

## L 5 KR 224/08

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Konstanz (BWB)  
Aktenzeichen  
S 2 KR 164/06  
Datum  
30.08.2007  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 5 KR 224/08  
Datum  
18.11.2009  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 wird das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 30. August 2007 abgeändert und die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten steht im Streit, ob der Kläger vom 14. 8. 2000 an im Betrieb seines Vaters (des Beigeladenen Ziff. 4) bzw. im Betrieb der Fensterbau Kriegl GmbH (der Beigeladenen Ziff. 5) versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der 1973 geborene Kläger absolvierte nach einer (in einem anderen Betrieb erfolgten) Ausbildung zum Kaufmann ab 1. 1. 1995 eine Lehre im elterlichen Betrieb als Glaser und arbeitete dort anschließend als Geselle bis 1. 9. 1999. Danach besuchte er eine Meisterschule, die er am 21. 7. 2000 erfolgreich mit der Meisterprüfung zum Glaser abschloss. Unter dem 1. 10. 2000 schlossen der Beigeladene Ziff. 4 und der Kläger einen Arbeitsvertrag ab. Danach wurde der Kläger im Unternehmen des Beigeladenen Ziff. 4 als Meister in der Funktion eines Betriebsleiters eingestellt. Zum Arbeitsbereich wurde wie folgende Vereinbarung getroffen:

Dem Arbeitnehmer obliegt die Überwachung in tätiger Mitarbeit für den gesamten Fertigungsbetrieb einschließlich der Arbeitsvorbereitung; Herr S. Kriegl ist für den optimalen Einsatz der ihm unterstellten Mitarbeiter zuständig und weisungsbefugt. Herr Kriegl ist insbesondere für den gesamten Maschinenpark einschließlich Instandhaltung und Sicherheit verantwortlich. Festgestellte Mängel oder Schäden sind, sofern nicht sofort zu beheben, der Geschäftsleitung unverzüglich zu melden. Ferner obliegt dem Arbeitnehmer die rechtzeitige Bedarfsmeldung von Verbrauchs- und Lagermaterial. Auf Grund seiner Befähigung als Glasermeister zeichnet der Arbeitnehmer für die Ausbildung von Lehrlingen verantwortlich. Herr S. Kriegl ist gehalten, Verbesserung und Änderung u. ä. vor dessen Realisierung mit dem Arbeitgeber (den Beigeladenen Ziff. 4) vernehmlich zu besprechen. Der Arbeitgeber behält sich die Übertragung anderer und/oder weiterer Aufgaben an den Arbeitnehmer vor.

Als Arbeitszeit wurde Montag bis Freitags 7:30 Uhr bis 9:00 Uhr, 09:15 bis 12:00 Uhr und 13:00 bis 17:00 Uhr vereinbart. Für seine Tätigkeit erhielt der Kläger ein Gehalt von 5.500,- DM, bestehend aus einem Tarifentgelt von 4.700,- DM und einer übertariflichen Zulage von 800,- DM. Darüber hinaus traf der Arbeitsvertrag Regelungen für Überstunden, Urlaubs/Weihnachtsgeld, den Urlaubsanspruch sowie Diensterfindungen. Vereinbart wurde eine Probezeit von Oktober 2000 bis Januar 2001, nach Ablauf der Probezeit galt eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende. Der Kläger war in der Folge in der Einzelfirma des Vaters, der Firma Glaserei und Fensterbau Kriegl als Glasermeister tätig.

Auf Empfehlung des Steuerberaters wurde die Fensterbau Kriegl GmbH mit Sitz in Isny (Beigeladene Ziff. 5) durch notariellen Vertrag vom 30. 4. 2004 errichtet. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug 25.000,- EUR, davon übernahmen der Beigeladene Ziff. 4 24.750,- EUR (99 %) und der Kläger 250,- EUR (1 %). Zum Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis, der von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit war, wurde der Beigeladene Ziff. 4 bestellt und am 27. 5. 2004 entsprechend in das Handelsregister eingetragen.

