträge wird dagegen ebenso wie bei der Einkommenssteuer von "Abführung" gesprochen.

Einem bloßen Auszahlungsstopp entspricht es sodann, dass die Erklärung als Beschluss der Gesellschafterversammlung gefasst ist. Dieses Gremium kann einseitig festlegen, inwieweit gegen die Gesellschaft gerichtete Forderungen erfüllt werden sollen. Parteien eines Verzichtsvertrags gemäß § 397 BGB wären demgegenüber die Beigeladene zu 4) und der Kläger gewesen. Eine solche Regelung hätte zwar durch dieselben Personen getroffen werden können; doch hätte es in diesem Fall eines Vertrages mit Außenwirkung und nicht lediglich eines internen Gesellschafterbeschlusses bedurft. Ein darauf gerichteter Wille lässt sich der Erklärung nicht entnehmen.

Auch ein Nachweis i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Nachweisgesetz (NachwG) ist in dem Beschluss nicht zu erkennen. Über den Vertragsinhalt wird gerade nichts mitgeteilt; hierfür hätte im Übrigen eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers genügt. Schließlich gilt das NachwG nur für Arbeitnehmer, nicht aber für Geschäftsführer im freien Dienstverhältnis. Die Abfassung als schriftlicher Gesellschafterbeschluss sollte möglicherweise das Einverständnis des Klägers mit der Regelung dokumentieren. Dies ist jedoch im Verzichts- wie im Stundungsfalle von Bedeutung und spricht somit für keine von beiden Varianten in stärkerem Maße.

Das Verständnis der Regelung als Stundungsabrede entspricht auch objektiv der beiderseitigen damaligen Interessenlage. Einen zeitlich unbefristeten Verzicht auf Entgelt trotz fortbestehender umfassender Arbeitspflicht als Geschäftsführer konnte die Beigeladene zu 4) vom Kläger ohne Stärkung seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung nicht erwarten. Die Einräumung einer stärkeren Gesellschafterstellung als Ausgleich hätte wegen der Wettbewerbslage zur eigenen Bauunternehmung des Herrn K. zu Interessengegensätzen geführt. Andererseits wäre die Einräumung einer solchen Stellung auch für den Kläger nachteilig gewesen, da sie den Verlust des Sozialversicherungsschutzes zur Folge gehabt hätte. Für den Kläger war eine umfassende Absicherung in der Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung gerade angesichts seines Gesundheitszustandes (Herzinfarkt im Jahre 1999; vgl. Blatt 56 GA) und der existentiell schlechten Geschäftslage der Firma wertvoll. Ein Verzicht auf diesen Schutz wäre damals geradezu selbstschädigend gewesen. Sein Fortbestand erforderte aber die Aufrechterhaltung einer entgeltlichen Beschäftigung.

Ein Verzicht, eine Vertragsaufhebung oder die Vereinbarung künftiger unentgeltlicher Tätigkeit kann auch nicht aus den weiteren Umständen geschlossen werden. Im Gegenteil spricht insbesondere die nachfolgende Handhabung allenfalls für einen bloßen, vom Kläger hingenommenen Auszahlungsstopp in Bezug auf seine Nettovergütung. Dieser erfasste einerseits ohne weiteres alle noch offenen Ansprüche und somit auch das bereits fällige Gehalt für Januar 2002. Andererseits wurden die Sozialversicherungsbeiträge von der Beigeladenen zu 4) durchgehend weiter abgeführt und, wie der Steuerberater Sch. unter dem 20. Juni 2006 angab, Gehaltsnachweise erstellt. Beides ist nur erforderlich, wenn der zugrunde liegende Anspruch fortbesteht (vgl. zur Beitragszahlungspflicht BSG 14. Juli 2004 - B 12 KR 1/04 R, SozR 4-2400 § 22 Nr. 2).

Ein reiner Auszahlungsstopp steht auch mit der späteren Erklärung von Herrn K. im Erörterungstermin in Einklang, wonach er davon ausgehe, dass sich der Kläger bei Besserung der Lage das Geld von der Firma zurückgeholt hätte. Hierfür spricht auch die Angabe in dem im August 2005 vom Kläger mit Herrn K. ausgefüllten Fragebogen: "Die Verbuchung der Vergütung erfolgt als: ggf. dann als Gewinn-Vorwegnahme/Darlehen". Danach war offenbar kein Verzicht auf das Gehalt gewollt, vielmehr sollte es wohl als Gewinn ausgezahlt oder als Darlehen behandelt werden. Auf die ausdrückliche Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung, wie diese Formulierung zu verstehen sei, hat der Kläger geschwiegen.

