

## L 4 KR 210/06

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

4

1. Instanz

SG Ulm (BWB)

Aktenzeichen

S 9 KR 2472/03

Datum

13.12.2005

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 4 KR 210/06

Datum

27.03.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 13. Dezember 2005 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten noch, ob der Kläger vom 18. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2002 bei der M. GmbH (Beigeladene zu 3) renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig abhängig beschäftigt war.

Die Beigeladene zu 3) war mit Gesellschaftsvertrag vom 15. Juni 1979 (mit späteren mehrfachen Änderungen, z.B. Gesellschaftsvertrag vom 24. Mai 2000) gegründet worden. Gesellschafter zu je 50 vom Hundert (v.H.) waren S. und K. H. G ... Gegenstand des Unternehmens war ursprünglich "industrielle Herstellung und Vertrieb von Metallprodukten aller Art, insbesondere von Lochblechen sowie Handel mit Blechen". Dieser wurde aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vom 06. Dezember 2000 in "Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Metallprodukten, insbesondere Lochblechen, sowie Handel mit diesen" geändert, Am 23. November 2001 schloss die Beigeladene zu 3) mit der M. H. GmbH und Co. KG (Holding) als beherrschende Gesellschaft einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Damit war die Holding zu 100 v.H. Gesellschafterin der Beigeladenen zu 3). Allein geschäftsführende Komplementärin der Holding war die M. H. Verwaltungs mbH (Verwaltungsgesellschaft). Geschäftsführer der Holding war bis Ende 2002 bzw. bis Ende Juni 2003 S. G ...

Der am 09. April 1969 geborene Kläger hat seinen Angaben zufolge eine Ausbildung als Werkzeugmacher durchlaufen, ferner ein Studium als Wirtschaftsingenieur. Er war im Vertrieb bzw. als Vertriebsingenieur beschäftigt. Ab 01. Juli 1995 wurde er als Assistent der Geschäftsleitung bei der Beigeladenen zu 3) eingestellt. Er war im Bereich Finanz- und Rechnungswesen, Controlling, Einkauf, Personalwesen und Qualitätsmanagement tätig. Am 18. Dezember 1998 wurde im Handelsregister des Amtsgerichts G. (HRB 2753) die Bestellung des Klägers zum (alleinvertretungsberechtigten) Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) eingetragen. Weitere, ebenfalls alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) waren W. R. (geboren 1951) und Ä. J. (geboren 1960). Für den Kläger wurden nach dem von der Beigeladenen zu 1) vorgelegten Versicherungsverlauf vom 17. August 2006 Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung (bis zur Beitragsbemessungsgrenze) auch in der Zeit vom 01. Juli 1995 bis 31. Dezember 2003 entrichtet. Für die Geschäftsführertätigkeit des Klägers galt der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag (Vertrag) vom 04. Dezember 1998. Darin war u.a. bestimmt:

### § 1 Geschäftsführungsbefugnis und Aufgaben

1. Herr F. wird zum gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Sein Aufgabengebiet ist der kaufmännische Bereich mit - bis auf weiteres - Rechnungswesen, Datenverarbeitung, Personalwesen, TQM, Beschaffung und Controlling. Mit Anpassung seiner Zuständigkeiten durch die jeweils gültige Geschäftsordnung für die Gesamt-Geschäftsführung der Gesellschaft, die im Verlauf der Unternehmensentwicklung auftreten können, ist Herr F. einverstanden, soweit sie sich im Rahmen des Zumutbaren halten.

2. Herr F. führt die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze und des Gesellschaftsvertrages sowie der Beschlüsse der Organe der Gesellschaft und der jeweiligen Geschäftsordnung für die Gesamt-Geschäftsführung. Eine Geschäftsordnung ist erst vorgesehen, wenn die Gesamt-Geschäftsführung auf drei Geschäftsführer erweitert wird.

### § 2 Haupttätigkeit, Nebentätigkeiten außerhalb der M.-Gruppe

1. Herr F. wird seine Arbeitskraft und seine Kenntnisse und Erfahrungen der Gesellschaft und bedarfsweise ihren Tochtergesellschaften voll und ganz zur Verfügung stellen. Entgeltliche Nebentätigkeiten außerhalb der M.-Gruppe sind ihm nicht gestattet. Unentgeltlicher Nebentätigkeiten wird er sich enthalten, soweit diese seinen vollwertigen Arbeitseinsatz für die angeführten Gesellschaften beeinträchtigen könnten.
2. Abweichend von Vorstehendem kann Herr F. nicht statthafte Nebentätigkeiten dann ausüben, wenn ihm dies vorher durch die Muttergesellschaft genehmigt wurde. Bei entgeltlichen Tätigkeiten kann die Genehmigung davon abhängig gemacht werden, dass Anrechnung des Entgelts entsprechend Ziff. 4 erfolgt.
3. Während des Bestehens des Dienstverhältnisses ist es Herrn F. nicht gestattet, sich an Wettbewerbsunternehmen im In- und Ausland zu beteiligen oder diese direkt oder indirekt zu fördern.
4. Bei Tätigkeit für andere Gesellschaften der M.-Gruppe, auch für Gesellschaften, an denen Minderheitsbeteiligungen gehalten werden, hat sich Herr F. seine hieraus folgenden Bezüge auf die gemäß § 3 zu zahlende Tätigkeitsvergütung anrechnen zu lassen.

#### § 3 Tätigkeitsvergütung

1. Als Vergütung für seine Tätigkeit erhält Herr F. feste Bezüge in Höhe von brutto DM 225.000,- jährlich (in Worten: zweihundertfünfundzwanzigtausend Deutsche Mark). Sie werden in zwölf gleichen Monatsbeträgen zum Ende eines jeden Monats ausgezahlt.
2. Die festen Bezüge von 1. verändern sich in der Regel entsprechend den prozentualen Veränderungen des höchsten bezifferten Tarifgehalts der baden-württembergischen Metallindustrie. Abweichungen auf Aufsichtsratsbeschluss aus begründetem Anlass sind möglich.
3. Soweit die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung nicht von der Gesellschaft abgeführt werden, werden sie an Herrn F. ausgezahlt.
4. Herr F. trägt die auf vorstehende Zahlungen und auf sonstige Leistungen und Nebenleistungen (§ 4) der Gesellschaft entfallenden Steuern und Abgaben.

#### § 4 Nebenleistungen

1. Sachlich gerechtfertigte Kosten anlässlich von Reisen, Konferenzen usw. im Interesse der Gesellschaft oder von anderen Unternehmen der M.-Gruppe werden in der nachgewiesenen Höhe, mangels eines Nachweises in Höhe der steuerlichen Höchstsätze vergütet, soweit nicht eine Reisekostenordnung der Gesellschaft bzw. der M.-Gruppe etwas anderes bestimmt.
2. Die Gesellschaft wird auf ihre Kosten zugunsten von Herrn F. und seiner Angehörigen eine Unfallversicherung abschließen mit einer Versicherungssumme von DM 300.000,- für den Todesfall und DM 600.000,- für den Invaliditätsfall. Eingeschlossen in diese Versicherung wird ein Krankenhaustagegeld von DM 100,-.
3. Bei Krankheit von Herrn F., auch bei einer durch Unfall bedingten Krankheit und verordneter Kur, werden die monatlichen Festbezüge von § 3 Ziff. 1 weitergezahlt, höchstens jedoch bis zur Dauer von sechs Monaten und bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses. Tätigkeits-Ersatzbezüge aufgrund gesetzlicher Bestimmungen, insbesondere Krankentagegeld, werden angerechnet. Die sechs Monate beginnen nach Ablauf des Monats, in welchem Herr F. wegen Krankheit, Unfall oder Kur seine Tätigkeit nicht mehr ausübt.
4. Zugunsten von Herrn F. wird eine Direktversicherung mit einer Versicherungsprämie in Höhe von DM 3.000,- p.a. abgeschlossen.
5. Herr F. erhält einen Fahrgeldzuschuss nach folgender Berechnung: einfache Entfernung von der Wohnung zur Arbeitsstätte in km x 230 Tage x DM 0,70: 12 Monate = Fahrgeldzuschuss pro Monat (max. DM 240,-). Das gilt nicht, wenn Herr F. am Ort der Arbeitsstätte wohnt.
6. Herr F. erhält vermögenswirksame Leistungen in Höhe von DM 52,- monatlich.