Mit Schreiben vom 24. 1. 2005 beantragte der Kläger die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Tätigkeit für die Firma Kriegl Glaserei und Fensterbau für den Zeitraum ab 14. 8. 2000. Seit diesem Zeitpunkt habe er seine Meisterlehre beendet und eigenverantwortlich hauptsächlich im Außendienst gearbeitet und sei nicht an Zeit, Ort und Art seiner weisungsfreien Tätigkeit gebunden gewesen. Seit 1. 6. 2004 sei er Mitgesellschafter in der Folgegesellschaft und versehe auch diese Tätigkeit weisungsfrei.

In dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses gab er ergänzend an, ohne seine Mitarbeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Er arbeite im Betrieb entsprechend den betrieblichen Erfordernissen. Davon hänge auch sein Urlaub ab. Sein Arbeitsentgelt von 3.068 EUR monatlich sei höher als das tarifliche bzw. ortsübliche Gehalt und sei der Verantwortung angepasst. Das Arbeitsentgelt werde regelmäßig gezahlt, darüber hinaus erhalte er Urlaubsgeld. Von dem Arbeitsentgelt werde Lohnsteuer entrichtet, es werde als Betriebsausgabe gebucht. Auch habe er für ein Geschäftsdarlehen der Beigeladenen Ziff. 5, der Fensterbau Kriegl GmbH, über 50.000,- DM zur Sicherheit sein Wertpapierdepot verpfändet.

Nachdem die Beklagte mit Anhörungsschreiben vom 13. 5. 2005 die Absicht geäußert hatte, beim Kläger sowohl für den Zeitraum vom 14. 8. 2000 bis 31. 5. 2004 als auch für den Zeitraum ab 1.6. 2004 Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung anzunehmen, wies der Bevollmächtigte des Klägers in einem umfangreichen Schriftsatz vom 7. 6. 2005 darauf hin, dass diese Sichtweise seines Erachtens fehlerhaft sei. Er machte hierzu unter umfangreicher Darstellung der Rechtsprechung des BSG allgemeine Ausführungen zu den Voraussetzungen der Versicherungspflicht, wobei er insbesondere die Bedeutung der fehlenden Unterordnung unter das Weisungsrecht hervorhob. Sei ein Weisungsrecht nicht vorhanden und sei davon tatsächlich keinerlei Gebrauch gemacht, könne der Betreffende seine Tätigkeit mithin im Wesentlichen frei gestalten, liege eine selbstständige Tätigkeit nach ständiger Rechtsprechung vor. Die Wahl der Unternehmensform einer GmbH für einen Familienbetrieb habe regelmäßig allein Haftungs- oder steuerliche Gründe, nicht aber die Zielsetzung, die Schaffung und Nutzung von Über/Unterordnungsstrukturen zu bewirken. Eine selbstständige Tätigkeit könne auch vorliegen, wenn die Tätigkeit der faktischen Leitung des Betriebes formal auf der Ebene unter dem Geschäftsführer ausgeübt werde.

