

L 6 KR 41/11

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
6
1. Instanz
SG Magdeburg (SAN)
Aktenzeichen
S 22 KR 44/06
Datum
08.04.2011
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 6 KR 41/11
Datum
19.03.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Umstritten ist, ob der Kläger vom 12. Juni 1991 bis 31. Dezember 2003 und vom 1. August 2005 bis zum 31. August 2007 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Der bei der Beklagten versicherte, 1966 geborene Kläger war nach dem Arbeitsvertrag vom 28. September 1990 seit 1. Oktober 1990 bei der Firma B. O. als Holzarbeiter beschäftigt. Der Inhaber der Firma war der Vater des späteren Geschäftsführers K. Diese Firma wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 9. Januar 1991 in eine GmbH umgewandelt und am 12. Juni 1991 eingetragen. Zweck der Gesellschaft war der Handel mit Holz- und Baumaterialien sowie die Fertigung von Holzprodukten. Gesellschafter dieser Firma waren Vater (zu 70 %) und Sohn K. (letzterer im Folgenden K., zu 15 %) und ihre Tochter bzw. Schwester (zu 15 %); diese war seit dem 6. Dezember 1996 Ehefrau des Klägers. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 27. März 1992 wurde K. Alleingesellschafter und auch als Geschäftsführer der GmbH – nunmehr mit der Firma der Beigeladenen zu 4.) – in das Handelsregister eingetragen und tätig. Eine Änderung des Arbeitsvertrages des Klägers erfolgte zunächst nicht. Mit "Arbeitsvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer" vom 1. Januar 1997 wurde der Kläger als Verkäufer angestellt. Mit notarieller Urkunde vom 24. September 2004 und Eintragung in das Handelsregister am 17. März 2005 bestellte K. den Kläger zum weiteren einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer. Ein gesonderter Dienstvertrag wurde darüber nicht geschlossen.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2004 stellte der Kläger einen Antrag auf sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 4. In dem verwendeten Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Geschäftsführers einer Familien-GmbH gab er – überwiegend durch Ankreuzen – an, seit 1990 als – schon selbständiger – Holzhändler und seit 1. Januar 2004 als alleinvertretungsberechtigter geschäftsleitender Geschäftsführer mit einer monatlichen Vergütung von 2.250 EUR tätig zu sein. Während er – fehlerhaft – angekreuzt hatte, seit dieser Zeit auch Gesellschafter zu sein, teilte er an anderer Stelle mit, alleiniger Gesellschafter der Firma sei sein Schwager K. Der Kläger gab weiter an, er vertrete die Gesellschaft auch einzeln und sei von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) (Selbstkontrahierungsverbot) befreit. Seine Mitarbeit sei nicht in einem besonderen Arbeits- oder Dienstvertrag geregelt. Er sei nach Zeit, Ort und Art seiner Tätigkeit keinen Weisungen unterworfen und könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten. Die Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Er könne in vollem Umfang selbständig Personal einstellen und entlassen. Er müsse sich Urlaub nicht genehmigen lassen, könne weder sofort noch aus wichtigem Grund abberufen oder gekündigt werden, wobei eine Frist auch nicht vereinbart sei, und er habe Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung bei Arbeitsunfähigkeit für 6 Wochen. Er sei nicht gewinnbeteiligt und seine Vergütung werde als Betriebsausgabe für Lohn/Gehalt verbucht. Er verfüge als einziger Geschäftsführer über die notwendigen Branchenkenntnisse. Seine Tätigkeit sei aufgrund von familienhaften Rücksichtsnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu "anderen" Gesellschaftern geprägt. Seine Angaben bestätigte er auch für die Beigeladene zu 4. Ergänzend gab der Kläger später an, seine Tätigkeit bestehe im Einkauf und Verkauf im Groß- und Einzelhandel, der Neueinstellung von Personal und der Fakturierung von Rechnungen.

Nach dem übersandten Arbeitsvertrag vom 28. September 1990 wurde der Kläger unbefristet ab 1. Oktober 1990 als Holzarbeiter eingestellt und war verpflichtet, auch andere zumutbare Arbeiten auszuführen, soweit sie im Betriebsablauf anfielen. Die Arbeitszeit richtete

sich nach den üblicherweise im Betrieb festgesetzten Zeiten, und zwar werktags von 9 bis 18 Uhr und sonntags von 9 bis 12 Uhr. Der Anspruch auf Urlaub richtete sich nach den gesetzlichen Bestimmungen.

Mit weiterhin übersandtem "Arbeitsvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer" vom 1. Januar 1997 wurde der Kläger als Verkäufer mit einem monatlichen Bruttogehalt von 4.260 DM angestellt. Die Arbeitszeit betrug 40 h wöchentlich und der Urlaubsanspruch 25 Arbeitstage. Die übrigen Regelungen waren formularmäßig abgefasst und von den Vertragsparteien nicht abgeändert worden. Unterschrieben war der Arbeitsvertrag von K. für die Beigeladene zu 4.

Mit Ergänzung vom 31. Januar 2000 zu diesem Arbeitsvertrag wurde das Bruttogehalt des Klägers mit Wirkung vom 1. Februar 2000 um 1.000 DM auf 4.400 DM brutto bis auf Widerruf "einvernehmlich" herabgesetzt; der Vertrag ist durch K. für die Beigeladene zu 4. unterzeichnet.

Die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 4. endete durch ordentliche Kündigung vom 30. Juli 2007 zum 31. August 2007. Als Kündigungsgrund war angegeben "aus betriebsbedingten Gründen". Unterschrieben war das Kündigungsschreiben von K. als Geschäftsführer und vom Kläger. Die Beigeladene zu 4. hat danach den Geschäftsgegenstand geändert.

K. absolvierte in der Zeit von Oktober 2002 bis März 2010 ein abgeschlossenes Universitätsstudium der Psychologie, wobei der Hauptwohnsitz am Ort des Firmensitzes verblieb.

Mit Bescheid vom 31. Januar 2005 stellte die Beklagte fest, der Kläger unterliege seit 1. Januar 2004 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung. Zur Begründung vertrat die Beklagte die Auffassung, der Kläger besitze zwar keine Anteile an der Beigeladenen zu 4., unterliege aber weder hinsichtlich Zeit, Ort noch Art seiner Beschäftigung dem Direktionsrecht seines Arbeitgebers. Bei einer GmbH, an der – wie hier K. als Schwager – ausschließlich Familienangehörige beteiligt sind, sei grundsätzlich ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Geschäftsführers ausgeschlossen, der zur Familie gehört. Die in einer derartigen Familiengesellschaft vorliegende Verbundenheit zwischen den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer schaffe ein Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander und bewirke einen Einklang der Interessen. Seine Geschäftsführertätigkeit werde überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt. Die Umstellung in ein freiwilliges Versicherungsverhältnis erfolge mit Wirkung zum 1. Januar 2004. In der Folgezeit erstattete die Beklagte der Beigeladenen zu 4. die für die Monate Januar 2004 bis Februar 2005 (noch) abgeführten Pflichtbeiträge.

Nachfolgend erinnerte der Kläger an die Feststellung für die Zeit vom 1. Oktober 1990 bis zum 31. Dezember 2003. Auch während dieses Zeitraums sei er in der GmbH selbstständig beschäftigt gewesen, weil keine Eingliederung in den Betrieb und keine Weisungsgebundenheit bestanden habe. Auf die Tatsache, dass er in dieser Zeit nicht Geschäftsführer und Organ der Beigeladenen zu 4. gewesen sei, komme es nicht an, weil er faktisch ein Betriebsleiter gewesen sei.

Mit Bescheid vom 2. März 2005 lehnte die Beklagte die begehrte Feststellung für die Zeit vom 1. Januar 1991 bis zum 31. Dezember 2003 ab: Für die Beurteilung der versicherungsrechtlichen Stellung vor dem 1. Januar 2004 seien die Arbeitsverträge vom 28. September 1990 und 1. Januar 1997 und nicht die Angaben im Erhebungsbogen ausschlaggebend. Der Kläger sei zunächst als Holzarbeiter eingestellt worden und verpflichtet gewesen, auch andere zumutbare Tätigkeiten im Betriebsablauf auszuführen. Darin zeige sich Weisungsgebundenheit in der Art der Tätigkeit. Auch der zeitliche Umfang, die monatlich feststehende Vergütung, die Sozialleistungen des Arbeitgebers wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsansprüche, die Kündigungsfristen und ein Verbot der Arbeit für Dritte seien vertraglich festgeschrieben worden. Der Arbeitsvertrag vom 1. Januar 1997 enthalte ebenso eindeutige Merkmale einer nicht selbständigen Beschäftigung. Der Kläger habe mit seiner Unterschrift bestätigt, dass er sich den Weisungen seines Arbeitgebers unterordne. Nach beiden Verträgen habe es sich um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung gehandelt. Dies ergebe sich auch aus allen vorliegenden Unterlagen, wie der Meldung zur Sozialversicherung und den Beitragsnachweisen.

Gegen diesen Bescheid legte der Kläger noch im Erlassmonat Widerspruch ein und machte geltend, angesichts der tatsächlichen Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses müssten die schriftlichen Vereinbarungen in den Hintergrund treten, wie sich aus der Rechtsprechung des BSG ergebe.

Der Kläger legte im Widerspruchsverfahren Ablichtungen der Gesellschaftsverträge seit 1991 vor. Nach dem Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 4. vom 24. September 2004 wurde dem Geschäftsführer K. gestattet, auch Betriebe mit gleichem Geschäftszweig zu führen und anderweitig tätig zu sein und insoweit Vollmachten entgegenzunehmen. Der Kläger war in dem Gesellschaftsvertrag vom 24. September 2004 namentlich nicht erwähnt. Nach dem Auszug aus dem Handelsregister Nr. 2016 konnte er als Geschäftsführer die Gesellschaft stets allein vertreten und war befugt, Rechtsgeschäfte mit sich selbst oder mit sich als Vertreter Dritter abzuschließen.

Der Kläger kündigte die freiwillige Mitgliedschaft bei der Beklagten zum 31. Juli 2005 und äußerte die Absicht, in die private Krankenversicherung zu wechseln.