#### § 5 Urlaub

Herr F. hat Anspruch auf einen Jahresurlaub entsprechend der tariflichen Dauer plus 1 Tag. Der Urlaub ist so abzustimmen und zu nehmen, dass die betrieblichen Belange nicht beeinträchtigt werden. Der Urlaubsanspruch eines Jahres verfällt bis zum 30. April des Folgejahres.

Ferner enthielt der Vertrag Regelungen über Geheimhaltung (§ 6), nachvertragliches Wettbewerbsverbot (§ 7), Beginn und Dauer des Vertrags (§ 8), wobei der Vertrag danach am 01. Dezember 1998 begann, und Schlussbestimmung (§ 9), in der in Nr. 1 vereinbart war, dass Änderungen und Ergänzungen zur Rechtswirksamkeit der Schriftform bedürfen. Nach der Zusatzvereinbarung zu dem Vertrag vom 18. Dezember 2000 wurde die Tätigkeitsvergütung (§ 3) neu geregelt. Insoweit wurde in § 3 Nr. 2 folgende Regelung über eine "Gewinntantieme" zusätzlich zu den vereinbarten Festbezügen vereinbart. Diese Regelung lautete wie folgt:

#### 2. Gewinntantieme

a) Die Gewinntantieme beträgt 1 % vom tantiemepflichtigen jährlichen Gewinn der M. GmbH b) Als tantiemepflichtiger Gewinn gilt der konsolidierte Handelsbilanzüberschuss des M. Teilkonzerns bestehend aus M. GmbH S., M. GmbH Baden, M. AG A. und M. A. S ... Ab dem Wirtschaftsjahr 2002 wird auch das Ergebnis des Unternehmens M. S.A.R.L. miteinbezogen.

1. Nach Abzug eines Auslagenersatzes für die Holding in Höhe von 50 %, aller in der Holding anfallenden Kosten, 2. vor Erträgen aus der Auflösung stiller Reserven von Gegenständen des unbeweglichen Anlagevermögens, bei Umwandlung der Gesellschaft von Gegenständen des gesamten Anlagevermögens 3. nach Abzug der Kostensteuern der Erträge (Gewerbeertragsteuer) vor inländischer Körperschaftsteuer, 4. vor Abzug jeglicher Gewinntantiemen der Geschäftsführer der Gesellschaft

5. nach Abzug etwaiger Verlustvorträge aus Verlusten während der Tätigkeitszeit des Geschäftsführers.

Nachträgliche Änderungen der Handelsbilanz, etwa aufgrund steuerlicher Außenprüfungen, sind in dem Jahr zu berücksichtigen, in welchem sie feststehen.

c. Endet die Tätigkeit von Herrn M. F. nicht am Anfang/Ende eines Geschäftsjahres, ist die Gewinnbeteiligung zeitanteilig zu ermitteln.

d. Die Zahlung der Beteiligung erfolgt mit der Gehaltsabrechnung, die der Feststellung des Jahresabschlusses der M. GmbH folgt.

e. Verwendung der Beteiligung: Es wird vereinbart, dass ein Teil der Beteiligung als Darlehen im Unternehmen verbleibt. Dieses Darlehen soll für eine zukünftige Kapitalbeteiligung an der M. GmbH angespart werden. Es wird vereinbart, dass der Darlehensbetrag max. die Höhe von 500.000 EUR erreichen soll.

1. Es wird vereinbart, dass 30 % der Bruttobeteiligung als Darlehen im Unternehmen bleiben. 2. Das Darlehen ist frühestens mit einer jährlichen Kündigungsfrist von 1 Jahr zum 31.12.2005 kündbar. Die Rückzahlung erfolgt in Jahresraten von höchstens 125.000 Euro, die erste ein Jahr nach Ablauf der Kündigungsfrist. 3. Beim Ausscheiden des Geschäftsführers wird das Darlehen ohne besondere Darlehenskündigung ebenfalls in Jahresraten von höchstens 125.000 Euro zurückgezahlt, die erste ein Jahr nach dem Ausscheiden des Geschäftsführers. 4. Das Darlehen ist mit einem Zinssatz von 4 % über Basiszinssatz der EZB zu verzinsen. Die Zinsen werden dem Darlehenskonto gutgeschrieben. 5. Das Darlehen wird durch eine Bankbürgschaft abgesichert.

Ab 01. Januar 2000 galt die Regelung über "zustimmungsbedürftige Geschäftshandlungen" der Beigeladenen zu 3) (Beschluss der Holding vom 01. Dezember 1999). Darin waren die Geschäftshandlungen aufgeführt, für die die Geschäftsführung der Beigeladenen zu 3) die Zustimmung der Holding einzuholen hatte. Davon hatten die drei Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) am 20. März 2000 zustimmend Kenntnis genommen. Dieses Zustimmungserfordernis bezog sich auf folgende Geschäftshandlungen:

1. Festlegung der Geschäftspolitik der Gesellschaft.

2. Die jährliche Unternehmensplanung der Investitionen und Anlagenveräußerungen Personalplanung, Beschaffungs- und Beschaffungsplanung, Produktionsplanung, Marketing- und Vertriebsplanung, Umsatz- und Ergebnisplanung, verbunden mit den zugehörigen Maßnahmen und jeweils vorzulegen im Herbst eines Jahres für das Folgejahr; Bestandteile, die nach dem Folgenden der Zustimmung bedürfen, sind kenntlich zu machen.

Sofern nicht mit der Unternehmensplanung gemäß Ziff. 2 bereits verabschiedet:

3. Erteilung und Widerruf von Prokura und Generalhandlungsvollmacht.

4. Wesentliche Veränderungen der Unternehmensstruktur im Sinne des deutschen § 111 Betr.VG

5. Satzungen der MAV

6. Rahmenregelungen in Personalangelegenheiten (Entlohnungsformen der Mitarbeiterschaft innen und außen, Gewährung von Beteiligungen, Mitarbeiterdarlehen, Einstellungen und Entlassungen) Einzelentscheidungen über alle Fälle, die nicht mit den Rahmenregelungen freigegeben sind, sowie generell die Anstellung und Entlassung und Änderung der Anstellungsverträge von Mitarbeitern, die mehr als das höchste bezifferte Tarifgehalt beziehen, sowie von Personen in der Leitungsebene unterhalb der Geschäftsführung.

7. Grundsätze für eine etwaige Gewährung von Versorgungsleistungen, soweit sie nicht durch Ziffer 5 geregelt sind.

8. Ergebnisbeteiligung und Kapitalbeteiligung von Arbeitnehmern, von freien Mitarbeitern und Dritten, auch stille Beteiligungen, sowie Änderung und Beendigung der Beteiligungsverträge bei Gruppenunternehmen, soweit sie nicht durch Ziffer 5 geregelt sind.