Selbst wenn die Abführung der Sozialabgaben durch die Beigeladene zu 4) versehentlich erfolgt sein sollte, spräche dies nach alledem nicht in der erforderlichen Eindeutigkeit für einen Verzicht, eine Vertragsaufhebung oder die Abrede der Unentgeltlichkeit. Schon deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob die Abführung der Sozialabgaben durch die Beigeladene zu 4) - wie vom Kläger pauschal behauptet - auf einem irgendwie gearteten Irrtum der Buchhaltung beruhte. Der Vernehmung der Zeugin K. und des Steuerberaters Sch. zu der - im Übrigen auf eine Ausforschung hinauslaufenden - Frage, wie es zu der Beitragsabführung "2002 bis 2005" kam und wie sich die Beitragsänderungen erklärten, bedurfte es schon aus diesem Grund nicht.

Der Zeuge Sch. war auch nicht zu den Behauptungen des Klägers zu vernehmen, im Jahre 2004 und später seien Rückforderungsansprüche der Beigeladenen zu 4) gegen den Kläger und die Beklagte für abgeführte Gesamtsozialversicherungsbeiträge der Jahre 2002 bis 2004 als Aktiva in die Bilanz eingestellt worden, dagegen zu keinem Zeitpunkt offene Gehaltsforderungen des Klägers gegen die Beigeladene als

Passiva. Diese Behauptung kann als wahr unterstellt werden, obwohl es dann verwundert, dass gleichwohl im Jahre 2004 und danach weiterhin Gesamtsozialversicherungsbeiträge für den Kläger abgeführt wurden und zudem die Absenkung der Beitragsbemessungsgrundlage im Jahre 2004 auf den Cent genau (1.678,95 EUR) die Absenkung des ab Januar 2005 tatsächlich gezahlten Gehaltes vorwegnahm. Verhielte es sich so wie behauptet, folgte daraus lediglich, dass der Steuerberater der Beklagten den Lebenssachverhalt anders bewertet hat als der Senat. Ausdrücklich hat er im Übrigen bei der Aufstellung der Bilanzen selbst ausgeführt, die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Unterlagen und der Angaben des Unternehmens sei nicht seine Aufgabe gewesen; es sei sogar eine Plausibilitätsprüfung unterblieben. Soweit Herr Sch. außerdem als Zeuge dazu benannt wurde, dass "tatsächlich keine offenen Gehaltsforderungen" vorhanden seien, handelt es sich nicht um einen Gegenstand seiner Wahrnehmung, sondern um eine Rechtsfrage.

Zur Überzeugung des Senats steht allerdings – ohne dass es darauf noch ankommt – fest, dass die Abführung der Sozialabgaben durch die Beigeladene zu 4) weder irrtümlich noch vermeintlich zur Aufrechterhaltung der Krankenversicherung des Klägers erfolgte. Diese beiden Einlassungen des Klägers widersprechen sich zunächst. Sodann hatte der Kläger persönlich von der Abführung der Beiträge und ihrer Höhe tatsächlich Kenntnis, wie er im Erörterungstermin am 18. Dezember 2008 ausdrücklich bestätigt hat. Dem entspricht auch, dass seine Sozialabgaben in den gemeinsamen Einkommensteuerbescheiden von ihm und seiner Ehefrau für 2002 und 2003 offenbar Steuer mindernd berücksichtigt wurden. Zudem konnte ihm auch in seiner Eigenschaft als nach [§ 41 GmbHG](#) für die ordnungsgemäße Buchführung verantwortlicher Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) bei nur drei Beschäftigten und angesichts der wirtschaftlich schlechten Zeiten der erhebliche Mittelabfluss für seine Sozialabgaben nicht verborgen geblieben sein, zumal er von der Betriebsprüfung im Mai 2002 und der ausdrücklichen Feststellung der Sozialversicherungspflicht ebenfalls Kenntnis hatte. Eine irrtümliche Annahme des Klägers, dass zur Aufrechterhaltung seines Krankenversicherungsschutzes auch die Abführung von Beiträgen für die Renten- und Arbeitslosenversicherung erforderlich sei, erscheint dem Senat ausgeschlossen. Sie setzte zudem ebenfalls bestehende Entgeltansprüche voraus.

Gegenüber den oben angeführten zeitnahen Auslegungsgesichtspunkten fällt schließlich nicht ins Gewicht, dass die Vertragsparteien ihre damaligen Abreden heute, nachdem sich das durch die Sozialversicherung gedeckte Risiko nicht verwirklicht hat, rückblickend übereinstimmend anders bewerten.

bb.

Die Stundung des Nettogehalts für zunächst unbestimmte Zeit führte im vorliegenden Einzelfall trotz ihrer letztlich dreijährigen Dauer in der Gesamtschau nicht zu einer Beendigung des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses des Klägers.