Mit Schreiben vom 16. Juni 2005 hörte die Beklagte den Kläger u. a. zur Aufhebung ihres Bescheides vom 31. Januar 2005 an. Sie bekräftigte ihre Rechtsansicht, wonach der Kläger vom 1. Oktober 1990 bis 11. Juni 1991 als Holzarbeiter bzw. Verkäufer zunächst für das Einzelunternehmen und ab 12. Juni 1991 für die an diesem Tag in das Handelsregister eingetragene GmbH sozialversicherungspflichtig tätig gewesen sei. Wenn er nun erkläre, er sei im Rahmen dieser Tätigkeit weisungsfrei gewesen, sei dies auch unter Berücksichtigung üblicher Regelungen in den Anstellungsverträgen nicht plausibel. Bis 23. September 2004 sei er bei der Beigeladenen zu 4. weder Geschäftsführer noch Gesellschafter gewesen. Er sei nicht an deren Gewinn oder Verlust beteiligt gewesen und habe kein Unternehmerrisiko getragen. Die Vergütung sei ungeachtet des Betriebsergebnisses wie bei Arbeitnehmern üblich gezahlt worden. Auch sei er ab 12. Juni 1991 nicht bei einem Familienangehörigen, sondern bei einer GmbH als juristischen Person beschäftigt gewesen. Beschäftigte einer GmbH seien nur dann nicht abhängig beschäftigt, wenn beispielsweise der nicht am Gesellschaftskapital beteiligte Geschäftsführer als Alleinherrscher der GmbH auftrete und sämtliche Entscheidungen innerhalb der GmbH treffe. Dies sei bei dem Kläger nicht der Fall. Seine Arbeitnehmereigenschaft sei über viele Jahre hinweg niemals angezweifelt worden. Es widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass den Beteiligten erst nach 15 Jahren die Selbständigkeit eines Mitarbeiters auffalle. Aus diesen Gründen sei der Bescheid vom 2. März 2005 zu bestätigen.

Der Bescheid vom 31. Januar 2005 sei hinsichtlich der versicherungsrechtlichen Beurteilung für die Zeit ab 1. Januar 2004 unzutreffend. Entgegen den Angaben im Feststellungsbogen sei er nicht bereits seit 1. Januar 2004, sondern erst durch Beschluss vom 24. September 2004 zum weiteren Geschäftsführer bestellt und am 17. März 2005 als solcher in das Handelsregister eingetragen worden. Unabhängig davon führe die Bestellung zum weiteren Geschäftsführer nicht dazu, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liege bei Geschäftsführern einer GmbH ohne Beteiligung am Stammkapital (sog. Fremdgeschäftsführer) grundsätzlich ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor. Allein aus der wiesungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit könne danach nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Geschäftsführer in eine nicht von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebs eingegliedert sei und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe. Er unterliege selbst bei umfangreichen Freiheiten der Überwachung durch die Gesellschafter auch, wenn sie davon regelmäßig keinen Gebrauch machten. Die Weisungsgebundenheit des Fremdgeschäftsführers verfeinere sich dabei wie allgemein bei Diensten höherer Art zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. So könne er auch als Beschäftigter Aufgaben eines Arbeitgebers wahrnehmen und selbst als leitender Angestellter persönlich abhängig beschäftigt sein. Gegen eine Selbständigkeit des Klägers spreche hier auch das fehlende Unternehmerrisiko, da er ein festes, Existenz sicherndes Arbeitsentgelt erhalten habe und keine Gewinnbeteiligung vereinbart gewesen sei.

Es sei deshalb beabsichtigt, den Bescheid vom 31. Januar 2005 als rechtswidrig begünstigenden Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen und erneut Sozialversicherungspflicht festzustellen. Nach [§ 45 Abs. 2 SGB X](#) dürfe ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut habe und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen sei in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Disposition getroffen habe, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen könne. Der Kläger erhalte Gelegenheit, sich (auch) zu ggf. zu berücksichtigenden Vertrauensschutz Gesichtspunkten – etwa getroffenen Vermögensdispositionen – zu äußern.

Dagegen wiederholte der Kläger mit Schreiben vom 24. Juni 2005 allein Einwände im Hinblick auf seine Selbständigkeit.

Mit Bescheid vom 4. Juli 2005 hob die Beklagte den Bescheid vom 31. Januar 2005 gemäß [§ 45 SGB X](#) mit Wirkung vom 1. August 2005 auf, da der Kläger in seiner Geschäftsführertätigkeit für die Beigeladene zu 4. der Sozialversicherungspflicht unterliege. Zur Begründung wiederholte sie die Auffassung aus dem Anhörungsschreiben und setzte sie in Beziehung zu den Einwänden des Klägers aus der Anhörung. Sie hielt dem Kläger weiter entgegen, Vertrauensschutz Gesichtspunkte seien weder vorgetragen noch ersichtlich. Anhaltspunkte für eine abweichende Ermessensentscheidung lägen nicht vor.

Gegen den Bescheid, der ihm auf dem Postweg zugegangen war, legte der Kläger am Montag, dem 8. August 2005 unter Hinweis auf sein bisheriges Vorbringen Widerspruch ein. Er erklärte, ab Beginn der Versicherungspflicht am 1. August 2005 wieder bei der Beklagten versichert sein zu wollen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 20. Februar 2006 wies die Beklagte die Widersprüche gegen die Bescheide am 2. März 2005 und 4. Juli 2005 als unbegründet zurück, weil der Kläger in der Zeit vom 1. Januar 1991 bis 31. Dezember 2003 und ab 1. August 2005 abhängig beschäftigt gewesen sei, wofür Versicherungspflicht in allen (aufgezählten) Zweigen der Sozialversicherung bestehe. Ein entgeltliches und versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis setze als Ausdruck persönlicher Abhängigkeit voraus, dass der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert und einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen sei und dass er ein angemessenes Entgelt erhalte. Weitere Abgrenzungskriterien seien, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen worden sei, das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliege, als Betriebsausgabe verbucht und zur freien Verfügung ausgezahlt werde. Wenn der Beschäftigte Angehöriger sei, sei weiter von Bedeutung, ob er eine fremde Arbeitskraft ersetze.

In der Zeit vom 1. Januar bis 11. Juni 1991 hätten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen, da der Arbeitsvertrag vom 28. September 1990 mit der Regelung der Arbeitszeit, Vergütung und Art der Tätigkeit arbeitnehmertypische Regelungen enthalten habe. Das Vorbringen einer davon abweichenden Praxis überzeuge nicht. Für den Abschluss des Vertrages sei dann kein Motiv ersichtlich. Vielmehr sei das jetzige Vorbringen als Zweckbehauptung zu würgen. Für die Arbeitnehmereigenschaft spreche auch die entsprechende Anmeldung. Diese Feststellungen gälten sinngemäß auch für die Beschäftigung als Verkäufer in der Zeit vom 12. Juni 1991 bis 31. Dezember 2003 und – überwiegend – auch für die ab 1. August 2005 ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer.

Als Geschäftsführer sei der Kläger an der Gesellschaft nicht beteiligt gewesen und habe damit insbesondere keine Beschlüsse verhindern können, die sein Arbeitsverhältnis betroffen hätten. Fremdgeschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung stünden regelmäßig in einem Beschäftigungsverhältnis. Auch wenn sie keinen Beschränkungen hinsichtlich der Art und Weise ihrer Tätigkeit und ihrer zeitlichen Verteilung unterlägen, so lägen immer noch die Betriebsorganisation und der Geschäftsablauf in der Hand der Gesellschafter. Die Weisungsgebundenheit drücke sich bei Diensten höherer Art auch nicht in konkreten Anweisungen aus, sondern sie sei zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Betriebsprozess verfeinert. Dies gelte umso mehr, wenn ein Mitarbeiter zunächst nicht zum Geschäftsführer bestellt worden sei. Es fehle zudem ein echtes Unternehmerrisiko. Ein solches sei erst anzunehmen, wenn der Erfolg unmittelbar und überwiegend von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängt, z. B. Verluste mitgetragen werden müssten.

Mit seiner am 10. März 2006 beim Sozialgericht Magdeburg erhobenen Klage hat der Kläger vorgetragen, sein Aufgabengebiet sei sehr breit gefächert gewesen. Neben dem Verkauf, dem Zuschnitt und der Auslieferung von Waren sei er auch für den Wareneinkauf und das Fakturieren zuständig gewesen. Später sei er auch für Einstellungsgespräche, Verkaufsgespräche mit Großkunden und Dispositionen über Warenlieferung verantwortlich gewesen. K. habe in allen Unternehmensbereichen mitgearbeitet, sei dabei aber überwiegend mit Lieferungen an Kunden beschäftigt gewesen. Deshalb sei der Einkauf der Waren fast ausschließlich durch die Hände des Klägers gelaufen. Obwohl er weder Prokurist noch Geschäftsführer gewesen sei, habe er Waren im Wert von bis zu 30.000 DM bestellt, die auch geliefert und bezahlt worden seien. Später, als K. ein Hochschulstudium absolviert habe, sei der Kläger insgesamt, auch für die Gewinnung von Neukunden sowie für das Rechnungs- und Mahnwesen, verantwortlich gewesen. Er sei als Leiter in den betrieblichen Entscheidungsprozess derart gleichberechtigt eingebunden gewesen, dass wichtige Entscheidungen gemeinsam besprochen und getroffen worden seien. Insoweit sei er unabhängig von seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung stimmberechtigt gewesen. Sowohl hinsichtlich der Arbeitszeit als auch der

Urlaubsplanung habe er sich im Sinne von Mehrarbeit bzw. Einteilung allein an betrieblichen Belangen ausgerichtet. Ab Januar 2000 habe er freiwillig und von ihm einseitig widerruflich auf einen Teil seines Gehaltes verzichtet.