9. Jede Entscheidung für Dauerrechtsverhältnisse mit Kapitalwert ) 130.000 Euro auf die minimal mögliche Laufzeit oder 50.000 Euro Leistungsrate jährlich.

10. Gewährung von Darlehen und Krediten auch an Schwestergesellschaften, soweit sie übliche Zahlungsziele im Warenverkehr übersteigen, bei MA-Darlehen Beträge über 3 Monatsbezüge im Einzelfall. Bei Schwestergesellschaften Gewährung eines Zahlungsziels von mehr als 4 Monaten.

11. Rohmaterialbeschaffungen, die den Halbjahresverbrauch eines Artikels überschreiten und gleichzeitig einen Wert von mehr als 50.000 Euro haben.

12. Änderung der Absatzwege und Absatzregionen

13. gestrichen

14. Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten;

15. Erstellung von Bauten (Neu-, Um- und Ausbauten), sofern kein Einzelplan vorliegt und ) 50.000 Euro Auftragswert;

16. Anschaffung von Maschinen und sonstigen Anlagegegenständen gemäß Investitionsrichtlinie der Holding.

17. Erwerb und Veräußerung von Schutzrechten sowie Lizenznahmen und Lizenzvergaben;

18. Entscheidungen über das Erscheinungsbild, die den vorgegebenen Gestaltungsrichtlinien widersprechen.

19. Genehmigung des Werbebudgets

20. Vereinbarungen mit Banken sowie Abschluss und Änderung von Factoring-Verträgen; Ausnahme: Vereinbarungen mit Regionalbanken mit einem Gesamtkreditvolumen in Höhe von 260.000 Euro.

21. Eingehen von Wechselverbindlichkeiten außerhalb des üblichen Warenverkehrs sowie die Übernahme von Bürgschaften, bürgschaftsähnlichen Verpflichtungen; Garantien und Schuldübernahmen in jedem einzelnen Fall.

22. Börsengeschäfte, Spekulationsgeschäfte, Verpfändungen einschließlich Pfandrechten an Grundstücken, Zessionen, Sicherungsübereignungen in jedem einzelnen Fall;

23. Einleitung von Aktivprozessen mit Streitwert ) 130.000 Euro.

24. Abschluss und Änderung von Anstellungsverträgen, Beratungsverträgen, Darlehensverträgen und sonstigen Verträgen und Geschäften mit Gesellschaftern der M. Metallprodukte GmbH + Co. und Geschäftsführern der M.-Gruppe oder deren jeweiligen Angehörigen;

25. gestrichen

26. gestrichen

27. Abschluss und Aufhebung von Interessengemeinschafts- oder Organverträgen, Betriebsüberlassungs-, Betriebsführungs- und ähnlichen Verträgen, Verbandmitgliedschaften und allen Verträgen, die eine Beschränkung in wesentlichen unternehmerischen Funktionen zur Folge haben (wie Kooperationsverträge, Selbstbeschränkungsabreden in Produktion, Einkauf, Vertrieb usw.);

28. Veräußerung des Geschäftsbetriebs im ganzen oder teilweise;

29. Sonstige, nicht dem Unternehmenszweck dienliche Geschäftshandlungen

Ferner war für die Geschäftsführung der Beigeladenen zu 3) die "Geschäftsordnung für die Geschäftsführer" vom 03. März/15. März 2000 maßgebend, die von der Holding beschlossen worden war und von den Geschäftsführern ebenfalls am 20. März 2000 zustimmend zur Kenntnis genommen war. Danach war der Kläger für den Bereich Service (EDV, Einkauf, Rechnungswesen, Personalabteilung, Controlling, Kostenrechnung und QM) zuständig, der Geschäftsführer J. für den Bereich Vertrieb und der Geschäftsführer R. für den Bereich Produktion. Diese Geschäftsordnung sah Regelungen zur Vertretungsbefugnis (§ 2), zu den Zuständigkeiten (§ 3), zu Informationswesen und regelmäßigen Besprechungen (§ 4), zu den Befugnissen eines Geschäftsführers bezüglich anderer Geschäftsbereiche (§ 5), zur Stellvertretung (§ 6), zur Wirksamkeit der Beschlussfassung (§ 7) und zu Änderungen der Geschäftsordnung (§ 8) vor. Durch Beschluss des Aufsichtsrats der Verwaltungsgesellschaft vom 19. Dezember 2002/30. Januar 2003 wurde der Kläger dann zum Geschäftsführer der Verwaltungsgesellschaft bestellt. Insoweit wurde der Vertrag vom 04. Dezember 1998 aufgehoben und durch den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vom 01. Januar 2003 mit Wirkung von diesem Tag an ersetzt. Dieser neue Vertrag enthält Regelungen zu Geschäftsführungsbefugnis und Aufgaben (§ 1), Selbstkontrahieren (§ 2), Haupttätigkeit, Nebentätigkeiten außerhalb der M. Gruppe (§ 3), Tätigkeitsvergütung (§ 4), Nebenleistungen (§ 5), Urlaub (§ 6), Erfindungen (§ 7), Geheimhaltung (§ 8), nachvertragliches Wettbewerbsverbot (§ 9), Beginn und Dauer des Vertrags (§ 10), Schlussbestimmungen (§ 11) und Vertragsbeitritt (§ 12). Zum 01. Januar 2004 hat der Kläger 1,04 v.H. des Stammkapitals der Beigeladenen zu 3) übernommen.

Mit Schreiben vom 03. Dezember 2002 legte der Kläger der Beklagten den "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung" hinsichtlich der Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer bei der Beigeladenen zu 3) vom 27. November 2002 vor. Darin wurde angegeben, er sei seit 01. Juli 1995 Geschäftsführer. Er habe der Beigeladenen zu 3), deren Gesellschafterin die Holding sei, ein Darlehen in Höhe von ungefähr EUR 15.000,-, "aufbauend durch Tantiemenregelung", gewährt. Weitere Geschäftsführer seien Ä. J. und W. R. ... Er verneinte, dass seine Mitarbeit in einem besonderen Arbeitsvertrag/Dienstvertrag geregelt sei. Die regelmäßige tarifliche Wochenarbeitszeit betrage 40 Stunden, wobei er durchschnittlich 50 bis 70 Stunden arbeite. Er verneinte ein Direktionsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Weisungen durch die Beigeladene zu 3) würden nicht ausgeübt. Hinsichtlich der Geschäfte bestünden keine Einschränkungen. Die Gestaltung seiner Tätigkeit sei nicht von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Er könne selbstständig Personal anstellen und entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Es sei ein Kündigungsrecht vereinbart. Er erhalte, unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens, eine monatliche gleichbleibende Vergütung als Gegenleistung für die geleistete Arbeit. Diese Vergütung werde auch im Falle der Arbeitsunfähigkeit für mindestens sechs Wochen weitergewährt. Es werde Lohnsteuer gezahlt. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Gehalt. Er sei mit Tantiemen am Gewinn beteiligt. Der Kläger reichte auch eine Bestätigung des Geschäftsführers J. vom 13. November 2002 ein, ferner die Geschäftsführer-Anstellungsverträge vom 04. Dezember 1998 und 01. Januar 2003 sowie die oben genannte Regelung zu den zustimmungsbedürftigen Geschäftshandlungen und die Geschäftsordnung und machte geltend (Schreiben vom 03. Dezember 2002 sowie vom 25. März und 02. April 2003), er sei dem Wohle des ganzen Unternehmens verantwortlich und erhalte eine Gewinnausschüttung. Er sei Geschäftsführer und könne durch seine vertragliche Beziehung zur Gesellschaft und der tatsächlichen Durchführung des Vertrags Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen. Er stehe nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Dies solle bestätigt werden. Die Holding sei die Muttergesellschaft eines weltweit agierenden Konzerns. Die Strategie des Konzerns liege im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Lochplatten, perforierten Bauteilen und zugehörigen Metallhandelsprodukte. Es würden in Deutschland, Ungarn, Russland sowie in Argentinien eigene Gesellschaften zur Produktion sowie zum Vertrieb der Produkte betrieben. Auch in weiteren anderen Ländern gebe es Vertriebs- und Lagergesellschaften. Sämtliche Tochter- und Enkelgesellschaften seien durch eine entsprechende gesellschafts- und verantwortungsrechtliche Konzernstruktur verbunden. Innerhalb der Konzernstruktur gebe es Teilkonzerne, für die eigenständige und verantwortliche Geschäftsführer berufen seien. Diese hätten die Aufgabe und Verantwortung, die Unternehmen eigenständig zu führen und zu verantworten. Der Einfluss der Holding werde lediglich durch den Gesellschafterstatus ausgeübt. Eine aktive Teilnahme an den Geschäftsführungsaufgaben erfolge nicht. Die Geschäftsverbindung bestehe im Rahmen der