Darlehen von Beschäftigten an den Arbeitgeber sind in der Praxis vor allem dort anzutreffen, wo sie zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Arbeitgebers beitragen sollen (vgl. Küttner/Griese, Personalbuch 2011, Arbeitgeberdarlehen, Rn. 1). Um einen solchen Fall handelt es sich hier. Durch die bloße Stundung des Nettogehalts änderte sich die sozialversicherungsrechtliche Lage des Klägers nicht. Es ergab sich daraus kein größerer Einfluss auf die Leitung der Gesellschaft. Insbesondere haben die Gesellschafter trotz der nach und nach aufgelaufenen erheblichen Gehaltsrückstände zu keinem Zeitpunkt vereinbart, dass sich der Anteil des Klägers am Stammkapital erhöhen solle. Der Kläger blieb vielmehr Minderheitsgesellschafter. Aus der aufgelaufenen Gehaltsforderung ergab sich auch faktisch keine Machtstellung gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter K ... Zwar hätte der Beigeladenen zu 4) möglicherweise Insolvenz gedroht, wenn der Kläger die Forderung hätte realisieren wollen. Doch wäre davon der Kläger wesentlich stärker betroffen gewesen als Herr K., der nur seine – ohnehin bereits weitgehend abgeschriebene – Einlage verloren hätte. Eine faktische Macht, sich gegen den Willen des Mehrheitsgesellschafter durchsetzen zu können, ergab sich für den Kläger daraus nicht. Demgemäß gab er im August 2005 gegenüber der Beklagten im Fragebogen weiterhin an, in seiner Tätigkeit Einschränkungen durch die Gesellschafterversammlung zu unterliegen. Dies ist – wie oben ausgeführt – ein für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung von Geschäftsführern wesentliches Kriterium. Zudem hat sich durch den Auszahlungsstopp nur das Risiko des Klägers erhöht, nicht aber seine Gewinnchance. Ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit ist die Übernahme eines Risikos nach der Rspr. des BSG nur dann, wenn damit auch tatsächlich Chancen und nicht nur Risiken bei der Einkommenserzielung verbunden sind (BSG 11. März 2009 – [B 12 KR 21/07 R](#), Juris Rn. 20).

Die Stellung als faktisch und rechtlich schwächerer Minderheitsgesellschafter entsprach – wie dargelegt – ganz offensichtlich der Interessenlage beider Vertragsparteien zu Beginn des Jahres 2002. Daran hat sich in der Folgezeit nichts geändert. Die Beigeladene zu 4) hat demgemäß weiterhin wie für ein Beschäftigungsverhältnis Sozialabgaben abgeführt und die Feststellungen des Rentenversicherungsträgers aus Mai 2002, dass der Kläger im Zeitraum bis 30. April 2002 abhängig beschäftigt sei, nicht nur unwidersprochen hingenommen, sondern durch darauf zielende Angaben im Erhebungsbogen bewirkt, ohne den seit Anfang 2002 bestehenden Auszahlungsstopp auch nur zu erwähnen. Erstmals nach Ablauf der wirtschaftlich kritischen Zeit und Wiederaufnahme der Nettogehaltszahlung im Januar 2005, nachdem sich also das versicherte Risiko (Insolvenz, Arbeitslosigkeit, Erwerbsminderung) nicht verwirklicht hatte, sahen die Vertragsparteien dies anders. In dem dann verfolgten Rückzahlungsbegehren wurde – wiederum unzutreffend – bis in das Jahr 2006 hinein zunächst geltend gemacht, dass der Kläger "seit Februar 2002" kein Gehalt mehr beziehe, obwohl die volle Gehaltszahlung tatsächlich im Januar 2005 wieder aufgenommen worden war. Solche am Interesse orientierten Angaben vermögen dem Klagebegehren nicht zum Erfolg zu verhelfen.

c.

Schließlich änderte sich der Status des Klägers als abhängig beschäftigter Geschäftsführer auch nicht dadurch, dass seine Ehefrau am 7. September 2007 sämtliche Kommanditanteile der B.-KG übernahm. Darin kommt zwar eine stärkere wirtschaftliche Beteiligung der Familie des Klägers an den Geschäften der KG zum Ausdruck. Doch verbleibt es bei der Stellung der Ehefrau als Kommanditistin und damit als nicht stimmberechtigte Gesellschafterin der KG. Eine stärkere Einflussmöglichkeit des Klägers auf die Geschicke der Beigeladenen zu 4) folgt daraus nicht. Das Sagen in der KG behielt allein die Beigeladene zu 4) (V.-GmbH) als persönlich haftende Gesellschafterin, die weiterhin der Mehrheitsgesellschafter K. dominierte.

III.

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

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

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2012-01-31