Der Kläger hat ergänzend in der mündlichen Verhandlung vom 8. April 2011 angegeben, Gegenstand der Firma sei der Verkauf von Baumaterialien und die damit verbundene Beratung von Kunden gewesen. Die Firma habe Baumaterialien sowohl für den Endverbraucher als auch für den Großverbraucher wie beispielsweise Dachdeckerfirmen verkauft und ausgeliefert. Er habe sämtliche anfallenden Tätigkeiten verrichtet, wozu beispielsweise auch das Entladen von LKW mittels Gabelstapler gehört habe. Die Umsätze der Firma seien ständig gestiegen. 1993/94 seien die ersten Fahrer angestellt und später auch ein Transporter zum Ausliefern angeschafft worden. Nachdem der Schwager das Studium aufgenommen habe, hätten in der Firma zwei Hände gefehlt, so dass er, der Kläger, alles allein gemacht habe. Er habe Kunden bedient, Waren bestellt und auch sonst alles erledigt. Bis dahin hätten sein Schwager und er alles gemeinsam erledigt. Auch über Einstellungen von Personal hätten sie gemeinsam entschieden. Mit seiner Bestellung zum Geschäftsführer im September 2004 habe sich für ihn nichts geändert. Aufgabenfeld und Tätigkeit seien gleich geblieben. Weisungen habe er nicht erhalten. In dem Familienbetrieb sei alles gemeinsam erledigt worden. Bei Terminen beim Notar und Steuerberater sei er stets anwesend gewesen. Er sei zum 31. August 2007 aus der Firma ausgeschieden, weil er quasi von einer Edelfirma geworben worden und dorthin gewechselt sei.

Schriftlich hat der Kläger weiter vorgetragen, vor diesem Hintergrund gehöre er nicht zu dem Kreis der abhängig beschäftigten Personen im Sinne des [§ 7 SGB IV](#). Zu Unrecht gehe die Beklagte davon aus, er hätte die Bedeutung des juristischen Begriffs der "abhängigen Beschäftigung" kennen müssen. Er und auch sein Schwiegervater hätten die Unterscheidung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit auch im Sinne einer laienhaften Bewertung und sinngemäß nicht erfassen können. Auch die Prüfstelle des Rentenversicherungsträgers habe den Betrieb nie über die Zusammenhänge bei mitarbeitenden Familienangehörigen informiert, obwohl ihr dies problemlos möglich gewesen wäre.

Nach der Rechtsprechung liege eine selbständige Tätigkeit dann vor, wenn der Arbeitgeber kein Weisungsrecht habe oder von diesem tatsächlich keinerlei Gebrauch mache. Wenn der Betreffende seine Tätigkeit mithin im Wesentlichen frei gestalten könne, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, Arbeitsort und zeit frei verfügen könne, oder er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes einfüge, liege keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor. Auf eine Inhaberschaft oder Beteiligung des Betroffenen komme es nur als hinreichenden Ausschlussgrund für eine abhängige Beschäftigung an (Hinweis auf BSG, Urt. v. 23.9.1982 – [10 RA 10/81](#)). Erst recht komme diesen Umständen im Rahmen einer Familienanbindung kein wesentliches Gewicht zu. Zu berücksichtigen seien sämtliche Umstände des Einzelfalles, wobei zunächst von den formellen und vertraglichen Regelungen des Beschäftigungsverhältnisses auszugehen sei. Wichen jedoch die tatsächlichen Verhältnisse davon ab, gäben diese den alleinigen Ausschlag.

Der Kläger sei nicht, wie dies für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) vorauszusetzen sei, wie eine fremde Arbeitskraft in den Familienbetrieb eingegliedert gewesen. Hierfür sei nach einer grundlegenden Entscheidung des BSG vom 15.12.1971 – [3 RK 67/68](#) – erforderlich, dass die Dienstleistung des Arbeitnehmers in einer von dritter Seite fortlaufend durch ein innerbetriebliches Organisationsschema vorgegebenen Ordnung aufginge. Bei der Beigeladenen zu 4. sei die Ordnung in diesem Sinne aber nicht durch den Schwiegervater oder K. einseitig vorgegeben worden, sondern es seien die im Betrieb anfallenden Aufgaben arbeitsteilig in gegenseitiger Abstimmung erledigt worden. Auch die weitgehende Abwesenheit des K. während seines Studiums in einer Zeit, in der sich der Familienbetrieb laufend vergrößert habe, belege, dass der Kläger die betriebliche Ordnung im Sinne dieser Rechtsprechung (mit)gestaltet habe. Der Kläger sei auch nicht weisungsgebunden gewesen. Da sämtliche Aufgaben – für einen Familienbetrieb typisch – gleichberechtigt nebeneinander arbeitsteilig verrichtet worden seien, fehle es an einer persönlichen Abhängigkeit. Die enge familiäre Verbundenheit habe Weisungen auch tatsächlich ausgeschlossen und dadurch die Rechtsmacht überlagert (Hinweis auf BSG v. 17.5.2001 – [B 12 KR 34/00 R](#)). Es komme nicht darauf an, ob für die Gesellschafter die Möglichkeit bestand, Einfluss auszuüben, sondern darauf, ob von einer etwaigen Weisungsbefugnis tatsächlich Gebrauch gemacht worden sei (BSG, Urt. v. 11.2.1993 – [7 RA 48/92](#)). Hier sei jedoch nachgewiesen, dass die auf dem Papier bestehenden Befugnisse in der Praxis nicht ausgeübt worden seien. Nach der Rechtsprechung des BSG (Urt. v. 9.11.1989 – [11 RA 39/89](#)) gehöre zu den tatsächlichen Verhältnissen unabhängig von ihrer Ausübung auch die vorhandene Rechtsmacht. Es seien sowohl derjenige, der die Rechtsmacht habe, als auch derjenige, der die Gesellschaft ohne Rechtsmacht tatsächlich leite, nicht abhängig beschäftigt. Führe der Geschäftsführer aufgrund verwandtschaftlicher Beziehungen faktisch die Geschäfte nach eigenem Gutdünken, sei er nicht persönlich abhängig (BSG, Urt. v. 8.12.1987 – [7 RA 25/86](#)). Wäre das Unternehmen nicht umgekehrt von ihm abhängig gewesen, hätte nach seinem Ausscheiden ein anderer Geschäftsführer angestellt und das Unternehmen fortgeführt werden können. Tatsächlich sei es nach seinem Ausscheiden jedoch hinsichtlich des früheren Geschäftsgegenstandes aufgegeben worden, weil es mit ihm untrennbar verknüpft gewesen sei. Im Ergebnis sprächen nach dem Sachverhalt sämtliche maßgeblichen Kriterien eher für eine versicherungsfreie Tätigkeit.

Die Beklagte habe im Übrigen auch nicht über Versicherungspflicht entschieden, sondern unzulässig über die abhängige Beschäftigung (entgegen BSG, Urt. v. 11.3. 2009 – [B 12 R 11/07 R](#)).

Die Beklagte hat ergänzend ausgeführt, der Kläger habe auch als Geschäftsführer und nach Aufnahme des Studiums durch K. dessen Weisungen als Alleingesellschafter beachten müssen. Ob diese Rechtsmacht tatsächlich ausgeübt worden sei, sei unbeachtlich (BSG, Urt. v. 24.1.2007 – [B 12 KR 31/06 R](#)). Der Anstellungsvertrag vom 1. Januar 1997 sei grundsätzlich weiterhin zu beachten und nur in Schriftform abänderbar. Auch bei Tätigkeiten in Familienunternehmen stelle sich stets die Frage nach dem Unternehmerrisiko und der Machtfülle. Selbst zum Geschäftsführer sei der Kläger laut Auszug aus dem Handelsregister erst im März 2005 bestellt worden, so dass sich erst dann die Frage stelle, ob er die Geschäfte faktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken geführt habe. Jedoch sei dies auch dann nicht der Fall gewesen.

Fremdgeschäftsführer stünden auch dann regelmäßig in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, wenn sie keinen Weisungen unterliegen und im täglichen Dienstbetrieb frei schalten und walten könnten (BSG, Urt. v. 18.12.2001 – [B 12 KR 10/01 R](#) – [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)). In Ausnahmefällen könne auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis gegeben sein. Ein solcher Ausnahmefall könne insbesondere bei Geschäftsführern in Betracht kommen, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden sind (BSG, Urt. v. 11.2.1993 – [7 RA 48/92](#)) und die Geschäfte wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führen könnten. Solche Verhältnisse hätten hier aber offensichtlich nicht vorgelegen, da nicht ersichtlich sei, dass der Kläger K. im vorgenannten Sinne dominiert habe. Hier sei festzustellen, dass der Kläger aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse keinen entscheidenden Einfluss

auf das Unternehmen habe ausüben können. Auch sei kein Unternehmerrisiko erkennbar. Ein Risiko liege dann vor, wenn der Erfolg des Arbeitseinsatzes unmittelbar und überwiegend von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängt, zum Beispiel auch Verluste mitgetragen werden müssten. Umgekehrt habe der Kläger ein regelmäßiges, von der Ertragslage des Unternehmens unabhängiges monatliches Arbeitsentgelt erhalten. An dieser Bewertung ändere sich auch nichts für die Zeit vom 1. Oktober 2002 bis Juli 2007. K. habe während dieser Zeit seines Studiums weiterhin mit Hauptwohnsitz am Ort des Gesellschaftssitzes gewohnt und von dort die Geschicke des Unternehmens maßgeblich bestimmen können.

Die Bundesagentur für Arbeit als Beigeladene zu 2. hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, der Kläger habe angesichts der tatsächlichen Verhältnisse ab Oktober 2002 keine fremdbestimmten Dienste für die Gesellschaft geleistet und sei deshalb nicht mehr versicherungspflichtig beschäftigt gewesen.

Das Sozialgericht hat am 13. Oktober 2008 K. als Zeugen vernommen. Wegen der Einzelheiten seiner Angaben wird auf Bl. 147 ff. d. A. Bezug genommen. Er hat angegeben, zunächst seien der Kläger und er allein im Unternehmen beschäftigt gewesen. Später hätten sie weitere Arbeitskräfte eingestellt. Ihrer beider Tätigkeit sei gleichberechtigt gewesen. Sie hätten auch dasselbe verdient. Nach dem Ende des Baubooms hätten sie auch Gehaltseinbußen in Kauf genommen. Da es sich bei der GmbH um ein Familienunternehmen gehandelt habe, hätten sie den ihnen zustehenden Urlaub nicht in vollem Umfang genommen und bei den Arbeitsstunden nicht unbedingt auf die Einhaltung der Arbeitszeit geachtet. Wesentliche Entscheidungen hätten sie gemeinsam getroffen. 2002 habe er sein Studium aufgenommen. Aus diesem Grund habe sein Schwager die Arbeit in der GmbH allein bewältigen müssen, die bis dahin zwischen beiden aufgeteilt gewesen sei. Er habe nur noch zeitweise und mit gehaltstechnisch auf 70 Monatsstunden verminderter Zahl weiter gearbeitet. Weshalb der Kläger erst 2004 zum Geschäftsführer berufen worden sei, könne er heute nicht mehr sagen. Eine Aufteilung der Anteile habe er deshalb nicht in Erwägung gezogen, weil er diese nur als fiktiv ansehe. Ihr Einkommen hätten er und der Kläger immer aus dem Gehalt erhalten. Gewinnausschüttungen habe es nicht gegeben.