Gesellschafterversammlungen, der zustimmungsbedürftigen Geschäftshandlungen sowie dem vereinbarten Reporting. Die Gesellschafter der Holding würden durch einen eingetragenen Aufsichtsrat vertreten. Maßgebend sei nicht der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag, sondern dessen praktische Durchführung. Es komme ungeachtet einer Kapitalbeteiligung darauf an, welche Art die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers sei. Bestehe diese allein darin, dass der Geschäftsführer in seiner Entscheidungsfreiheit bei bestimmten Geschäften beschränkt sei, ohne zugleich einem Direktionsrecht des Dienstberechtigten in Bezug auf die Ausführung der Arbeit unterworfen zu sein, so sei der Geschäftsführer trotz seiner gesellschaftsrechtlichen Bindung an den in Beschlüssen konkretisierten Willen der Gesellschaftermehrheit nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht abhängig beschäftigt. Dies gelte für seinen Status.

Mit Bescheid vom 10. April 2003 entschied die Beklagte, dass der Kläger als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) vom 01. Juli 1995 bis 31. Dezember 2002 abhängig beschäftigt gewesen sei. Da er über keine Beteiligung am Stammkapital verfüge und ihm auch sonst keine Sonderrechte einer Sperrminorität eingeräumt worden seien, sprächen eindeutige Indizien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Abdingung vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) habe ebenfalls nicht vorgelegen. Hinsichtlich der Ausführung der üblichen Dienstgeschäfte sei er weisungsgebunden gewesen, da der Businessplan durch die Gesellschafterin festgelegt gewesen sei. Auch die darüber hinausgehenden außergewöhnlichen Geschäftshandlungen hätten deren Genehmigung unterlegen. Eine ab 01. Dezember 1998 gewährte Erfolgsbeteiligung spreche für eine abhängige Beschäftigung, da sie bei der Tätigkeit als leitender Angestellter üblich sei. Mit weiterem Bescheid vom 10. April 2003 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger ab 01. Januar 2003 als Geschäftsführer der Verwaltungsgesellschaft als hauptberuflich selbstständig Tätiger zu betrachten sei. Insoweit bestehe in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung Versicherungsfreiheit. Hier sprächen trotz fehlender Beteiligung am Stammkapital für die Zeit ab 01. Januar 2003 für eine selbstständige Tätigkeit die Einzelvertretungsbefugnis sowie die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#). Auch verfüge der Kläger als einziger Geschäftsführer über die für die Führung des Betriebs notwendigen Branchenkenntnisse und es bestehe keine Weisungsgebundenheit hinsichtlich Art, Dauer und Ort der Arbeitsleistung. Er könne seine Tätigkeiten, von bestimmten wichtigen Geschäften abgesehen, frei bestimmen und gestalten. Durch die gegebenen Darlehen trage er ein Unternehmerrisiko. Mit dem gegen den zuerst genannten Bescheid vom 10. April 2003 eingelegten Widerspruch wandte sich der Kläger gegen die Bejahung von Versicherungspflicht bis 31. Dezember 2002. Der Widerspruch des Klägers blieb erfolglos. Im Widerspruchsbescheid des bei der Beklagten bestehenden Widerspruchsausschusses vom 04. September 2003 wurde ausgeführt, es überwiege für die Zeit bis 31. Dezember 2002 die Merkmale, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen. In der Zeit bis 31. Dezember 2002 sei der Kläger nur einer von drei Geschäftsführern der Beigeladenen zu 3) und nicht an deren Stammkapital beteiligt gewesen. Im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 3) habe der Kläger als Geschäftsführer wesentliche Entscheidungen im Hinblick auf die vorgelegte Geschäftsordnung, die eine Zwei-Drittel-Mehrheit gefordert habe, nicht alleine treffen können. Zu beachten sei auch die Liste der Geschäfte, bei denen die Zustimmung der Alleingesellschafterin erforderlich gewesen sei. Danach habe eine Berichtspflicht gegenüber dem beherrschenden Mutterkonzern bestanden.

Mit der E-Mail vom 16. September 2003 an den "Dienstleister" M. H. Projektkoordination, dem der Kläger für das Verwaltungsverfahren eine Vollmacht erteilt hatte, führte der Kläger aus, weshalb auch vor dem 01. Januar 2003 die Voraussetzungen für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit vorgelegen hätten. Der "Dienstleister" leitete die ausgedruckte E-Mail mit Schreiben vom 25. September 2003 der Beklagten zu mit der Bitte, sie an das Sozialgericht weiterzuleiten, was mit Schreiben der Beklagten vom 30. September 2003, beim Sozialgericht Ulm (SG) am 02. Oktober 2003 eingegangen, erfolgte. Der Kläger begehrte die Feststellung einer nicht versicherungspflichtigen Beschäftigung vom 01. Juli 1995 bis (richtig) 31. Dezember 2002 und machte geltend, die von der Beklagten für die Zeit ab 01. Januar 2003 vorgenommene Beurteilung gelte auch bereits für die Zeit vom 01. Juli 1995 bis 31. Dezember 2002. Er habe der Beigeladenen zu 3) bereits 1996/1997 ein Darlehen gewährt, welches noch heute im Unternehmen sei und in den Folgejahren ausgebaut worden sei. Das Darlehen sei nicht erst mit der vorgelegten Zusatzvereinbarung entstanden. Er sei einzelvertretungsberechtigt auch vor 2003 gewesen. Er sei seit ungefähr 2000 Aufsichtsratsvorsitzender der schwedischen Tochtergesellschaft der Beigeladenen zu 3) und habe dort die Gesellschafterinteressen der Beigeladenen zu 3) wahrgenommen. Bereits seit 1996/97 habe er als Einziger die erforderlichen Branchen- und Informationskenntnisse besessen. Er habe die Verantwortung für die Materialbeschaffung für die Unternehmensgruppe getragen. Er sei von der Beschränkung nach [§ 181 BGB](#) befreit gewesen. Er habe über seine Tätigkeit (Art, Dauer, Ort, Aufwand) frei entscheiden können. Er sei für das gesamte Finanz- und Rechnungswesen zuständig gewesen, einschließlich aller gesellschaftsrechtlichen Aufgabenstellungen (Gesellschaftsverträge, Gesellschafterversammlungen, Jahresabschlüsse, Steuererklärungen und Prüfungen, Finanzierung). Die zustimmungsbedürftigen Geschäftshandlungen hätten nur in den Fällen erfolgen müssen, die nicht im Businessplan enthalten gewesen seien. Die im Dezember 2000 vereinbarte Erfolgsbeteiligung stelle ebenfalls eine Bestätigung für unternehmerisches Handeln dar; die vereinbarte Erfolgsbeteiligung entspreche nicht der bei einem normalen leitenden Angestellten. Ab der Berufung zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) sei er allein zuständig und verantwortlich für das gesamte Personalwesen, die Buchhaltung einschließlich Finanzbuchhaltung, das Controlling, die Beschaffung und den gesamten IT-Bereich. Er habe die gesellschaftlichen Entscheidungen der Beigeladenen zu 3) über deren Auslandsbeteiligungen getroffen. Es könne nicht bezweifelt werden, dass er durch seine weitreichenden und strategischen Entscheidungen die Unternehmenspolitik der Beigeladenen zu 3) und der Holding auch ohne Beteiligung am Gesellschaftsvermögen bestimmt habe. Er sei insoweit wie ein Selbstständiger tätig geworden. Von einer Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Dritten oder von der Ausübung seiner Tätigkeit im Rahmen einer anderweitig vorgegebenen Ordnung könne keine Rede sein. Entscheidend seien weniger die vertraglichen Rahmenbedingungen, sondern vielmehr die Tatsache, dass die von ihm getroffenen Entscheidungen durch Gesellschaftsgremien nie geändert oder revidiert worden seien. Er habe eindeutig bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaften (Beigeladene zu 3) und Holding) genommen. Er habe uneingeschränkt schalten und walten können, was gerade nicht als persönliche Abhängigkeit gewertet werden könne. Die vollständige Entscheidungsfreiheit habe mit einer entsprechend umfassenden persönlichen Verantwortung korrespondiert. Der Kläger legte auch eine Bestätigung des Geschäftsführers der Holding (G. B.) vom 23. September 2003 vor und verwies auf das Urteil des BSG vom 14. Dezember 1999 ([B 2 U 48/98 R](#)). Ferner äußerte er sich im Rahmen der mündlichen Anhörung durch das SG am 15. April 2005 (Bl. 38/39 der SG-Akte).