Mit Bescheid vom 10. 11. 2005 hielt die Beklagte an ihrer Auffassung fest und stellte Versicherungspflicht des Klägers bei dem Beigeladenen Ziff. 4 für den Zeitraum 14. 8. 2000 bis 31. 5. 2004 und bei der Beigeladenen Ziff.5 im Zeitraum ab dem 1. 6. 2004 fest. Maßgebliches Kriterium für das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses sei die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Diese persönliche Abhängigkeit sei in Beschäftigungsverhältnissen unter Angehörigen zwar eventuell weniger stark ausgeprägt als bei Beschäftigungen unter Fremden. Dies stehe der Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich nicht entgegen, wenn damit das Weisungsrecht nicht vollständig entfalle, sondern die Beschäftigung tatsächlich mit der vorgegebenen Arbeitszeit und einem fest umrissenen Aufgabenkreis ausgeübt werde. Die persönliche Abhängigkeit schließe in aller Regel auch ein gewisses Maß an wirtschaftlicher Abhängigkeit ein. Der Kläger habe nach bestandener Meisterprüfung laut gültigem Arbeitsvertrag vom 1. 10. 2000 anstelle einer fremden Arbeitskraft Arbeiten als Betriebsleiter (leitender Angestellter ausgeübt). Ihm sei ein fester Aufgabenbereich übertragen worden und er sei für die ihm unterstellten Mitarbeiter zuständig und weisungsbefugt. Eine detaillierte Arbeitszeitregelung liege nach dem Arbeitsvertrag vor. In dieser Funktion habe er ein festes Monatsgehalt von 2.812,11 EUR erhalten, ebenso wie die Auszahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld entsprechend den tariflichen Bestimmungen. Nach dem 6. 8. 2004 habe sich keine wesentliche Änderung ergeben. Der Kläger halte nur 1 % des Stammkapitals der GmbH, habe somit keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschafterversammlung, da Gesellschaftsbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der Gesellschaftsanteile gefasst würden. Auch die Gewährung des Darlehens sei ohne Bedeutung, weil dadurch ein maßgeblicher Einfluss auf die GmbH nicht ausgeübt werden könne.

Den hiergegen eingelegten Widerspruch, für dessen Begründung der Kläger auf seine Ausführungen im Anhörungsverfahren Bezug nahm, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 2. 1. 2006 zurück. Ergänzend führte sie aus, auf Grund seines geringen Kapitalanteils in der Gesellschafterversammlung könne der Kläger keine Entscheidung selbst herbei führen oder verhindern, die sein Arbeitsverhältnis beträfen. Wenn er über weitreichende Kompetenzen innerhalb der GmbH verfüge, sei dies für einen leitenden Angestellten typisch.

Der Kläger erhob hiergegen am 18. 1. 2006 Klage bei dem Sozialgericht Konstanz (SG). Sein Bevollmächtigter brachte zur Begründung u. a. vor, für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses fehle es an der Voraussetzung der Weisungsgebundenheit. Der Kläger unterliege in Bezug auf Zeit, Dauer und Art der Arbeitsausführung nicht etwa einer Maßgabe seines Vaters, sondern entscheide in bereichsübergreifenden Dingen stets gemeinsam mit diesem - oder andersherum, dieser niemals ohne ihn - und im übrigen stets eigenverantwortlich und allein ausgerichtet an den betrieblichen Belangen des Unternehmens. Weil nun der Kläger und sein Vater die betrieblichen Aufgaben - eben familientypisch - gleichberechtigt nebeneinander ausnahmslos arbeitsteilig gestalteten, sei eine persönliche Abhängigkeit nicht gegeben. Sei der Betroffene, wie hier der Kläger bei bestimmten wichtigen Geschäften in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt, ohne einem für die persönliche Abhängigkeit ausschlaggebenden Direktionsrecht unterworfen zu sein, liege nach der Rechtsprechung des BSG eine abhängige Beschäftigung nicht vor (Hinweis auf BSG vom 31. 7. 1974, [12 RK 26/72](#)). Mit der Verpfändung seines Wertpapierdepots für Darlehen der GmbH habe er seine persönliche Bereitschaft gezeigt, das Risiko der GmbH, ähnlich dem Unternehmerrisiko zu übernehmen. Hinter diesen maßgeblichen Kriterien müssten bloß formale Indizien, wie die Entrichtung von Lohnsteuer auf das Gehalt oder dessen bisherige Verbuchung als Betriebsausgabe, deutlich in den Hintergrund treten.

Das Sozialgericht hat im Erörterungstermin vom 8. 11. 2006 den Kläger und den Beigeladenen Ziff. 4 angehört. Wegen Einzelheiten wird auf die Niederschrift Bezug genommen (Bl. 100 bis 101 SG-Akte). Der Bevollmächtigte des Klägers hat hierzu geäußert, der Erörterungstermin habe gezeigt, dass nach den tatsächlichen Verhältnissen der Beigeladene Ziff. 4 und sein Sohn, der Kläger, alle wesentlichen geschäftlichen Handlungen gleichberechtigt miteinander durchführten. Hierfür seien auch Beispiele aus der Praxis genannt worden. Wenn aber wesentliche betriebliche Entscheidungen von der Meinung des Klägers abhingen, sei kein Raum für die Annahme eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. Außerdem habe sich gezeigt, dass der Arbeitsvertrag allein auf Anraten des Steuerberaters abgeschlossen worden sei.

Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten und hat im Wesentlichen mit den Argumenten aus ihrem Bescheid und Widerspruchsbescheid ihre Auffassung aufrecht erhalten.

Mit Urteil vom 30. 8. 2007 hob das SG den Bescheid der Beklagten vom 10. 11. 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. 1. 2006 auf und stellte fest, dass der Kläger ab 1. 6. 2004 nicht mehr sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. Es führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die Umwandlung der Einzelfirma in eine GmbH und die Aufnahme des Klägers als Gesellschafter signalisierten, dass der das Unternehmen bis dahin dominierende Beigeladene Ziff. 4 seine beherrschende Stellung aufgegeben und das Unternehmen künftig gemeinsam mit dem Kläger, der den Betrieb später ganz übernehmen solle, führen wolle.

Dass der Beigeladene Ziff. 4 die Fäden früher nicht schon aus der Hand geben wolle, lasse sich an verschiedenen Indizien fest machen. Ein

Indiz sei der Arbeitsvertrag, der sehr detaillierte Regelungen zur Arbeitszeit, zum Weisungsrecht des Beigeladenen Ziff. 4 gegenüber dem Kläger und hinsichtlich dessen Eingliederung in den Betrieb enthalte. Auch wenn der Kläger wesentlich freier agiert haben möge, als der Vertrag vom 1. 10. 2000 vermuten lasse, spreche nichts gegen ein Weisungsrecht des Beigeladenen Ziff. 4 gegenüber dem Kläger. Der Zufall, dass es in dem Zeitraum bis 31. 5. 2004 nicht zu einer Situation gekommen sei, in der der Beigeladene Ziff. 4 von seinem Weisungsrecht habe Gebrauch machen müssen, sei nicht gleich zu setzen mit einer der vertraglichen Regelung widersprechenden "gelebten Praxis", an die vorrangig anzuknüpfen wäre. Für die Richtigkeit dieser Einschätzung spreche die Tatsache, dass die Zusammenarbeit zwischen Kläger und Beigeladenem Ziff. 4 mit Wirkung vom 1. 6. 2004 auf eine neue Grundlage gestellt worden sei.

Gegen das dem Kläger am 14. 12. 2007 und der Beigeladenen Ziff. 2 am 17. 12. 2007 zugestellte Urteil haben der Kläger am 14. 1. 2008 und die Beigeladene Ziff. 2 am 16. 1. 2008 Berufung eingelegt.

Der Kläger rügt, die Beigeladene Ziff. 2 bewerte einen unvollständigen Sachverhalt entgegen der insoweit recht klaren Rechtsprechung insbesondere des Bundessozialgerichtes lediglich unter Zugrundelegung der formal-juristischen Grundlagen. Sie unterlasse dabei die Prüfung, ob die Beteiligten - wie es hier eben nicht der Fall gewesen sei - die vertragliche Gestaltung auch tatsächlich in die Praxis umsetzen. Nehmen man diesen Standpunkt ein, so sei jeder, der nicht selbst Inhaber oder mehrheitlicher Anteilinhaber an einem Betrieb sei, stets und immer sozialversicherungspflichtig mit der Folge, dass es einer Prüfung nach [§ 28 a Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) überhaupt nicht bedarf.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 30. 8. 2007 abzuändern, den Bescheid der Beklagten vom 10. 11. 2005 und den Widerspruchsbescheid vom 2. 1. 2006 aufzuheben und festzustellen, dass er auch in der Zeit vom 14. 8. 2000 bis 31. 5. 2004 im Rahmen einer Tätigkeit bei der Firma Glaserei und Fensterbau Kriegl nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag, sowie die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 zurückzuweisen.

