

L 4 KR 951/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 8 KR 2192/06
Datum
29.01.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 951/09
Datum
21.01.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 29. Januar 2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er ab 01. Oktober 2004 bei der Beigeladenen zu 4) nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen zu 4) ist die Entwicklung, Herstellung und der Vertrieb von elektronischen Bauteilen, Anlagen und Geräten aller Art für die Elektronik-, Computer- und Telecom-Industrie sowie die Konzeption und Realisierung integrierter Electronic Packaging Systemlösungen. Das Stammkapital beträgt EUR 128.078,62 (= DM 250.500,00). Alleinige Gesellschafterin zu 100 v.H. ist die E. E AG (im Folgenden Gesellschafterin), die ihren Sitz in W. in der Schweiz hat. Gemäß § 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 22. Juni 1987, zuletzt geändert durch Beschluss vom 20. August 2001 hat die Beigeladene zu 4) einen oder mehrere Geschäftsführer, die durch Gesellschafterbeschluss berufen und abberufen werden. Die Gesellschafterversammlung beschließt auch über Abschluss, Änderung, Kündigung sowie eine andere Art der Aufhebung der Anstellungsverträge der Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, ist er nach § 5 Abs. 2 stets einzelvertretungsberechtigt. Nach § 5 Abs. 5 können durch Gesellschafterbeschluss den Geschäftsführern Weisungen erteilt werden. Die Geschäftsführung bedarf für alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen, der ausdrücklichen Einwilligung (vorherige Zustimmung) der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafter sind berechtigt, durch Beschluss - auch einzelnen Geschäftsführern gegenüber - einen Katalog vorweg einwilligungsbedürftiger Geschäfte und abstimmungsbedürftiger Vorgänge aufzustellen, zu ändern oder wieder aufzuheben (§ 5 Abs. 6). Nach § 5 Abs. 9 führen die Geschäftsführer die Geschäfte der Gesellschaft nach Gesetz, Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung der Geschäftsführung, Gesellschafterbeschlüssen und etwaigen Weisungen der Gesellschafterversammlung. Die Geschäftsführung hat gemäß § 5 Abs. 10 vor Beginn eines jeden Geschäftsjahres in dem durch die Erarbeitung von Businessplan und Budget der Gesellschafterin und der E. Gruppe vorgegebenen Zeitrahmen einen Businessplan und ein Budget für die Gesellschaft aufzustellen. Businessplan und Budget bedürfen vor Umsetzung der Einwilligung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. Nach § 7 Abs. 1 kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung ein Beirat eingerichtet werden. Der Beirat besteht aus drei bis fünf Mitgliedern. Die Mitglieder des Beirats werden durch Gesellschafterbeschluss bestellt (§ 7 Abs. 2). Der Beirat entscheidet gemäß § 7 Abs. 4 anstelle der Gesellschafterversammlung unter anderem über Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, Abschluss, Änderung, Kündigung sowie eine andere Art der Aufhebung der Anstellungsverträge der Geschäftsführer, die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführer, Aufstellung, Änderung oder Aufhebung von Katalogen einwilligungsbedürftiger Geschäfte und einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, die Erteilung von notwendigen vorherigen Einwilligungen sowie über die Erteilung der Einwilligung zu dem Businessplan und Budget. Ferner obliegt dem Beirat die Überwachung und Beratung der Geschäftsführung. Der Beirat fasst seine Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (§ 7 Abs. 7 Satz 3).