Der Kläger habe von Anfang an das Rechnungswesen und den Wareneinkauf betreut. Daneben hätten sie beide sich gleichberechtigt um die praktischen Arbeiten auf dem Gelände gekümmert. Der Kläger habe auch selbständig Aufträge ausgelöst, was stets funktioniert habe, auch ohne dass er ausdrücklich bevollmächtigt gewesen sei. Die gemeinsame Arbeit sei notwendig gewesen, da es sich um ein kleines Unternehmen gehandelt habe, das in seiner Hochphase neben dem Kläger noch ihn, seine Schwester und zwei Fahrer beschäftigt habe. Er habe dem Kläger keine Weisungen erteilen müssen, da dieser die Arbeit gesehen habe. Um Abgabefragen habe sich das Steuerbüro gekümmert.

Das Sozialgericht hat K. als Vertreter der Beigeladenen zu 4. in der mündlichen Verhandlung vom 8. April 2011 ergänzend gehört; insoweit wird auf Bl. 352 f. d. A. Bezug genommen. Er hat angegeben, wegen der geringen Größe des Unternehmens habe auch er als Geschäftsführer be- und entladen, den Gabelstapler gefahren oder den Hof gefegt. Dass ein Geschäftsführer bestellt worden sei, sei wegen der entsprechenden gesetzlichen Forderung notwendig gewesen. Im Grunde hätte man schon damals ebenso gut den Kläger bestellen können. In der Praxis habe sich sein Amt als Geschäftsführer in einigen notwendigen Unterschriften niedergeschlagen. Wenn z. B. Vertreter die Firma aufgesucht hätten, sei er als Chef vorgestellt worden bzw. habe sich so vorgestellt. Entscheidungen seien gemeinsam getroffen worden. Bei Kündigungen habe er sich mit dem Kläger abgewechselt. Sein Gehalt und dasjenige des Klägers seien gleich hoch gewesen, bis er wegen seines Studiums seine Arbeitszeit beschränkt habe. In der verbleibenden Zeit habe er seitdem im Verkauf und der Auslieferung gearbeitet, während der Kläger die Entscheidungen getroffen habe. Die Zeit hätte ihm dann auch nicht mehr gereicht, sich in die Vorgänge einzuarbeiten. Wenn er am Arbeitsplatz gewesen sei, seien allerdings auch Themen zur Firma besprochen worden, so wie er dies in einer Familie auch als üblich ansehe. Nach dem Ausscheiden des Klägers aus der Firma habe er die Fortsetzung des Betriebes nicht in Betracht gezogen, da er sich mit seinem Studium beruflich neu orientiert habe. Er selbst sei seit langem privat krankenversichert, und in seinem Bescheid von der Rentenversicherung stehe für die ganzen letzten Jahre "nichts drin".

Das Sozialgericht hat weiter die Ehefrau des Klägers, die Zeugin P., Bl. 353 f. d. A., vernommen. Sie hat ausgesagt, bei der Beigeladenen zu 4. von 1995 bis 2005 als Buchhalterin in Vollzeit beschäftigt gewesen zu sein. Sie wisse nicht mehr, wann sie als Gesellschafterin ausgestiegen sei. Die Beigeladene zu 4. sei ein kleines Unternehmen gewesen, in dem alles gemeinsam besprochen worden sei. Auch sie, die Zeugin, habe über Personalfragen mitentschieden. Erinnern könne sie sich an eine Gesellschafterversammlung zur Vorbereitung einer Betriebsprüfung durch das Finanzamt. Es sei niemals um die Frage gegangen, wie man seine Arbeit zu verrichten habe und welche Aufgaben dem Kläger obliegen haben. Stets hätten strategische Entscheidungen im Vordergrund gestanden. Weisungen seien dem Kläger nicht erteilt worden. Die Stimmenanteile nach dem Gesellschaftervertrag hätten auf die Entscheidungen keine Auswirkungen gehabt. Nach der Aufnahme eines Studiums durch ihren Bruder sei der Kläger Hauptansprechpartner gewesen und habe Entscheidungen im Tagesgeschäft allein getroffen. In allen anderen Fragen habe er die Initiative ergriffen. Die Entscheidungen seien dann in der Familie, nach Besprechung zwischen dem Kläger, ihr, ihrem Bruder und ihren Eltern, getroffen worden. Sie nehme an, dass der Kläger zum Geschäftsführer bestellt worden sei, um eine Vertretung ihres Bruders vor Ort stellen zu können.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 8. April 2011 abgewiesen und dazu im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei als Feststellungsklage nach [§ 55 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) zulässig. Das Feststellungsinteresse ergebe sich daraus, dass der Kläger im Falle eines für ihn positiven Ausgangs des Verfahrens einen Anspruch auf Erstattung der dann zu Unrecht entrichteten Sozialversicherungsbeiträge gegenüber der Beklagten geltend machen könne.

Allerdings sei die Klage unbegründet. Gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) sei Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) seien Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisung und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Die persönliche Abhängigkeit setze die Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere bezüglich Zeit, Dauer, Art und Ort der Beschäftigung voraus (Hinweis auf BSG, Urt. v. 8.8.1990 – [11 RA-R 77/89](#)). Zwar könne die Weisungsgebundenheit bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, sie dürfe jedoch nicht völlig entfallen. Selbständig sei demgegenüber derjenige, der über die eigene Arbeitskraft, Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen könne und das Unternehmensrisiko trage (Hinweis auf BSG, Urt. v. 30.6.1999 – [B 2 U 35/98](#)).

Grundsätzlich seien Geschäftsführer, die nicht am Stammkapital einer GmbH beteiligt sind, so genannte Fremdgeschäftsführer, abhängig Beschäftigte (so BSG, Urt. v. 24.6.1982 – 17 RK 45/80; 18.12.2001 – [B 12 KR 10/01 R](#)). In Ausnahmefällen, so z.B. in Fällen einer Familien-

GmbH oder sonstiger Familienbindungen zu Mehrheitsgesellschaftern könnten die Verhältnisse aber gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis eines Geschäftsführers ohne Kapitalbeteiligung sprechen. Dies sei der Fall, wenn die Geschäftsführertätigkeit in der Familien-GmbH mehr durch familienhafte Rücksichtnahme und ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch den typischen Interessengegensatz eines Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Verhältnisses gekennzeichnet sei (so BSG, Urt. v. 8.12.1987 – [7 RA R 25/86](#)). Wenn es an einer persönlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers fehle, sei dieser nicht für ein fremdes, sondern für ein eigenes Unternehmen weisungsfrei und somit selbständig tätig. Eine selbständige Tätigkeit sei anzunehmen, wenn der Geschäftsführer nach der Gestaltung der vertraglichen Beziehung zur Gesellschaft und der tatsächlichen Durchführung des Vertrages hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Art der Tätigkeiten im Wesentlichen weisungsfrei sei. Prüfungsmaßstab seien dabei zunächst die im Gesellschaftsvertrag und im Geschäftsführervertrag getroffenen Regelungen. Soweit die tatsächlichen Verhältnisse von diesen entscheidend abwichen, sei im Einzelfall auf diese abzustellen. Entscheidend sei, sondern, ob das Gesamtbild von Kriterien der Selbständigkeit oder der Abhängigkeit bestimmt werde.

Bis zum 24. September 2004 scheitere die Annahme einer selbständigen Tätigkeit von vornherein an der fehlenden Geschäftsführerbestellung. Auch wenn der Kläger die Aufgaben eines Geschäftsführers wahrgenommen haben sollte, habe er hierzu nicht die Rechtsmacht gehabt. Diese sei jedoch für die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich (BSG, Urt. v. 24.1.2007 – [B 12 KR 31/06](#)). Danach sei die Rechtsbeziehung maßgeblich, wie sie praktiziert werde und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig wäre. Da die Wahrnehmung von Geschäftsführeraufgaben durch einen nicht bestellten Geschäftsführer rechtlich nicht zulässig sei, scheide für den Zeitraum bis 24. September 2004 eine selbständige Tätigkeit aus.

Auch für die Zeit ab 24. September 2004 überwogen die Kriterien für eine abhängige Beschäftigung. Für eine selbständige Tätigkeit spreche, dass der Kläger nach den übereinstimmenden Darlegungen der Zeugen und nach seinem eigenen Vortrag ein umfassendes Aufgabengebiet wahrzunehmen gehabt habe. Insbesondere sei er ab Oktober 2002, nach dem Beginn des Studiums des K., mit nahezu allen Aufgaben im Unternehmen betraut gewesen. Diese leitende Funktion sei jedoch in einem kleinen Unternehmen nicht unüblich. Auch der Umstand, dass der Kläger im Jahre 2000 auf einen Teil seines Gehalts verzichtet habe, spreche für eine selbständige Tätigkeit, ebenso die Tatsache, dass er seinen Urlaub nicht immer in vollem Umfang in Anspruch genommen und Überstunden geleistet habe, die nicht vergütet worden seien. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen die arbeitsvertraglichen Regelungen, da der Kläger mit Arbeitsvertrag vom 1. Januar 1997 als Verkaufsleiter eingestellt worden sei. Ferner sprächen die Zahlung eines festen Gehaltes ohne Umsatzbeteiligung, der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, die vertragliche Regelung und die fehlende umfassende alleinige Entscheidungskompetenz des Klägers auch nach der Bestellung zum vertretungsberechtigten Geschäftsführer für eine abhängige Beschäftigung. Nach den Darlegungen des Klägers und der Zeugen seien Entscheidungen immer einvernehmlich getroffen worden, was darauf schließen lasse, dass alle Beteiligten stets – und offenbar erfolgreich – um einvernehmliche Lösungen bemüht gewesen seien. Wenn auch nach Aufnahme des Studiums durch K. und Berufung des Klägers zum weiteren Geschäftsführer im September 2004 noch alle Entscheidungen im Familienverbund getroffen worden seien, spreche dies für keine völlig unabhängige und weisungsfreie Tätigkeit des Klägers. Er habe über das Tagesgeschäft hinaus keine alleinige Entscheidungskompetenz gehabt und wahrgenommen. Der bestimmende Einfluss Ks. ergebe sich bereits aus seiner Rolle als Alleingesellschafter. Insgesamt spreche mehr für als gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers, so dass er im streitbefangenen Zeitraum der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe.