Die Beigeladene Ziff. 2 hat vorgetragen, der Beigeladene Ziff. 4 habe ab 1. 6. 2004 nicht die Fäden aus der Hand gegeben, seine Stellung als Unternehmer und "Kopf und Seele des Betriebes" habe sich durch die Gründung der GmbH nicht geändert. Mit einem Anteil von 1 % und einer Einlage von 250,- EUR könne man nicht wirklich von einem tatsächlichen Unternehmerrisiko sprechen. Der GmbH habe der Kläger lediglich Geld in Form der Verpfändung eines in der Höhe nicht näher bezifferten Wertpapierdepots zur Sicherung eines Darlehens zur Verfügung gestellt. Im Gegensatz zur Stammeinlage in eine GmbH habe er bei verpfändeten Werten einen Anspruch auf Rückzahlung gegenüber der GmbH. Dies mache deutlich, dass der Kläger das Unternehmerrisiko nicht suche sondern scheue. Darüber hinaus verwundere der Vortrag des Klägers, er habe sich an der Gesellschaft mit nur 1 % beteiligen können, weil er damals ein Haus gebaut habe und nicht soviel Geld zur Verfügung gehabt habe, wo hingegen er kurz darauf am 6. 8. 2004 ein Wertpapierdepot besessen habe, das geeignet gewesen sei, ein Darlehen in Höhe von 50.000,- EUR abzusichern. Der Beigeladene Ziff. 4 hätte seinem Sohn zumindest mehr Verantwortung übertragen können, indem er ihn ebenfalls zum Geschäftsführer bestellt. Dies wäre ohne weitere finanzielle Belastung möglich gewesen, was jedoch nicht geschehen sei, vielmehr sei der Vater alleiniger und vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer geblieben.

Die Beigeladene Ziff. 2 beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 30. 8. 2007 abzuändern und die Klage vollständig abzuweisen, sowie die Berufung des Klägers zurückzuweisen

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie hat im Wesentlichen ihren Standpunkt mit den bisherigen Argumenten wiederholt.

Die übrigen Beteiligten haben keine Anträge gestellt und sich in der Sache nicht geäußert.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die den Kläger betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen Ziff. 2 sowie die Prozessakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufungen des Klägers und der Beigeladenen Ziff. 2 sind zulässig, sie sind insbesondere statthaft. Ein Berufungsausschlussgrund nach [§ 144 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) in der bis zum 31. März 2008 geltenden Fassung liegt nicht vor. Im Streit steht die Feststellung der Sozialversicherungspflicht der beruflichen Tätigkeit des Klägers in dem von seinem Vater gegründeten Glaserei- und Fensterbaugeschäft in dem Zeitraum vom 14. 8. 2000 bis 31. 5. 2004 bzw. im Zeitraum ab dem 1. 6. 2004.

Die Berufung des Klägers ist jedoch nicht begründet. Das SG hat im Ergebnis zurecht die Klage teilweise abgewiesen, weil der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Firma Glaserei und Fensterbau Kriegl im Zeitraum vom 14. 8. 2000 bis 31. 5. 2004 beitragspflichtig abhängig beschäftigt war. Dies gilt auch für die Zeit nach dem 1. 6. 2004 für seine Tätigkeit bei der Firma Fensterbau Kriegl GmbH. Die entgegenstehende Entscheidung des SG kann insoweit keinen Bestand haben und muss aufgehoben werden. Auch nach Auffassung des Senates liegt durchgehend eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung des Klägers bis heute vor.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und [§ 20](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen einer Beschäftigung im Rechtssinne, 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 Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann dieses auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urt. v. 19.6.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG, Urt. v. 19.6.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) - m.w.N.; vgl. auch Senatsurteile vom 25.4.2007, - [L 5 KR 2056/06](#) -, vom 14.2.2007, - [L 5 R 3363/06](#) -, vom 1.2.2006, - [L 5 KR 3432/05](#) - und vom 11.10.2006, - [L 5 KR 5117/04](#) -). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 25.1.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig und deshalb beitragspflichtig ist oder nicht. Er ist weder wegen seiner Organstellung ([BSGE 13, 196](#), 200) noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktion ausübt. Maßgebend ist vielmehr vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter. Bei Fremdgeschäftsführern, also nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Geschäftsführern, hat das Bundessozialgericht regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor, die eine Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern im Einzelfall aufheben. In gleicher Weise muss aber auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen, für den Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen werden. Eine abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG Urteil vom 06.03.2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) - m.w.N.).