Der am 1963 geborene Kläger war nach dem Studium der Luft- und Raumfahrttechnik, das er an der Bundeswehrhochschule absolvierte, vom 01. Februar 1993 bis 30. September 2004 in der Telekommunikations- und Informationsindustrie beschäftigt. Am 03. September 2004 schlossen der Kläger und die Beigeladene zu 4) einen Geschäftsführer-Dienstvertrag, wonach nach Punkt 6 am 01. Januar 2005 oder früher auf unbestimmte Zeit mit dem Kläger ein Dienstverhältnis abgeschlossen wird. Nach Punkt 1 des Dienstvertrags wird der Kläger zum Vorsitzenden der Geschäftsführung berufen und ist in dieser Funktion vorrangig für die Ressorts Technik und Vertrieb verantwortlich. Weiteren Mitgliedern der Geschäftsführung gegenüber ist er weisungsbefugt. Im Rahmen der aktuellen Organisation der E. Gruppe berichtet er an den Vorsitzenden der Gruppenleitung (CEO) der E. Gruppe. Sein Geschäfts- und Tätigkeitsbereich kann von den Gesellschaftern bei

Bedarf näher präzisiert und an die veränderten Bedürfnisse der Gesellschaft und der E. Gruppe angepasst werden. Er vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zusammen mit einem anderen Geschäftsführer und führt die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach Maßgabe der Gesetze. Er hat dabei die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, die Regelungen dieses Vertrags, die jeweils gültigen Regelungen der Gesellschafterin ("Policies") und die Weisungen der Gesellschafter zu beachten und ist von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nicht befreit. Für seine Tätigkeit erhält er nach Punkt 2 ein jährliches Bruttogehalt in Höhe von EUR 150.000,00, das in gleichgroßen monatlichen Raten am Schluss eines jeden Monats gezahlt wird. Damit ist jegliche Mehrarbeit abgegolten. Zusätzlich zum Jahresgehalt erhält er eine jährliche Bruttotantieme. Sie beträgt bei 100 v.H. Zielerreichung EUR 30.000,00. Ihm wird auf Kosten der Gesellschaft ein Geschäftswagen, den er auch für private Zwecke nutzen kann, zur Verfügung gestellt. Nach Punkt 6 ist das Anstellungsverhältnis beiderseits ordentlich unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten zum Monatsende kündbar. In bestimmten Fällen bezahlt die Gesellschaft dem Kläger eine Sozialabfindung. Die Bestellung des Geschäftsführers kann auch durch Beschluss der Gesellschafterversammlung jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer gilt als Kündigung des Anstellungsvertrags zum nächstzulässigen Zeitpunkt. Er hat nach Punkt 7 Anspruch auf 30 Tage bezahlten Jahresurlaub. Der Urlaub wird in Abstimmung mit den Gesellschaftern unter Wahrung der Belange der Gesellschaft genommen. Im Falle der Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Dienstverhinderung werden ihm gemäß Punkt 8 die monatlichen Raten der Festbezüge grundsätzlich für sechs Monate fortbezahlt. Außerdem erhält er nach Punkt 10 und 11 von der Beigeladenen zu 4) einen Beitrag zur Altersvorsorge und ihm steht im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit ein Aufwendungsersatz zu. Seine Haftung ist nach Punkt 14 auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten beschränkt. Er haftet nicht, sofern und soweit er auf ausdrückliche Weisung der Gesellschafter tätig geworden ist. Die Beigeladene zu 4) versichert den Geschäftsführer gegen Unfall (Punkt 9) und schließt für ihn eine Vermögenshaftpflichtversicherung (Punkt 14) ab. Nach Punkt 16 bedürfen Vertragsänderungen der Schriftform.

Ab 01. Oktober 2004 übte der Kläger seine Geschäftsführertätigkeit bei der Beigeladenen zu 4) zunächst neben dem weiteren Geschäftsführer O. M. aus. Er wurde bei der Beklagten, bei der der Kläger seit 01. Januar 2001 freiwillig krankenversichert ist, als Beschäftigter gemeldet und es wurden Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung und zur Arbeitslosenversicherung abgeführt. Seit 29. August 2005 ist der Kläger als alleiniger Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 11. Januar 2006 ist er nunmehr von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Sein jährliches Bruttogehalt wurde zum 01. Januar 2006 auf EUR 155.000,00 erhöht. Die Zahlungen werden von der Beigeladenen zu 4) als Betriebsausgaben steuerlich abgesetzt. Die betriebliche Altersversorgung ist für den Kläger lohnsteuerfrei, für die Beigeladene zu 4) wird sie als Betriebsausgabe berücksichtigt. Seit Einführung von Kurzarbeit im April 2009 verzichtet der Kläger freiwillig auf EUR 500,00 seines monatlichen Bruttogehalts. Die Bruttotantiemen betragen im Jahr 2004 EUR 7.500,00, 2005 EUR 16.000,00, 2006 EUR 35.000,00, 2007 EUR 12.980,00 und 2008 EUR 3.430,00.