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Der (2003) 34 Jahre alte Kläger sei im streitbefangenen Zeitraum leitender Angestellter ohne Gesellschaftsanteile gewesen. Erst seit Januar 2003 sei er durch Übernahme der Geschäftsführung der Holding in die Stellung ausreichender persönlicher Unabhängigkeit hineingewachsen. Bei Geschäftsführern, die nicht am Stammkapital der GmbH beteiligt seien (Fremdgeschäftsführer), liege nach der Rechtsprechung des BSG grundsätzlich ein abhängiges und damit sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor. Dies gelte auch dann, wenn der Geschäftsführer nach Ort, Zeit und Dauer weisungsfrei tätig sei und im Rahmen des Geschäftszwecks im Wesentlichen frei schalten und walten könne. Es genüge, wenn die Gesellschafter die Geschäftspolitik bestimmen könnten. Lediglich dann, wenn der Geschäftsführer in der GmbH schalten und walten könne, wie er wolle, weil er die

Gesellschafter persönlich dominiere oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig seien, könne ausnahmsweise - etwa in einer Familiengesellschaft - Selbstständigkeit bejaht werden.

Mit Urteil vom 13. Dezember 2005 wies das SG die Klage ab. Der Kläger sei zunächst bis zur Eintragung ins Handelsregister als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) im Jahre 1998 unter keinen Umständen als Selbstständiger zu beurteilen, da sich das Beschäftigungsverhältnis bis zu diesem Zeitpunkt der Eintragung als klassisches Angestelltenverhältnis dargestellt habe. Seine rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Gesellschaft seien zu diesem Zeitpunkt nicht vorhanden gewesen. Jedoch sei der Kläger auch danach bis 31. Dezember 2002 als abhängig Beschäftigter anzusehen. Trotz der durchaus gehobenen Stellung und seiner Verdienste um die Firma und deren Umstrukturierung habe der Kläger auch in dieser Zeit rechtlich betrachtet nicht frei schalten und walten können. Entscheidend sei die gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit. Insoweit ergebe sich, dass die Muttergesellschaft die Geschäftspolitik der Beigeladenen zu 3) zumindest im Hinblick auf existenzielle Fragen bestimmt habe. Es gelte der Grundsatz, dass auch die geschäftsführenden Organe juristischer Personen im Regelfall abhängig beschäftigt seien, wenn sie an deren Kapital nicht beteiligt seien. Auch im Hinblick auf das wirtschaftliche Risiko könne nicht von einer selbstständigen unternehmerähnlichen Stellung ausgegangen werden. Dies ergebe sich nicht aufgrund der vom Kläger geltend gemachten Gewährung eines Darlehens. Denn dieses sei nach Angaben des Klägers zum Erwerb künftiger Anteile an dem Unternehmen gedacht gewesen. Auch die vom Kläger angegebene Tantiemenregelung führe nicht zu einer unternehmerähnlichen Stellung, da erst die Teilnahme auch an möglichen Verlusten des Unternehmens volles Unternehmerrisiko bedeute. Der Kläger habe insoweit für die Beigeladene zu 3) seine Arbeitskraft, nicht aber sein eigenes Kapital eingesetzt. Dieser Arbeitseinsatz könne dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden. Das Urteil des SG wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers gegen Empfangsbekenntnis am 16. Dezember 2005 zugestellt.

Am 16. Januar 2006 (Montag) hat der Kläger gegen das Urteil des SG mit Fernkopie Berufung beim Landessozialgericht eingelegt. Er hat zuletzt (Anwaltsschriftsatz vom 18. Mai 2006) die Zeit seiner selbstständigen Tätigkeit auf den Zeitraum vom 18. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2002 begrenzt. Er trägt vor, von einer selbstständigen Tätigkeit als Geschäftsführer sei dann auszugehen, wenn er die Unternehmenspolitik im Wesentlichen selbst bestimme. Dies ergebe sich im Hinblick auf seine Bestellung als Geschäftsführer daraus, dass er allein verantwortlich und zuständig für das gesamte Personalwesen, die Buchhaltung einschließlich der Finanzbuchhaltung, das Controlling, die Beschaffung und für den gesamten IT-Bereich gewesen sei. Darüber hinaus habe es ihm oblegen, alle gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen der Beigeladenen zu 3) über deren Auslandsbeteiligungen zu treffen. Nach deren Realisierung seien die jeweiligen Unternehmen dann von ihm alleine geführt worden. Sämtliche aus formalen Gründen erforderlichen Beschlüsse von Gesellschaftsorganen seien stets und ausnahmslos mit dem von ihm vorgegebenen Inhalt gefasst worden. Er habe danach durch seine weitreichenden und strategischen Entscheidungen die Unternehmenspolitik der Beigeladenen zu 3) und der Holding bestimmt. Die Zustimmungsbeschlüsse von Gesellschaftsorganen (Gesellschafterversammlung, Vorstand, Aufsichtsrat) hätten danach ausschließlich formellen Charakter gehabt. Eine gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit habe nicht vorgelegen, weder im Hinblick auf die laufende Tätigkeit noch im Rahmen der strategischen unternehmerischen Entscheidungen. Seine in die Zukunft gerichteten Entscheidungen habe das SG nicht berücksichtigt, so die Schließung des Werks in H. Ende 1998/Anfang 1999, den Aufbau einer neuen Abteilung Finanz- und Rechnungswesen in G. für den gesamten Konzern im Jahre 1998, die Übernahme des Boardvorsitzes einer schwedischen Tochtergesellschaft sowie die Übernahme der Verantwortung und Haftung für den Teilkonzern EMW mit zahlreichen Auslandsgesellschaften. Dem stehe nicht entgegen, dass in der Satzung in Bezug auf Geschäftsführerentscheidungen teils Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen gewesen seien. Denn dies berühre seine persönliche Unabhängigkeit nicht. Es müsse auch berücksichtigt werden, dass der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden habe, dass Geschäftsführungsleistungen eines GmbH-Geschäftsführers auch als selbstständig im Sinne des Umsatzsteuergesetzes beurteilt werden könnten. Es komme auf die vereinbarten und praktizierten Regelungen im Einzelfall an. Mit der Darlehensgewährung habe er im Übrigen wie ein Unternehmer das wirtschaftliche Risiko für dessen Rückzahlung getragen. In dem Zweck des Erwerbs künftiger Anteile an dem Unternehmen zeige sich der Unternehmensbezug des Darlehens und das von ihm persönlich eingegangene unternehmerische Risiko. Die Beurteilung des Gesamtbilds spreche hier für eine selbstständige Tätigkeit.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 13. Dezember 2005 sowie den Bescheid der Beklagten vom 10. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04. September 2003 abzuändern und festzustellen, dass er vom 18. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2002 nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 3) gestanden hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angegriffene Urteil und die streitbefangenen Bescheide für zutreffend. Die vom Kläger geltend gemachte Qualifikation, Bevollmächtigung und Verantwortung im streitbefangenen Zeitraum habe keine selbstständige Tätigkeit begründen können, sondern sei das Kennzeichen des leitenden Angestellten. Der Kläger habe keine Anteile am Stammkapital der Beigeladenen zu 3) gehalten und sei der übergeordneten Holding berichtspflichtig gewesen.