In der Rechtsprechung, wird ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis dann verneint, wenn ein Gesellschafter aufgrund rechtlichen oder tatsächlichen Einflusses auf die Willensbildung der Gesellschaft im Bedarfsfall Einzelanweisungen an sich jederzeit verhindern könnte (BSG vom 23.06.1994 - [B 12 KR 72/92](#) -; Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -): Eine rechtlich bestehende Abhängigkeit kann durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn dennoch ausscheidet. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Dabei kann auch der Umfang der tatsächlichen Einflussnahme der Gesellschafter auf die GmbH von Bedeutung sein, wobei auch eine mittelbare Beeinflussung durch Verhinderung entsprechender Beschlüsse zu denken ist (BSG vom 17.05.2001 - [B 12 KR 34/00 R](#) -). An einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu der Gesellschaft fehlt es auch regelmäßig dann, wenn ein Geschäftsführer innerhalb der GmbH schalten und walten kann, wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert oder weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig sind. Dies hat das Bundessozialgericht insbesondere bei Geschäftsführern angenommen, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden waren (BSG, Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) -, BSG vom 17.05.2001 - [B 12 KR 34/00 R](#) -, BSG vom 06.03.2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) -).

Familiäre Bindungen, auch zwischen Ehegatten, schließen ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus. Unschädlich ist insbesondere, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und das Weisungsrecht deshalb möglicherweise (nur) mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG, Urt. v. 17.12.2002, - [B 7 AL 34/02 R](#) - m.w.N.). Für die Abgrenzung des sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mit Entgeltzahlung von der nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit sind alle gesamten Umstände des Einzelfalles maßgeblich ([BSGE 3, 30](#), 39 ff.; [19, 1](#), 4 ff. = SozR Nr. 31 zu § 165 RVO; [BSGE 74, 275](#), 278 ff. = [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#); BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#) S. 30; und s. auch Urteil v. 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Im einzelnen (so [BSGE 74, 275](#)) kann auf die Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis zwischen nahen Verwandten zurückgegriffen werden. Diese wurde mit dem Urteil des BSG vom 5.4.1956 ([BSGE 3,30,40](#) "Meistersohn") eingeleitet und ist sodann fortgeführt worden ([BSGE 12, 153](#), 156 = SozR Nr. 18 zu § 165 RVO; [17, 1](#), 3 ff. = SozR Nr. 41 zu § 165 RVO; SozR 2200 § 165 Nr. 90).

Weist - wie hier - eine Tätigkeit Merkmale auf, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Unabhängigkeit hinweisen, so ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen. Dabei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen (BSG-Urteile vom 14. 12. 1999 - [B 2 U 48/98 R](#) und vom 30. 6. 1999 - [B 2 U 35/98 R](#)). Nach Auffassung des Senats ergibt sich hier das Gesamtbild einer Angestelltentätigkeit des Klägers im Betrieb seines Vaters.