Für den Rücknahmebescheid vom 4. Juli 2005 hätten die Voraussetzungen nach [§ 45 Abs. 1 SGB X](#) vorgelegen. Schutzwürdige Vertrauens Gesichtspunkte nach [§ 45 Abs. 2 S. 1](#), 2 SGB X lägen beim Kläger nicht vor. Die Rücknahme des feststellenden Bescheides für die Zeit ab 1. August 2005 unterliege keinen Bedenken, da keine Dispositionen erkennbar seien, die einer Aufhebung für die Zukunft unter Vertrauensschutz Gesichtspunkten entgegenstehen könnten.

Das ihm am 26. Mai 2011 zugestellte Urteil greift der Kläger mit seiner am 27. Juni 2011, einem Montag, beim Landessozialgericht Sachsen-Anhalt erhobenen Berufung an. Er vertritt weiterhin die Auffassung, dass er vom 12. Juni 1991 bis 31. Dezember 2003 sowie vom 1. August 2005 bis 31. August 2007 nicht der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag. Nach der Antragstellung zu Protokoll des Gerichts hat er dazu weiter vorgetragen, seine Versicherungsfreiheit sei für den Zeitraum bis 31. Dezember 2003 erstmals festzustellen. Für den Zeitraum ab 1. August 2005 sei die Wirkung des "Ursprungsbescheides" (vom 31. Januar 2005) wieder herzustellen. Dadurch würden die Zeiträume ab 1. Januar 2004 versicherungsfrei, ohne dass es einer gesonderten Feststellung bedürfe.

Zur Begründung trägt er vor, das Sozialgericht habe zu Unrecht entscheidend auf die Rechtsmacht in der Gesellschaft abgestellt. Vielmehr habe das BSG stets auch denjenigen als sozialversicherungsfrei beurteilt, der ein Unternehmen tatsächlich leite, obwohl er nicht die Rechtsmacht habe. Mit der gegenteiligen Auffassung werde der in [§ 7 SGB IV](#) zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers missachtet, wonach Sozialversicherungspflicht nicht jeden treffe, der nicht Inhaber eines Unternehmens ist. Auch sei eine Eintragung in das Handelsregister nicht Voraussetzung, um eine GmbH wirksam berechtigen und verpflichten zu können. Insofern sei auf die Rechtsprechung über den faktischen Geschäftsführer und die Regelungen in [§§ 164 ff. BGB](#) zu verweisen. Die Befugnis zu einer zumindest faktischen Geschäftsführung könne konkludent und sogar durch Duldung erteilt werden, wobei den nicht eingetragenen Geschäftsführer umfassende straf- und zivilrechtliche Konsequenzen träfen. Er, der Kläger, habe nach der Bestätigung der Zeugen die Befugnis gehabt, das Unternehmen rechtswirksam zu leiten und dessen Geschicke maßgeblich zu bestimmen. Das Sozialgericht habe einen unzulässigen Schluss allein von den vertraglichen Verhältnissen auf die Wirklichkeit gezogen, während die höchstgerichtliche Rechtsprechung den tatsächlichen Verhältnissen den Vorrang einräume. Er habe schon vor seiner Bestellung zum Geschäftsführer das Unternehmen nach eigenem Gutdünken dominiert und habe sich tatsächlich keiner Gesellschafterversammlung und keinem Gesellschafterbeschluss ausgesetzt gesehen. In den Urteilen vom 29.8.2012 ([B 12 R 14/10 R](#) und [B 12 KR 25/10 R](#)) habe das Bundessozialgericht keine neuen Rechtssätze aufgestellt. Tatsächliche, rechtlich zulässige Einflussmöglichkeiten seien weiterhin bei der Unterscheidung zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung zu beachten. Alles andere sei auch widersinnig, weil nach [§ 7 SGB IV](#) eine abhängige Beschäftigung nicht allein auf fehlende Alleininhaberschaft zu stützen sei.

Bei der Aufhebung des Bescheides vom 31. Januar 2005 habe die Beklagte zunächst keine ordnungsgemäße Anhörung vorgenommen, da sie nur den Kläger, aber nicht die Beigeladene zu 4. angehört habe. Sie habe auch kein ordnungsgemäßes Ermessen ausgeübt. Sie hätte unter anderem berücksichtigen müssen, dass sie erst kurz zuvor eine gegenteilige Entscheidung getroffen habe und dass dem Kläger keinerlei falsche oder unvollständige Angaben vorgeworfen werden könnten. Es habe überhaupt keine anderen Informationen gegeben,

sondern lediglich einen Motivwechsel. Der Kläger habe Vertrauensschutz besessen, weil er in der Annahme, es bestehe keine Beitragspflicht, keine weiteren Beiträge mehr entrichtet habe. Stattdessen habe er Dispositionen getroffen, anderweitig vorgesorgt und keine Rückstellungen für etwaige zusätzliche Zahlungspflichten gebildet. Er habe mit einer Beitragserstattung gerechnet und Ausgaben getätigt bzw. sei Verpflichtungen eingegangen, die er ohne diese Erwartung nicht eingegangen wäre. Die Beklagte hätte auch berücksichtigen müssen, dass er nun eine Versorgungslücke im Sozialversicherungssystem aufgewiesen habe und sich im Hinblick darauf eine alternative Vorsorge aufgebaut habe. Der Kläger hätte bereits die Mitgliedschaft bei der Beklagten gekündigt und sich privaten Versicherungsschutz aufbauen wollen, diese Bestrebungen aber jetzt stornieren müssen. Die Beklagte habe dem Kläger die bestehenden Anwartschaften zerstört und er sich auf eine insgesamt nicht versicherungspflichtige Zukunft eingerichtet.

Der Kläger sieht seine Rechtsauffassung auch durch das Urteil des Bundessozialgerichts vom 3. Juli 2013 ([B 12 KR 8/11 R](#)) bestätigt, in dem das Gericht entschieden habe, die Rücknahme eines Bescheides über die Feststellung fehlender Sozialversicherungspflicht durch die beklagte Krankenkasse nach interner Missfallensäußerung der Deutschen Rentenversicherung Bund sei rechtswidrig. Auch hier habe die Beklagte ausschließlich auf Drängen der Beigeladenen zu 1. den begünstigenden Bescheid vom 31. Januar 2005 aufgehoben.

Der Kläger beantragt (nach seinem Vorbringen sinngemäß),

das Urteil des Sozialgerichts Magdeburg vom 8. April 2011 und die Bescheide der Beklagten vom 2. März und 4. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Februar 2006 aufzuheben und festzustellen, dass er bei der BHB GmbH (auch) in der Zeit vom 12. Juni 1991 bis 31. Dezember 2003 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladenen stellen keinen Antrag.

Die Beklagte hält das erstinstanzliche Urteil und ihre Bescheide für zutreffend. Sie stellt klar, Beitragsnachforderungen für den Zeitraum bis 31. Juli 2005 bestünden nicht. Sie habe den Bescheid vom 31. Januar 2005 nicht auf Drittanfechtung, sondern aus eigener Initiative aufgehoben. Nach entsprechender Gelegenheit zur Äußerung für den Kläger habe dieser keine Vertrauensschutzgesichtspunkte vorgetragen, die in die Ermessensabwägung hätten einfließen können.

Die Beigeladenen zu 1. – 3. treten der Rechtsauffassung der Beklagten in der Sache bei.

Die Beigeladene zu 2. hat mitgeteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1. September bis 9. September 2007 Arbeitslosengeld bewilligt zu haben. Sie sei jetzt ebenfalls der Auffassung, der Kläger habe in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden. Das Verfahren beim BSG – [B 12 KR 8/11 R](#) – betreffe einen anderen Sachverhalt. Im hier vorliegenden Fall habe die Beklagte ihren Verwaltungsakt weder auf Rechtsbehelf eines beigeladenen Versicherungsträgers noch für die Vergangenheit zurückgenommen. Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger auf eigene Initiative gehandelt und keine andere Rechtsgrundlage als [§ 45 SGB X](#) in Anspruch genommen.

Die Beigeladene zu 4. hat sich zum Verfahren nicht geäußert.

Die Beteiligten haben einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung in der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2013 – die Beklagte und die Beigeladenen zu 1.- 3. – und mit Schriftsätzen vom 27. November 2013 – die Beigeladene zu 4. – und vom 2. April 2014 – der Kläger – zugestimmt.

Neben den Gerichtsakten haben bei der Entscheidung die Akten der Beklagten zu Vers.-Nr. 164 411 052 (05307) und die Akte der Beigeladenen zu 2. – Kd.-Nr. 045D080726 – vorgelegen.

Entscheidungsgründe:

Die nach [§ 143](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) statthafte Berufung hat keinen Erfolg.

Sie ist unbegründet, weil die Bescheide der Beklagten vom 2. März und 4. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Februar 2006 den Kläger nicht im Sinne von [§§ 157, 54 Abs. 2 S. 1 SGG](#) beschweren.

Die Beklagte durfte den Bescheid vom 31. Januar 2005 mit Bescheid vom 4. Juli 2005 mit Wirkung vom 1. August 2005 aufheben. Die dagegen statthaft gerichtete Anfechtungsklage des Klägers ist gemäß [§ 54 Abs. 2 S. 1 SGG](#) unbegründet.

Die Beklagte ist gem. [§ 28h Abs. 2 S. 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV – i.d.F.d.G.v. 23.12.02, [BGBl. I S. 4621](#)) für die Entscheidung über die Versicherungspflicht zuständig; diese Zuständigkeit begründet gem. [§ 45 Abs. 5](#) i.V.m. [§ 44 Abs. 3](#) des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) auch die Zuständigkeit für die Rücknahme des Bescheides vom 31. Januar 2005. Die Entscheidungsbefugnis der Beigeladenen zu 1. nach [§ 7a Abs. 1 S. 3 SGB IV](#) ist hier schon deshalb nicht berührt, weil die Beklagte das Überprüfungsverfahren von Amts wegen eingeleitet hat. Eine Verpflichtung zur Abgabe des Verfahrens nach [§ 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV](#) bestand nicht, weil der Kläger die persönlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt.

Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung des Bescheides vom 31. Januar 2005 ist [§ 45 Abs. 1 S. 1 SGB X](#). Der Bescheid war im Sinne dieser Vorschrift rechtswidrig, weil der Kläger nach den geltenden Rechtsvorschriften nicht versicherungsfrei, sondern versicherungspflichtig Beschäftigter war. Die Beklagte durfte den Bescheid auch noch am 4. Juli 2005 mit Wirkung ab 1. August 2005 aufheben, weil der Kläger auch zu dieser Zeit noch versicherungspflichtig war. Darüber – und nicht nur über eine abhängige Beschäftigung – hat die Beklagte in dem Bescheid auch entschieden, indem sie die Aufhebung des Bescheides vom 31. Januar 2005 unmittelbar mit der Feststellung begründet hat, der Kläger unterliege in seiner Geschäftsführertätigkeit der Sozialversicherungspflicht. Die Herleitung dieses Satzes mit einer längeren

Darlegung der abhängigen Beschäftigung des Klägers entspricht der Rechtslage.

Der Kläger war gem. [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) in der Gesetzlichen Krankenversicherung, gem. [§ 20 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuches in der Gesetzlichen Pflegeversicherung, gem. [§ 1 S. 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VI) in der Gesetzlichen Rentenversicherung und gem. [§ 24 Abs. 1, § 25 Abs. 1 S. 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuches nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtig; Voraussetzung ist nach allen genannten Vorschriften eine Beschäftigung gegen Entgelt.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1 a.a.O.). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (sog. persönliche Abhängigkeit). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (vgl. BSG, Urt. v. 18.12.2001 – [B 12 KR 10/01](#), juris).

Diese Grundsätze sind auch bei Organen juristischer Personen anzuwenden. Auch bei ihnen ist entscheidend, ob sie von der Gesellschaft persönlich abhängig sind. Der Zugehörigkeit von Geschäftsführern einer juristischen Person zum Kreis der Beschäftigten steht insoweit nicht entgegen, dass sie selbst Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (BSG, Urt. v. 24.6.1982 – [12 RK 45/80](#)) und in der Regel keinen Weisungen Dritter bezüglich Zeit, Art und Ort ihrer Arbeitsleistung unterliegen.

Nur in besonderen Ausnahmefällen hat der Gesetzgeber derartige Personen vom Kreis der Beschäftigten oder der Versicherungspflichtigen ausgenommen, woraus bereits folgt, dass leitende Angestellte oder Organe juristischer Personen bereits aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen als Beschäftigte anzusehen sein können (vgl. BSG, Urt. v. 8.12.1987 – [7 RAR 25/86](#)). Dies zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 1 S. 3 SGB VI](#) sowie [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#)), die eine abhängige Beschäftigung nach allgemeinen Regeln voraussetzen.

Bei Fremdgeschäftsführern (solchen ohne Beteiligung am Kapital) einer GmbH ist regelmäßig eine abhängige Beschäftigung anzunehmen (BSG, Urt. v. 18.12.2001, [a.a.O.](#); Urt. v. 24.6.1982 – [12 RK 45/80](#)) und nur unter besonderen Umständen zu verneinen. Dies ist insbesondere bei Geschäftsführern der Fall, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden sind und die Geschäfte faktisch wie Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führen (BSG, Urt. v. 8.12.1987 – [7 RAR 25/86](#)).

Nach diesen Grundsätzen war der Kläger am 31. Januar und vom 1. August 2005 an bei der Beigeladenen zu 4. abhängig beschäftigt. Der Kläger war im streitigen Zeitraum nicht in seinem eigenen, sondern in einem fremden Betrieb des K. tätig. Maßgeblich ist zunächst der "Arbeitsvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer" vom 1. Januar 1997, der das Vertragsverhältnis zur Firma bestimmte. Dieser Vertrag hatte sowohl nach der Bezeichnung als auch nach seinem Inhalt mit einem monatlichen festen Gehalt und mit Ansprüchen auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und auf bezahlten jährlichen Erholungsurlaub ein Arbeitsverhältnis zum Gegenstand. Auf der Grundlage dieses Vertrages wurde der Kläger auch später als weiterer Geschäftsführer neben K. tätig. Wesentliche Änderungen des schriftlichen Arbeitsvertrages sind nicht beschlossen oder vereinbart worden.

Auch nach der tatsächlichen Durchführung der Tätigkeit, soweit diese von den schriftlichen Vereinbarungen abgewichen ist, sind keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine selbständige Tätigkeit ersichtlich. Der Kläger erhielt bis zu seinem Ausscheiden bei der Beigeladenen zu 4. ein festes Gehalt, das auch nach seinem freiwilligen Teilverzicht regelmäßig und ohne konkrete Abhängigkeit von Unternehmensgewinnen gezahlt wurde und weiterhin Grundlage der Lohnfortzahlung war. Soweit der Kläger vorgetragen hat, seinen Urlaub betrieblichen Erfordernissen – wie im Übrigen Arbeitgeber von ihren Arbeitnehmern beanspruchen können – angepasst zu haben, steht dem aber keine Möglichkeit der Beigeladenen zu 4. gegenüber, den Urlaubsanspruch zu kürzen. Soweit der Kläger wegen der familiären Einbindung des Betriebes auf Rechtspositionen im konkreten Anwendungsfall verzichtet hat, setzt dies gerade Klarheit unter den Beteiligten voraus, dass angesichts entsprechender Ansprüche solche Verzichtshandlungen auch erforderlich sind.

Das Ausschlag gebende Kriterium für die Einordnung als Arbeitnehmer ist einerseits die Tatsache, dass der Kläger keinerlei wirtschaftliche Risiken der GmbH getragen hat. Dies zeigt sich zuletzt auch daran, dass er bei der Beigeladenen zu 4. durch Kündigung ausgeschieden ist, ohne dass sich weitere Rechtsfolgen im Zusammenhang mit der Gesellschaft ergaben. Auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Gesellschaft vom Kläger lag jedenfalls insoweit nicht vor, als die Gesellschaft noch besteht. Die Einstellung des konkreten Betriebs im Bereich des Holzhandels hat nämlich der Zeuge K. allein mit einer persönlichen Umorientierung begründet, die schon in der Aufnahme des Studiums zum Ausdruck gekommen sei. Dass diese Umorientierung offensichtlich aus Anlass des Ausscheidens des Klägers in der GmbH umgesetzt wurde, spricht für eine faktisch starke Stellung des Klägers, die aber auch ein Arbeitnehmer mit besonderen Kenntnissen aufweisen kann.

Besondere Umstände, die die Tätigkeit des Klägers als Fremdgeschäftsführer gleichwohl als versicherungsfrei erscheinen lassen könnten, sind hier nicht ersichtlich. Soweit der Kläger wiederholt darauf hingewiesen hat, allein entscheidend seien die tatsächlichen Verhältnisse bei der Beigeladenen zu 4., die davon geprägt gewesen seien, dass er weisungsfrei gehandelt habe, entspricht dies nicht der Rechtslage.

Es trifft nicht zu, dass bei der Feststellung des Gesamtbilds den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zukommt (so wohl noch BSG, Urt. v. 22.6.2005 – [B 12 KR 28/03 R](#) – [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#) Rn. 7). Vielmehr sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse 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 (insbesondere BSG, Urt. v. 24.1.2007 – [B 12 KR 31/06 R](#) – [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) Rn. 17; Urt. v. 25.1.2006 – [B 12 KR 30/04 R](#), Urt. v. 28.5.2008 – [B 12 KR 13/07 R](#)). 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 Handhabung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine formlose Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die

einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 29.8.2012 – [B 12 R 14/10 R](#), juris, unter Hinweis auf Urt. v. 11.3.2009 – [B 12 KR 21/07 R](#); Urt. v. 29.9.2011 – [B 12 R 17/09 R](#) – juris, RdNr. 17; Urt. v. 29.8.2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – SozR 4-2400 § 7 Nr. 17). Nicht entscheidend ist dementsprechend, ob Rechtsscheintatbestände zum Schutz des Handelsverkehrs – im Falle von Duldungs- oder Anscheinsvollmachten – verwirklicht sind, solange die entsprechenden Befugnisse innerhalb der Gesellschaft nicht rechtlich verankert sind.

Die hier insbesondere seit Oktober 2002 vorliegende Abweichung der tatsächlichen Verhältnisse von den Regelungen des Anstellungsvertrages vom 1. Januar 1997 führt zu keiner anderen Beurteilung der Abgrenzung einer Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit. Insbesondere vermag auch der Gesichtspunkt der familiären Umstände kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen.

Der Kläger war in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 4. eingegliedert. Über den Umfang und die Abläufe des Geschäftsbetriebs konnte K. als alleiniger Kapitaleigner der Beigeladenen zu 4. entscheiden; er hatte gem. [§ 46 Nr. 6 GmbHG](#) die Befugnis zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführertätigkeit des Klägers. Auch soweit er von seiner Stellung keinen Gebrauch in Form von Weisungen machte, konnte der Kläger umgekehrt keine eigene Organisation schaffen, weil K. zu keinem Zeitpunkt von seinen Befugnissen und Verpflichtungen als Geschäftsführer zurücktrat. Als Mitgeschäftsführer blieb der Kläger in die vorgegebene Organisation eingebunden. Er besaß keine rechtliche Möglichkeit, die konkrete Ausgestaltung der betrieblichen Organisation allein zu prägen.