Der Berichterstatter des Senats hat mit Beschluss vom 13. Juli 2006 die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 1), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 2) und die M. GmbH (Beigeladene zu 3) zum Verfahren beigeladen. Die Beigeladene zu 1) hat den Versicherungsverlauf des Klägers vom 17. August 2006 eingereicht. Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt. Die Beigeladenen zu 1) und 2) halten das SG-Urteil für zutreffend. Die Beigeladene zu 3) hat vorgetragen, ob die in der Berufungsbegründung vom Kläger vorgebrachten Gesichtspunkte eine Änderung des sozialgerichtlichen Urteils rechtfertigen könnten, sei fraglich.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist statthaft und



zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet. Über die Berufung hat der Senat nach Lage der Akten entschieden ([§ 126 SGG](#)), da in der mündlichen Verhandlung keiner der Beteiligten erschienen war. In der Ladung sind die Beteiligten hierauf hingewiesen worden.

Streitig ist im Hinblick auf den Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 18. Mai 2006 nur noch die Zeit vom 18. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2002, nicht mehr jedoch der von der Klage noch mit umfasste Zeitraum vom 01. Juli 1995 bis 17. Dezember 1998. Soweit die Beklagte als Einzugsstelle aufgrund des bei ihr mit Schreiben vom 03. Dezember 2002 gestellten Antrags mit dem Bescheid vom 10. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04. September 2003 die Gesamtsozialversicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung des Klägers aufgrund einer abhängigen Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 3) auch noch für die Zeit vom 18. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2002 festgestellt hat, ist dieser Bescheid rechtmäßig und verletzt den Kläger, wie auch das SG aufgrund der form- und fristgerecht eingelegten Klage festgestellt hat, nicht in seinen Rechten.

Angesichts der Beschränkung der Berufung auf die Zeit vom 18. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2002 war nicht zu entscheiden, ob auch vor dem 18. Dezember 1998 eine abhängige Beschäftigung vorgelegen hat. Insoweit ist der genannte Bescheid aufgrund der teilweise eingetretenen Rechtskraft des sozialgerichtlichen Urteils bestandskräftig geworden. Mithin ist rechtskräftig festgestellt, dass vom 01. Juli 1995 bis 17. Dezember 1998 eine abhängige Beschäftigung des Klägers vorgelegen hat. Auch war nicht zu überprüfen, ob die Beklagte mit dem weiteren (bestandskräftig gewordenen) Bescheid vom 10. April 2003 ab 01. Januar 2003 - im Hinblick auf den (neuen) Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vom 01. Januar 2003 und die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Verwaltungsgesellschaft - zu Recht eine abhängige Beschäftigung verneint hat.

1. Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe - neben der Kranken- und Pflegeversicherung - in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die nach [§ 28i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle war und ist hier die Beklagte. Da sie auf den entsprechenden Antrag des Klägers ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung der Sozialversicherungspflicht einleitete, scheidet das Antragsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) aus, für das die Beigeladene zu 1) zuständig ist. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht auch in der Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung, die eine Zuständigkeit der Beklagten für die Entscheidung ausschließt, ergibt sich für den vorliegenden Fall nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I, S. 2954](#)). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist.

2.1 Versicherungspflichtig sind in der streitigen Zeit in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB III) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt und sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abgedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#); Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - RdNr. 22; jeweils m.w.N.). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 65; Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - RdNr. 22; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17; Urteile vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - RdNr. 22 und vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - RdNr. 18).

Der Geschäftsführer einer GmbH, der am Stammkapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist (Fremdgeschäftsführer), ist grundsätzlich abhängig Beschäftigter der GmbH und versicherungspflichtig. Ausnahmen von dem Grundsatz werden in den Fällen erwogen, in denen der oder die Gesellschafter dem Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit völlig freie Hand lassen und er - wirtschaftlich gesehen - seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern wie für ein eigenes Unternehmen ausübt (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

2.2 Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die streitige Zeit ab 18. Dezember 1998 nach dem abgeschlossenen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vom 04. Dezember 1998 (nachdem für die jetzt unstreitige Zeit, als der Kläger als Assistent der Geschäftsführung der Beigeladenen zu 3) bis zum 17. Dezember 1998 abhängig beschäftigt war, ersichtlich ein schriftlicher Vertrag nicht vereinbart worden war) mit der Zusatzvereinbarung vom 18. Dezember 2000 und der Geschäftsordnung für die Geschäftsführer der Klägerin vom 03. März/20. März 2000 und der Regelung über "zustimmungsbedürftige Geschäftshandlungen" der Beigeladenen zu 3) vom 01. Dezember 1999/20. März 2000 sowie dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit. Trotz der vom Kläger

schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 3), an der er im streitigen Zeitraum kapitalmäßig nicht beteiligt war, überwiegen bei seiner Tätigkeit in der streitigen Zeit als Mit-Geschäftsführer und Fremdgeschäftsführer für den kaufmännischen Bereich mit Rechnungswesen, Datenverarbeitung, Personalwesen, TQN, Beschaffung und Controlling (§ 1 Nr. 1. des Vertrags) bzw. in der Bereichszuständigkeit Service mit EDV, Einkauf, Rechnungswesen, Personalabteilung, Controlling, Kostenrechnung und QM (§ 3 Buchst. b Buchst. a der Geschäftsordnung) - neben den weiteren Mit-Geschäftsführern und Fremdgeschäftsführern J. für den Bereich Vertrieb (Gesamtvertrieb, Marketing, Produktionsmanagement und Werbung) und R. für den Bereich Produktion (Produktionscontrolling, Lochblechfertigung, Weiterverarbeitung, Lager/Logistik, Grundstücke und Gebäude) - qualitativ die Merkmale, die auch in der Zeit vom 18. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2002 für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit im hier noch streitigen Zeitraum vom 18. Dezember 1998 (Bestellung als Mit-Geschäftsführer mit Vertrag vom 04. Dezember 1998) bis 31. Dezember 2002 wurde ebenso wie bis zum 17. Dezember 1998 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 3) abgewickelt. In § 9 Nr. 1 des Vertrags war ausdrücklich vorgesehen, dass Änderungen und Ergänzungen zur Rechtswirksamkeit der Schriftform bedurften. Auf die Regelungen ab 01. Januar 2003 und die Abwicklung des Vertrags vom 01. Januar 2003 kommt es hier nicht an, unabhängig davon, dass die Angaben des Klägers im Feststellungsbogen vom 27. November 2002 sowie in den Schreiben vom 03. Dezember 2002 und ferner vom 26. März und 02. April 2003 darauf hindeuten könnten, dass sie sich ohnehin nur auf die Zeit ab 01. Januar 2003 beziehen sollten. Insoweit geht es hier auch nur um die Beurteilung der vertraglichen bzw. tatsächlichen Beziehungen des Klägers zur Beigeladenen zu 3). Die dem Kläger neben seiner "Haupttätigkeit" auch in der streitigen Zeit ersichtlich genehmigten (auch entgeltlichen) Nebentätigkeiten für selbstständige Tochtergesellschaften bzw. für andere Gesellschaften der M.-Gruppe, auch für Gesellschaften, an denen Minderheitsbeteiligungen gehalten wurden, war hier nicht zu beurteilen. Für die Bewertung der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 3) kommt es nicht darauf an, in welchem Umfang und in welcher Art und Weise der Kläger derartige Nebentätigkeiten im In- und Ausland, wie von ihm geltend gemacht, tatsächlich ausgeübt hat. Ersichtlich nicht nur als Assistent der Geschäftsführung ab Beginn der Beschäftigung am 01. Juli 1995, sondern auch weiterhin als Mit-Geschäftsführer ab 18. Dezember 1998 erhielt der Kläger von der Beigeladenen zu 3), an der er in der streitigen Zeit nach wie vor nicht kapitalbeteiligt war, ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt von DM 18.750,00 (§ 3 Nr. 1 des Vertrags, § 3 Nr. 1 Buchst. a der Zusatzvereinbarung). Diese monatlichen festen Bezüge veränderten sich "in der Regel entsprechend den prozentualen Veränderungen des höchsten bezifferten Tarifgehalts der Baden-Württembergischen Metallindustrie" (§ 3 Nr. 2 Satz 1 des Vertrags und § 3 Nr. 1 Buchst. a der Zusatzvereinbarung). Dass diese festen Bezüge übertariflich gewesen sein mögen und die Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung überschritten haben, spricht nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Wie auch der von der Beigeladenen zu 1) vorgelegte Versicherungsverlauf des Klägers vom 17. August 2006 belegt, war der Kläger auch ab 18. Dezember 1998 von der Beigeladenen zu 3) weiterhin als abhängig Beschäftigter gemeldet und es wurden in dieser Zeit für den Kläger von der Beigeladenen zu 3) auch Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung, einschließlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung abgeführt, wie dies in § 3 Nr. 3 des Vertrags vereinbart war. Zudem hatte der Kläger - neben dem Anspruch auf arbeitnertypische vermögenswirksame Leistungen (§ 4 Nr. 6 des Vertrags), wobei, gleichfalls arbeitnertypisch, für ihn von der Beigeladenen zu 3) eine Direktversicherung abgeschlossen worden war (§ 4 Nr. 3 des Vertrags) - Anspruch auf Fortzahlung der Festbezüge bei Krankheit (einschließlich einer durch Unfall bedingten Krankheit oder einer verordneten Kur nach § 4 Nr. 3 des Vertrags). Dass dieser Entgeltfortzahlungsanspruch für höchstens sechs Monate galt, spricht nicht gegen einen arbeitnertypischen Anspruch. Auch war der Urlaubsanspruch in § 5 des Vertrags "entsprechend der tariflichen Dauer + 1 Tag" geregelt, wobei vorgegeben war, dass der Urlaub so abzustimmen und zu nehmen war, dass die betrieblichen Belange nicht beeinträchtigt wurden. Die Zahlung des festen monatlichen Arbeitsentgelts machte deutlich, dass ein (sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis auch in der streitigen Zeit gewollt war.

Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen zu dem Vertrag rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 BGB) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären. Es mag sein, dass für den Abschluss des Vertrags andere als sozialversicherungsrechtliche Gründe maßgebend gewesen seien. Dies erfordert es aber nicht, sie bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition des Klägers, die Wirkungen eines wirksamen Vertrags nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit insbesondere nachträglich auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) Rdnr. 20). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.). Des Weiteren ist im vorliegenden Fall eine formlose Abbedingung der entsprechenden Abreden des schriftlichen Vertrags durch schlüssiges Verhalten auch nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da sich die vertraglichen Vereinbarungen erschöpfend aus dem Vertrag ergeben und jedenfalls Vertragsänderungen nach § 9 Nr. 1 des Vertrags der Schriftform bedurften; eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarungen wäre also unwirksam gewesen.

Aus dem gezahlten Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe bei der Beigeladenen zu 3) verbucht wurde, wurden im streitigen Zeitraum vom Kläger Lohnsteuer sowie Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung abgeführt. Die Verbuchung als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist insoweit ein weiteres Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG [SozR Nr. 22 zu § 165 RVO](#)).

Zu Beginn der Beschäftigung als Assistent der Geschäftsführung ab 01. Juli 1995, wobei dieser Zeitraum bis 17. Dezember 1998 nicht mehr streitig ist, aber auch ab 18. Dezember 1998 hatte offenbar kein Interesse des Klägers bestanden, sich der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger oder der Einzugsstelle prüfen zu lassen. Zwar wird durch das Schreiben des Klägers vom 03. Dezember 2002 (mit Feststellungsbogen vom 27. November 2002, auch weitere Schreiben vom 26. März und 02. April 2003) dokumentiert, dass jedenfalls beim Kläger ein "Sinneswandel" eingetreten sein könnte. Jedoch verblieb es auch ab 01. Januar 2003 ersichtlich bei der Gewährung von monatlichen Festbezügen, für die nach dem Versicherungsverlauf vom 17. August 2006 jedenfalls für 2003 Rentenversicherungsbeiträge von der Beigeladenen zu 3) weiterhin abgeführt worden waren. Im Übrigen könnte sich dieser Sinneswandel beim Kläger ohnehin nur auf die Zeit ab 01. Januar 2003 im Hinblick auf den neuen Vertrag beziehen. Ferner war der Kläger aber auch ab 01. Januar 2003 nach wie vor, wie auch vorher, nicht an der Beigeladenen zu 3) kapitalmäßig beteiligt. Eine geringfügige Beteiligung am Stammkapital der Beigeladenen zu 3), die ersichtlich zuvor lediglich ins Auge gefasst wurden war, wurde nach dem Vorbringen des Klägers erst zum 01. Januar 2004 realisiert.

Damit war der Kläger aufgrund der gezahlten festen Bezüge nicht - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriteriums - am Unternehmensrisiko der Beigeladenen zu 3) beteiligt. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes



Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - Rdnr. 27). Für das Fehlen eines solchen Unternehmerrisikos in der streitigen Zeit spricht, dass es erst ab 01. Januar 2004 zu einer Kapitalbeteiligung des Klägers an der Beigeladenen zu 3) gekommen ist.