Gegen die Einstufung des Klägers letztlich als Mitunternehmer neben seinem Vater spricht zunächst maßgeblich, dass er bis 31.5.2004 am Unternehmen nicht beteiligt war und deshalb auch nicht über die Rechtsmacht verfügt hat, Unternehmensentscheidungen zu treffen oder Unternehmensentscheidungen des Vaters zu verhindern. Entsprechend den Angaben des Beigeladenen Ziff. 4 und des Klägers im Erörterungstermin des Sozialgerichts vom 8. 11. 2006 geht auch der Senat davon aus, dass der Vater sich vor wichtigen Entscheidungen mit seinem Sohn abgestimmt hat und auf die Meinung seines Sohnes Wert legt, nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass dieser zukünftig die Firma übernehmen soll. Dieses durch familiäre Verbundenheit gekennzeichnete Verhältnis, das sich in der Praxis des Alltags deutlich von sonst üblichen Über- und Unterordnungsverhältnissen zwischen Chef und Arbeitnehmer unterscheidet, beruht jedoch ausschließlich auf dem Wohlwollen des Vaters, nicht aber auf der Rechtsmacht oder der Unersetzlichkeit des Klägers. Zurecht weisen die Beklagte und die Beigeladene Ziff. 2 darauf hin, dass im Konfliktfall der Vater sich hätte ohne weiteres gegen eine abweichende Auffassung des Sohnes durchsetzen können. Daran hat sich durch die Gründung der Beigeladenen Ziff. 5 nichts geändert. In seiner Eigenschaft als Gesellschafter hat der Kläger keine rechtliche Gestaltungsmacht um für sich unangenehme Beschlüsse des Geschäftsführers (seines Vaters) oder des anderen Gesellschafters (ebenfalls seines Vaters) zu verhindern. Als Minderheitsgesellschafter mit nur 1 % des Stammkapitals hat er auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft oder des allein geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters keinerlei Einfluss.

Auch der unter dem 1. 10. 2001 abgeschlossene Arbeitsvertrag legt die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nahe. Zurecht weist das SG darauf hin, dass in diesem Arbeitsvertrag detaillierte Regelungen hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers im Glaserei- und Fensterbaubetrieb seines Vaters getroffen worden sind. Zum Einen fällt auf, dass dieser Arbeitsvertrag den Einsatzbereich des Klägers

allein auf den technischen Bereich des Betriebsleiters einengt, während der kaufmännische Bereich ganz offensichtlich beim Vater verblieben ist. Dies legt die Annahme nahe, dass der Beigeladene Ziff. 4 in der Tat die Fäden in seiner Firma in der Hand behalten und den Sohn lediglich im technischen Bereich gezielt eingesetzt hat. Damit unterscheidet sich die Tätigkeit des Klägers aber nicht von einem extern eingestellten Betriebsleiter mit vergleichbaren Kenntnissen. Auch sonst legt dieser Arbeitsvertrag die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nahe, wie die detaillierten Regelungen zur Arbeitszeit, zum Gehalt, zum Urlaubs- und Weihnachtsgeld, zum Urlaubsanspruch und zu den Kündigungsmodalitäten zeigen. Soweit ersichtlich macht dieser Vertrag auch keine Ausnahmen zu Gunsten des Sohnes, vielmehr lehnt er sich eng an die einschlägigen tariflichen Regelungen an, auf die er Bezug nimmt.

Soweit der Kläger vorträgt, dieser Arbeitsvertrag sei in der Praxis der Zusammenarbeit zwischen ihm und seinem Vater nicht relevant geworden, trifft dies in einem wesentlichen Punkt nicht zu. Zumindest hinsichtlich der Entgeltzahlung wurde der Vertrag praktiziert, eingehalten und an die Lohnentwicklung angepasst. Gegenüber dem Finanzamt wurde Lohnsteuer abgeführt, der Kläger konnte entsprechende Arbeitnehmerfreibeträge zu seinen Gunsten geltend machen und das bezahlte Entgelt wurde auch als Betriebsausgabe verbucht. Schließlich wurden auch Beiträge zur Sozialversicherung durchgehend entrichtet. An dieser Handhabung hat sich auch nach Gründung der Beigeladenen Ziff. 5 nichts geändert. Weiterhin wurde ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt bezahlt, dieses als Betriebsausgabe verbucht und daraus Lohnsteuer und Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt. All dies spricht für eine Arbeitnehmertätigkeit des Klägers. Ein förmlicher Vertrag als Grundlage der beruflichen Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen Ziff. 5 ist nach dem 31.5.2004 nicht abgeschlossen worden; sowohl der Kläger als auch der Beigeladene Ziff. 4 gingen im Erörterungstermin des SG am 8.11.2006 noch von einer förmlichen Fortgeltung des Arbeitsvertrags vom 1.10.2001 aus.