Im Übrigen war die Eingliederung in einen vorgegebenen betrieblichen Ablauf Voraussetzung für die Weisungsfreiheit des Klägers. Dies ergibt sich aus der Angabe des K., Weisungen an den Kläger seien nicht erforderlich gewesen, weil er die Arbeit gesehen habe. Diese Überlegung setzt nämlich einerseits voraus, dass es einen vorgegebenen Maßstab für die Arbeit gibt, die nach Art und Menge zu erledigen ist und drückt andererseits einen Vorbehalt aus, Weisungen erteilen zu müssen, wenn Arbeitsanforderungen in diesem Sinne unbemerkt bleiben würden. K. ist als Geschäftsführer auch während des Studiums aktiv geblieben, hat in der Firma gearbeitet und weiterhin an wesentlichen Entscheidungen mitgewirkt, indem er sie im Einvernehmen mit dem Kläger getroffen hat. So war der Kläger – wie es der Zeuge K. auch unwidersprochen bekundet hat – auf die Zusammenarbeit mit K. angewiesen. Demgegenüber ist es von geringerer Bedeutung, dass der Kläger mit Beginn des Studiums des K. für alle Geschäftsbereiche einschließlich der Personalangelegenheiten zuständig gewesen sein mag. Denn es gab keinerlei Vorkehrungen für eine Alleinherrschaft des Klägers in der Gesellschaft.

Weder die dem Kläger tatsächlich spätestens ab September 2004 eingeräumte Handlungsfreiheit noch die in der Bestellung zum Geschäftsführer eingeräumte Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot können eine Selbstständigkeit des Klägers im Rechtssinne rechtfertigen. Denn die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot spricht nicht zwingend für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit (BSG, Urt. v. 6.3.2003 – [B 11 AL 25/02 R](#) – SozR 4-2400 § 7 Nr. 1 Rn. 11, Urt. v. 4.7.2007 – [B 11a AL 5/06 R](#) – SozR 4-2400 Nr. 8 Rn. 17). Im Übrigen ist die Wahrnehmung von Handlungsfreiheiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Sie werden dennoch im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie – wie hier – fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (ständige Rechtsprechung, in jüngerer Zeit z. B. BSG, Urt. v. 3.2.1994 – [12 RK 84/92](#) – SozR 3-2940 § 3 Nr. 2 S. 9, Urt. v. 30.1.1990 – [11 RAr 47/88](#) – SozR 3-2400 § 7 Nr. 1, Urt. v. 18.12.2001 – [B 12 KR 10/01 R](#) – SozR 3-2400 § 7 Nr. 20 S. 80). Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die genannten Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, die wegen ihrer abhängigen Beschäftigung einer Ausnahme bedürfen.

Entgegen der Auffassung des Klägers sind auch die familiären Umstände nicht geeignet, Selbstständigkeit des Klägers zu begründen.

Eine selbständige Tätigkeit des Betroffenen ist auch für den Fall in Betracht zu ziehen, dass der Geschäftsführer nicht einmal über eine Sperrminorität in der jeweiligen Gesellschaft verfügte, wenn dessen Tätigwerden innerhalb einer Gesellschaft durch eine besondere Rücksichtnahme aufgrund familiärer Bindungen geprägt war (BSG, Urt. v. 29.10.1986 – [7 RAr 43/85](#); Urt. v. 8.12.1987 – [7 RAr 25/86](#); v. 14.12.1999 – [B 2 U 48/98 R](#); Urt. v. 23.9.1982 – [10 RAr 10/81](#) – SozR 2100 § 7 Nr. 7 S. 6; Urt. v. 28.1.1992 – [11 RAr 133/90](#); Urt. v. 11.2.1993 – [7 RAr 48/92](#); im konkreten Fall abgelehnt: Urt. v. 10.5.2007 – [B 7a AL 8/06 R](#); umgekehrt im Sinne einer möglichen Beschäftigung trotz Sperrminorität bei familiärer Bindung BSG, Urt. v. 6.2.1992 – [7 RAr 134/90](#) – SozR 3-4100 § 104 Nr. 8 S. 37).

Noch darüber hinausgehend soll eine selbständige Tätigkeit sogar im Fall des – nicht an der GmbH beteiligten und nicht zum Geschäftsführer bestellten – Sohnes eines Allein-Gesellschafter-Geschäftsführers zu erwägen sein (BSG, Urt. v. 30.1.1990 – [11 RAr 47/88](#) – a.a.O.). Danach soll für einen Fremdgeschäftsführer einer Familiengesellschaft, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, eine selbständige Tätigkeit möglich sein, wenn er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen kann und geführt hat, ohne dass ihn Gesellschafter daran hinderten. Diese Ausnahme soll sogar für faktisch leitende Tätigkeit gelten, die unterhalb der Ebene eines alleinigen Gesellschaftergeschäftsführers ausgeübt wird. Wollten aber die Eltern, und könnten sie durch ihre Mitarbeit und Rechtsstellung durchsetzen, dass der Sohn den Betrieb in der bisherigen Art fortführe, so bestehe für ihn die fremdbestimmte betriebliche Ordnung im Sinne einer Beschäftigung fort, auch wenn er sich innerhalb des durch die bisherige Betriebsführung vorgegebenen Rahmens frei bewegen dürfe (a.a.O., S. 4 f.).

Der Kläger konnte in der Gesellschaft nicht frei schalten und walten, und die Gesellschaft war seinem Willen nicht vollständig untergeordnet. Denn auch nach der Aufnahme des Studiums des K. hat der Kläger nach seinen Angaben und den Angaben der Zeugen die wesentlichen Entscheidungen im Einvernehmen mit dem Gesellschafter getroffen. Auch wenn der Kläger aufgrund der Ortsabwesenheit des K. einen wesentlichen Teil von dessen Aufgaben übernommen hat und in noch stärkerem Umfang für das Alltagsgeschäft der Beigeladenen zu 4. verantwortlich war, folgt daraus nicht ein für Selbstständigkeit ausreichendes Maß an Gestaltungsfreiheit. Es reicht dazu nicht, dass der Kläger einen Großteil der Aufgaben persönlich und in eigener Verantwortung erledigen musste. In der Gesamtschau aller Umstände haben zu jedem Zeitpunkt beide Geschäftsführer die Geschicke des Unternehmens gemeinsam bestimmt. Zudem hat die Familienbindung des Klägers nicht etwa zu größeren Freiheiten in der betrieblichen Disposition geführt. Denn nach der unwidersprochenen Aussage der Zeugin P. wurden Entscheidungen, die über das Tagesgeschäft hinausgingen, nicht im rechtlich vorgegebenen Rahmen, sondern in einem Familienkreis getroffen, der über die Organe der GmbH hinausging. Ein sich daraus allenfalls ergebender faktischer Stimmanteil des Klägers begründet angesichts des völligen Fehlens eines Kapitalrisikos einerseits und einer dominierenden Stellung bei grundlegenden Entscheidungen andererseits aber keine Selbstständigkeit.

Das Vertrauen des Klägers in den Bestand des Bescheides vom 31. Januar 2005 war unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme nicht im Sinne von [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) schutzwürdig. Die Voraussetzungen von [§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X](#) liegen nicht vor. Der Kläger hat nicht konkret vorgetragen, eine Vermögensdisposition getroffen zu haben, die er nicht oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Für seine am Ende des Berufungsverfahrens abstrakt und formelhaft aufgestellte Behauptung, er habe Dispositionen getroffen, fehlt es an jeder tatsächlichen Untermauerung, worum es sich dabei gehandelt haben soll und welcher nicht ausgeglichene Nachteil daran anknüpfte. Soweit der Kläger eine Konkretisierung dahin vornimmt, er habe keine Rückstellungen für etwaige zusätzliche Zahlungspflichten gebildet, fehlt jeder Hinweis darauf, weshalb dies notwendig gewesen sein sollte. Denn für die Beitragsabführung ist allein sein zukünftig monatlich fällig werdendes Einkommen maßgeblich. Soweit der Kläger vorträgt, anderweitig Vorsorge getroffen zu haben, folgt daraus noch kein Vertrauensschutz begründender Nachteil bei Wiedereinbeziehung in die Sozialversicherung. Dies gilt umso mehr, als langfristige Verpflichtungen daraus nicht erwachsen sein können. Denn der Kläger trägt selbst weiter vor, er sei durch die Wiedereinbeziehung in die Sozialversicherung zur Stornierung entsprechender Bemühungen gezwungen gewesen. Soweit er weiter behauptet, der Verwaltungsakt vom 31. Januar 2005 habe bei ihm die enttäuschte Erwartung von Beitragserstattungen geweckt, begründet dies keinen Vertrauensschutz. Denn die Beklagte hatte für den Zeitraum ab 1. Januar 2004 alle vor Erlass des Bescheides vom 31. Januar 2005 schon gezahlten Beiträge erstattet, ebenso solche, die für Zeiträume nach Erlass schon gezahlt waren. Soweit der Kläger gehofft haben sollte, auch für den Zeitraum vor Januar 2004 Beiträge erstattet zu bekommen, betrifft dies nicht den von der Rücknahme betroffenen Regelungsgegenstand des Bescheides vom 31. Januar 2005.

Soweit der Kläger auf die entstandene Versorgungslücke in den Sozialversicherungssystemen hinweist, ist diese durch die Zeit der Wirksamkeit und nicht durch die Aufhebung des Verwaltungsaktes vom 31. Januar 2005 entstanden. Vertrauensschutz lässt sich insoweit nicht begründen, weil der Kläger aufgrund des Verwaltungsaktes vom 31. Januar 2005 gehalten war, sich für die Zeit vom 1. Januar 2004 an bezüglich der Schaffung einer Altersversorgung privat abzusichern. Warum er nach Wiedereinbeziehung in die Sozialversicherung nicht mehr in der Lage sein sollte, sich im Hinblick auf 19 Monate der Versicherungsfreiheit privat abzusichern, in denen er keine Anwartschaften in der Sozialversicherung begründet hat, ist nicht ersichtlich und wird vom Kläger auch nicht konkret mitgeteilt.

Der Bescheid vom 4. Juli 2005 ist auch nicht ermessensfehlerhaft.

[§ 35 Abs. 1 SGB X](#) schreibt für jeden schriftlichen oder schriftlich bestätigten Verwaltungsakt eine Begründung vor. Bei Ermessensentscheidungen müssen diejenigen Gesichtspunkte erkennbar sein, von der die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist ([§ 35 Abs. 1 S. 3 SGB X](#)). Dies bedeutet, dass aus der Begründung zunächst ersichtlich sein muss, dass eine Ermessensentscheidung getroffen wurde. Die Beklagte hat im Anhörungsschreiben und im Aufhebungsbescheid erkennen lassen, dass sie eine Ermessensentscheidung zu treffen hat. Die Behörde hat des Weiteren darzulegen, welche Kriterien ihrer Auffassung nach im Rahmen der Ermessensausübung von Bedeutung sind. Sie hat darüber hinaus auszuführen, inwieweit diese Kriterien erfüllt oder nicht erfüllt sind. Außerdem muss die Begründung erkennen lassen, wie die einzelnen Kriterien gewichtet wurden. Es muss schließlich nachvollziehbar sein, weshalb die Behörde die getroffene Entscheidung ausgewählt hat (zum Ganzen von Engelmann in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 6).