Wenn in finanzieller Hinsicht eine formale Beteiligung an der Beigeladenen zu 3) hier bis zum 01. Januar 2004 fehlte, setzt die Annahme eines Unternehmerrisikos in der streitigen Zeit jedenfalls voraus, dass eine für eine abhängige Beschäftigung unübliche Vereinbarung oder tatsächliche Handhabe der Gestaltung und Zahlung der Vergütung besteht, die den Schluss zulässt, dass möglicherweise bei entsprechend schlechter wirtschaftlicher Lage des Unternehmens die Vergütungsforderung in der bisherigen Höhe nicht durchgesetzt werden kann. Dafür ergeben sich hier keine Anhaltspunkte. Der Kläger hat nicht geltend gemacht, dass in der streitigen Zeit bei negativem Geschäftsverlauf die feste monatliche Vergütung von (brutto) DM 18.500,00 zuzüglich der späteren "tariflichen Gehaltserhöhung" nicht regelmäßig gezahlt worden wäre. Hier kann auch die in § 3 Nr. 2 des Vertrags vom 04. Dezember 1998 in der Fassung der Zusatzvereinbarung vom 18. Dezember 2000 erwähnte zusätzlich vereinbarte "Gewinntantieme", mag sie im Übrigen auch bereits vor dem 18. Dezember 2000 vereinbart gewesen sein, nicht dem Wagniskapital eines Unternehmers gleichgesetzt werden. Sie erschien lediglich als Ausdruck von auch bei Arbeitnehmern, insbesondere bei leitenden Angestellten verbreiteten leistungsorientierter Vergütungsbestandteilen. Die Gefahr, dass der Kläger seine Arbeitskraft und seine Kenntnisse und Erfahrungen für die Beigeladene zu 3) ohne Gegenleistung einzusetzen hätte, bestand für ihn nicht. Ein wesentliches Unternehmerrisiko ergibt sich auch nicht daraus, dass nach § 3 Nr. 2 Buchst. e (Verwendung der Tantieme) des Vertrags in der Fassung der Zusatzvereinbarung geregelt war, dass ein Teil (30% der Bruttotantieme, maximal EUR 500.000,00) der Tantieme als Darlehen im Unternehmen verbleiben sollte. Insoweit sollte dieses Darlehen für eine zukünftige Kapitalbeteiligung an der Beigeladenen zu 3) angespart werden, wie sie dann ab 01. Januar 2004 realisiert wurde. Bei dieser Darlehensgewährung zwecks zukünftiger Kapitalbeteiligung ist einerseits zu berücksichtigen, dass das Darlehen verzinst wurde, andererseits vor allem aber auch, dass es durch eine Bankbürgschaft abgesichert war (vgl. § 3 Nr. 2 Buchst. e Nrn. 4 und 5 des Vertrags in der Fassung der Zusatzvereinbarung).

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ergab sich für den Kläger in der streitigen Zeit auch nicht dadurch, dass er ab 18. Dezember 1998 für den Bereich Service mit EDV, Einkauf, Rechnungswesen, Personalabteilung, Controlling, Kostenrechnung und QM mit der von ihm geltend gemachten alleinigen Fachkompetenz arbeitsteilig - neben dem Geschäftsführer J., der für den Bereich Vertrieb mit Gesamtvertrieb, Marketing, Produktmanagement und Werbung und dem weiteren Geschäftsführer R., der für den Bereich Produktion mit Produktionscontrolling, Lochblechfertigung, Weiterverarbeitung, Lager/Logistik, Grundstücke und Gebäude zuständig war - gearbeitet hat. Dass der Erfolg der Beigeladenen zu 3) im streitigen Zeitraum auch von den Fähigkeiten des Klägers und seinem Engagement abhing, unterschied seine Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung der eigenen Bezüge sich für die Prosperität des Unternehmens einsetzen. Auch für die vom Kläger seit 18. Dezember 1998 für die Beigeladene zu 3) getätigten Geschäfte haftete allein diese. Der Kläger selbst war von jeglichem Haftungsrisiko als Unternehmer oder Gesellschafter freigestellt. Auch soweit der Kläger für den Einkauf und die Personalabteilung zuständig war, ergibt sich nicht, dass er in der streitigen Zeit die Beigeladene zu 3) wie ein Allein- oder Mehrheitsgesellschafter nach eigenem Gutdünken geführt hat, er insbesondere für von ihm abgeschlossene Verträge und deren Erfüllung als Arbeitgeber/Unternehmer einstehen und haften wollte. Die Beigeladene zu 3) trug das Insolvenzrisiko einerseits und auch die maßgebliche Gewinnaussicht andererseits. Der Kläger war auch nicht an seiner eigenen Betriebsstätte tätig, sondern an derjenigen der Beigeladenen zu 3).

Eine Rechtsgrundlage, die die vom Kläger behauptete weitgehende eigene Dispositionsfreiheit für das Gesamtunternehmen in der streitigen Zeit gerechtfertigt hätte, ist nicht erkennbar. Die Beigeladene zu 3), d.h. die Gesellschafter, zu denen der Kläger nicht gehörte, hätte es in der Hand gehabt, als alleinige Unternehmerin hindernd in die Freiheiten des Klägers einzugreifen und diesen damit im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Dass der bzw. die Gesellschafter der Beigeladenen zu 3) dem Kläger als Mit-Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit nicht völlig freie Hand gelassen haben und er wirtschaftlich gesehen - seine Tätigkeit auch nicht wie für sein eigenes Unternehmen ausgeübt hat und auch nicht ausüben konnte, ergibt sich für den Senat auch aus der für den Kläger und die weiteren Mit-Geschäftsführer vereinbarten Aufstellung derjenigen Geschäftshandlungen, für die die Geschäftsführung der GmbH die Zustimmung der Alleingesellschafter einzuholen hatte. Danach sollten sich vor der Einholung der entsprechenden Zustimmung die Geschäftsführer jeweils darüber abgestimmt und möglichst geeinigt haben. Dazu galt für die Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) die Geschäftsordnung, insbesondere mit den Regelungen zu Zuständigkeiten (§ 3), zu Informationswesen und regelmäßigen Besprechungen (§ 4), zu Befugnissen eines Geschäftsführers bezüglich anderer Geschäftsbereiche (§ 5), zur Stellvertretung (§ 6) und zur Wirksamkeit der Beschlussfassung (§ 7). Im Grundsatz bezog sich dieses Zustimmungserfordernis seitens der Alleingesellschafterin auf die Festlegung der Geschäftspolitik der Beigeladenen zu 3) und auf die jährliche Unternehmensplanung sowie, sofern dies nicht mit der Unternehmensplanung bereits verabschiedet war, auf zahlreiche einzelne Geschäftshandlungen. Der Kläger hat auch nicht geltend gemacht, dass derartige zustimmungsbedürftige Geschäftshandlungen nicht angefallen seien oder die Einholung der Zustimmung tatsächlich nicht erforderlich gewesen sei.

Im Übrigen hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. So ist insbesondere die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei hochqualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Hierzu gehörte auch der vom Kläger betreute Service-Bereich, in dem der Kläger auch Grundsätze für die Geschäftspolitik der Beigeladenen zu 3) entwickelt haben mag, wobei jedoch die Festlegung der Geschäftspolitik der Beigeladenen zu 3) von der Zustimmung der Gesellschafterin abhängig war. Zudem kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen und auch der selbstständige Auftragnehmer (beispielsweise Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

Nach dem Gesamtbild seiner Arbeitsleistung war der Kläger in der streitigen Zeit in den Betrieb der Beigeladenen zu 3) als vorgegebene Ordnung eingegliedert und keinem Unternehmerrisiko ausgesetzt. Die Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung auch ab 18. Dezember 1998 sprechen, überwiegen bis zum 31. Dezember 2002 mithin bei Weitem. Das Sozialversicherungsverhältnis wurde insoweit auch in der streitigen Zeit gelebt und war gewollt.

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

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-04-02