Zurecht weist die Beigeladene Ziff. 2 darauf hin, es liege in der Natur in der Sache, dass mitarbeitende erwachsene Kinder das Familienunternehmen regelmäßig von ihren Eltern übernehmen würden. Der Übergang auf die nächste Generation kann aber erst dann als vollzogen angesehen werden, wenn der bisherige Inhaber des Familienunternehmens die Verantwortung für die Leitung des Unternehmens auch rechtlich abgegeben hat. Der Beigeladene Ziff. 4 hatte es in der Hand, durch entsprechende rechtliche Gestaltung der Verhältnisse in der GmbH den Kläger zum selbstständigen und gleichberechtigten Mitunternehmer zu machen, wenn er es gewollt hätte. Dies war aber offensichtlich weder vom Beigeladenen Ziff. 4 noch vom Kläger so gewollt. Soweit es im Sitzungsprotokoll vom 8. 11. 2006 heißt, der Beigeladene Ziff. 4 habe gesagt, sein Sohn solle den Betrieb auch übernehmen, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass er ihn eben bisher noch nicht übernommen hat.

Soweit der Kläger mit Erklärung vom 6. 8. 2004 sein Wertpapierdepot zur Absicherung eines Darlehens einer Bank an die GmbH verpfändet hat, stellt dies sicherlich ein Indiz für das Engagement des Klägers für den Betrieb des Beigeladenen Ziff. 4 dar. Zurecht weist allerdings die Beklagte darauf hin, dass der Kläger damit gerade kein vollständiges Unternehmerrisiko übernommen hat. Wird er (nachrangig) in Anspruch genommen, kann er entsprechende Regressansprüche gegen die GmbH geltend machen. Hinzu kommt, dass das Unternehmerrisiko auf diesen Betrag beschränkt ist. Der Umstand der Verpfändung des eigenen Wertpapierdepots ist daher nicht so schwerwiegend, als dass dies für sich allein die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit bei ansonsten fehlendem Unternehmerrisiko begründen könnte. Haftungsrechtlich ist der Kläger unverändert als Arbeitnehmer anzusehen, gegen den weder (andere) Banken noch Lieferanten erfolgreich aus eventuell gescheiteter Geschäftstätigkeit des Vaters Ansprüche geltend machen können.

Nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben kann in diesem Zusammenhang, dass die Tätigkeit des Klägers gegenüber den Sozialversicherungsträgern durchweg über Jahre als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung behandelt worden war. So wurde er von Anfang an als abhängig Beschäftigter angemeldet und man hat neben der steuermindernd als Betriebsausgabe verbuchten Lohnsteuer regelmäßig den Gesamtsozialversicherungsbeitrag abgeführt. Der Senat verkennt nicht, dass die tatsächliche Beitragsabführung Rückschlüsse auf das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht erlaubt (BSG Urteil vom 4. 7. 2007 - B 11 a AL 4/06 R), gleichwohl tritt in der entsprechenden Handhabung der Tätigkeit eine Selbsteinschätzung des sozialversicherungsrechtlichen Status hervor, die das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses jedenfalls unterstreicht, mag es hierauf für das Gesamtbild der Arbeitsleistung auch nicht mehr ausschlaggebend ankommen.

Nach alledem kann das Urteil des SG keinen Bestand haben, soweit es Sozialversicherungspflicht für die Zeit ab 1. 6. 2004 verneint hat. Der Kläger war vielmehr durchgehend sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Dies hat die Beklagte im Bescheid vom 10. 11. 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 2. 1. 2006 zutreffend festgestellt. Die Berufung des Klägers musste deshalb erfolglos bleiben, während auf die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 das Urteil des SG entsprechend abzuändern war.

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

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-12-03