Ob im Rahmen der Anwendung von [§ 45 Abs. 2 SGB X](#) tatsächlich Ermessen ausgeübt werden kann, ist im Wesentlichen das Ergebnis der Würdigung aller Umstände des Einzelfalles (BSG, Urt. v. 26.9.1990 – [9b/7 RAR 30/89](#) – juris). Wenn im Anschluss an die durch [§ 45 Abs. 2 SGB X](#) gebotene Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Rücknahme und des Interesses des Begünstigten am Bestand des Verwaltungsaktes aus den tatsächlichen Feststellungen keine Gesichtspunkte verbleiben, die für das Ermessen Bedeutung haben könnten, kann einer Verwaltung nicht das aufgegeben sein, was auch kein Gericht leisten könnte, nämlich eine Ermessensabwägung ohne dafür geeignete Sachverhaltselemente. Der Kläger hat mit Ausnahme seines Bestrebens nach Aufrechterhaltung des Bescheides vom 31. Januar 2005 keine Umstände vorgetragen, die eine Ermessensentscheidung im Sinne einer Abwägung hätten ermöglichen können. Da er keine Vermögensdisposition getroffen hat und auch nicht ersichtlich ist, dass er durch die erneute Feststellung der Sozialversicherungspflicht seiner Beschäftigung benachteiligt wurde, ist dem öffentlichen Interesse der Versichertengemeinschaft an der Beitragszahlung eines Arbeitnehmers Vorrang zu geben, ohne dass besondere Ausführungen zu diesem sich bereits aus dem Gesetz ergebenden Abwägungsprozess zu machen sind. Dazu hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass der Kläger keine für ihn sprechenden Gesichtspunkte vorgetragen hat und sie auch sonst nicht ersichtlich sind. Welche Bedeutung dem erst im Berufungsverfahren vom Kläger vorgetragenen Gesichtspunkt zukommen könnte, die Aufhebung des Bescheides vom 31. Januar 2005 beruhe ausschließlich auf einer Änderung der Rechtsauffassung der Beklagten, ist nicht ersichtlich. Er darf die Beklagte kraft Gesetzes nicht daran hindern, für die Zukunft ihrer besseren Einsicht der Rechtslage nachzukommen, soweit – wie dargelegt – Vertrauensschutzgesichtspunkte nicht greifen.

Insoweit reicht es aus, dass die Beklagte ausweislich ihres Bescheides keine Veranlassung gesehen hat, von der Rücknahme ganz oder teilweise abzusehen.

Die Beklagte hat auch die nach [§ 24 SGB X](#) erforderliche Anhörung durchgeführt. Für die Beigeladene zu 4. bestand kein Anhörungserfordernis, das zur Aufhebung des Bescheides vom 4. Juli 2005 führen kann. Diese war nicht Beteiligte im Sinne von [§ 24 Abs. 1 SGB X](#), weil sie nicht im Sinne von [§ 12 Abs. 2 S. 2 SGB X](#) ihre Hinzuziehung zum Verfahren beantragt hatte. Dies hätte sie tun können, da ihr durch unmittelbares Anschreiben vom 13. Oktober 2005 bekannt war, dass eine neue Entscheidung über die Versicherungspflicht vom 1. August 2005 an ergangen war. Zudem war ihr (spätestens) in der Person des Klägers als ihres Geschäftsführers bekannt (zur positiven Kenntnis vom Verwaltungsverfahren BSG, Urt. v. 29.6.1993 – [12 RK 48/91](#) – zitiert nach Juris, Rdnr. 15), dass über den Bescheid noch ein Widerspruchsverfahren anhängig war. Denn dieser hat mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 persönlich seinem Prozessbevollmächtigten mitgeteilt, dass der Widerspruch aufrecht erhalten bleiben soll. Diese Umstände reichen aus, um der Beigeladenen zu 4. die Kenntnis von der "Einleitung des Verfahrens" im Sinne von [§ 12 Abs. 2 SGB X](#) zu vermitteln, über die sie nach dieser Vorschrift zu benachrichtigen ist. Woher sie die Kenntnis vermittelnde Nachricht erhalten hat, ist dabei gleichgültig. Soweit zur Erfüllung von [§ 12 Abs. 2 S. 2 SGB X](#) teilweise auch ein Hinweis auf die Möglichkeit des Antrages auf Hinzuziehung verlangt wird (so anscheinend – für die Entscheidung nicht tragend – BSG, Urt. v. 3.4.2001 – [B 4 RA 22/00 R](#) – juris, Rdnr. 25), deckt der Wortlaut der Vorschrift dies nicht. Bei einem entsprechenden Willen des Gesetzgebers hätte sich aufgedrängt, als Inhalt der Benachrichtigung umfassend die Möglichkeit der Hinzuziehung zu benennen. Die Unterlassung einer solchen Vorgehensweise legt nahe, dass es bei einer Wortlaut entsprechenden Kenntnisvermittlung sein Bewenden hat. Denn diese vermittelt dem Betroffenen die Möglichkeit, seine Interessen gegenüber der Behörde zu vertreten, worum es bei der Hinzuziehung geht. Einem Antrag der Beigeladenen zu 4. nach [§ 12 Abs. 2 S. 2 SGB X](#) stand der Abschluss des Verwaltungs-(ausgangs-

Verfahrens nicht entgegen, weil nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2 SGB X](#) die Hinzuziehung noch bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens nachgeholt werden konnte.

Auch der Bescheid vom 2. März 2005 ist rechtmäßig, mit dem die Beklagte es abgelehnt hat, die Beschäftigungszeit des Klägers für den Zeitraum vom 1. Januar 1991 bis 31. Dezember 2003 als versicherungsfrei festzustellen. Sie hat insoweit über die Versicherungspflicht und nicht nur über eine abhängige Beschäftigung entschieden, wie sich bereits aus der Bezugnahme auf den Antrag des Klägers vom 25. Februar 2005 ergibt, mit dem er die Entscheidung "über den Sozialversicherungsstatus" beantragt und sich gegen die Annahme von Versicherungspflicht gewandt hatte. Dementsprechend hat die Beklagte den Bescheid mit dem Zweck "Versicherungsrechtliche Beurteilung" überschrieben und im Text die Schlussfolgerung gezogen, es handele sich beim Kläger um ein Beschäftigungsverhältnis, das in allen Zweigen der Sozialversicherung Versicherungspflicht auslöse.

Auch für diese Entscheidung war die Beklagte nach [§ 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) sachlich zuständig. Der Kläger hat sich im Rahmen der dort geregelten Befugnis ausdrücklich an diese gewandt. Der Kläger selbst hat mit Schreiben vom 25. Februar 2005 vorgetragen, sich (schon) mit seinem ursprünglichen Antrag vom 10. Juni 2004 an die Geschäftsstelle O. der Beklagten gewandt zu haben, damit diese über den Sozialversicherungsstatus bis zum 31. Dezember 2003 befinde und hat eine solche Entscheidung angemahnt. Eine vorrangige Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1. nach [§ 7a Abs. 1 S. 3 SGB IV](#) ergibt sich insoweit nicht (zum entsprechenden Verhältnis der Zuständigkeiten, BSG, Ur. v. 28.9.2011 – [B 12 KR 15/10 R](#) – Juris).

Der Kläger war auch schon vom 1. Januar 1991 an sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Dies ergibt sich aus [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) i.V.m. [§ 308 Abs. 1 S. 1 SGB V](#) i.d.F. durch Anl. I Kap. VIII Sachg. G Abschn. II Nr. 1 zum Einigungsvertrag (G. v. 23.9. 1990, [BGBl. II S. 885](#)) für die gesetzliche Krankenversicherung, aus § 10 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialversicherung v. 28.6.1990 (GBl. DDR I S. 486) i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 der Verordnung über die Sozialpflichtversicherung der Arbeiter und Angestellten v. 17.11.1977 (GBl. der DDR I S. 373) i.V.m. Anl. II Kap. VIII Sachg. F Abschn. III Maßgabe 2 Buchst. b S. 1, Maßgabe 3 Buchst. a, b zum Einigungsvertrag bis zum Inkrafttreten von [§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI](#) für die gesetzliche Rentenversicherung und § 168 Abs. 1 S. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (i.d.F. d. G. v. 20.12.1988, [BGBl. I S. 2343](#)) für das Recht der Arbeitsförderung. Soweit die genannten Vorschriften aus dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik nicht lediglich ein Arbeitsrechtsverhältnis voraussetzen, das durch den Arbeitsvertrag vom 28. September 1990 ohne weiteres begründet worden ist, setzen auch die hier genannten Vorschriften eine abhängige Beschäftigung voraus.

Die abhängige Beschäftigung ergibt sich im Verhältnis zu den für den späteren Zeitraum erörterten Zusammenhängen im Sinne mehrerer Erst-Recht-Schlüsse: Der Kläger war bei jedenfalls nicht größerer Gestaltungsfreiheit vor der Bestellung zum Geschäftsführer und ohne Organstellung in der Gesellschaft erst recht abhängig beschäftigt. Er konnte vor der faktischen Verringerung des Einflusses des K. durch die Aufnahme eines Studiums erst recht nicht nach freiem Gutdünken schalten und walten. Seine familienhafte Beziehung als Schwager des alleinigen Gesellschafters bzw. zunächst Freund, allenfalls Verlobter von dessen Schwester als Mitgesellschafterin und Tochter des anfänglichen Mehrheitsgesellschafters konnte vor seiner Heirat erst recht keine familienbedingte Herrschaft über die Gesellschaft außerhalb des Gesellschaftsrechts vermitteln. Im Übrigen sind Änderungen in den maßgeblichen Verhältnissen zwischen 1991 und 2005 weder vorgetragen noch ersichtlich.

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

Die Revision war gem. [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1, 2 SGG](#) nicht zuzulassen, weil die Entscheidung auf tatsächlicher Würdigung im Rahmen rechtlich geklärter Verhältnisse beruht.

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2015-06-12