Mit Schreiben vom 05. April 2006 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Prüfung des Versicherungsverhältnisses seit 01. Oktober 2004. Er sei alleinvertretungsberechtigt, dem Wohle des ganzen Unternehmens verantwortlich, erhalte Gewinnausschüttungen, sei Geschäftsführer einer GmbH und könne durch seine vertragliche Beziehung zu der Gesellschaft Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen. Er legte unter anderem den "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung" vom 27. Februar 2006 vor. Danach könne er aufgrund seiner fachlichen Kenntnisse Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Darlehen habe er der Beigeladenen zu 4) oder Gesellschaftern der Beigeladenen zu 4) nicht gewährt und er habe auch keine Bürgschaften übernommen. Die Beigeladene zu 4) werde nach außen für den gesamten Geschäftsbereich allein durch ihn vertreten. Vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) sei er befreit. Er verfüge als einziger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern sei seine Tätigkeit nicht geprägt. Er sei nicht ausschließlich im Rahmen des Gesellschaftsvertrags zur Mitarbeit verpflichtet und seine Mitarbeit sei nicht in einem besonderen Arbeitsvertrag/Dienstvertrag geregelt. Seine tatsächliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit betrage 60 bis 80 Stunden. Einem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 4) unterliege er nicht. Er könne seine Tätigkeiten in der Beigeladenen zu 4) frei bestimmen und gestalten. Von den betrieblichen Erfordernissen sei die Gestaltung der Tätigkeit nicht abhängig. Er könne das gesamte Personal selbstständig einstellen und/oder entlassen. Seinen Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Die Kündigung bzw. seine Abberufung sei zu jeder Zeit möglich. Die Kündigungsfrist betrage zwölf Monate. Ihm werde unabhängig von der Ertragslage eine monatlich gleichbleibende Vergütung als Gegenleistung für die geleistete Arbeit in Höhe von EUR 12.500,00 bezahlt. Im Falle der Arbeitsunfähigkeit werde diese Vergütung für sechs Monate weiterbezahlt. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. Er sei auf der Basis von Umsatz, Ertrag am Gewinn beteiligt bzw. erhalte erfolgsabhängige Bezüge. Der Kläger reichte ferner den Gesellschaftsvertrag und eine Bestätigung vom 24. Januar 2006 von P. N., C. der Gesellschafterin und von ihm selbst in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) ein, wonach er unter anderem der Führung der Gesellschafterin angehöre, die Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung maßgeblich mitbestimme und seiner selbständigen Stellung die vereinbarte Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft entspreche.

Mit Bescheid vom 13. April 2006, der nicht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen ist, stellte die Beklagte fest, dass der Kläger aufgrund seiner seit dem 01. Oktober 2004 ausgeübten Tätigkeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehe und der Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung unterliege. Geschäftsführer einer GmbH, die nicht am Stammkapital beteiligt seien (so genannte Fremdgeschäftsführer), stünden nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) grundsätzlich in einem abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis. Eine weisungsfreie Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit stelle keine selbstständige Tätigkeit dar, da der Fremdgeschäftsführer einer nicht von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebs eingegliedert sei und auch nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrags und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe. Er unterliege selbst bei Belassung großer Freiheiten der Überwachung durch die Gesellschafterin. Dies gelte auch dann, wenn die Gesellschafterin von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch mache. Die Weisungsgebundenheit des Fremdgeschäftsführers verfeinere sich dabei zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Dem stehe auch nicht entgegen, dass Fremdgeschäftsführer - gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern - Funktionen eines Arbeitgebers wahrnahmen. Auch fehle dem Kläger das für die selbstständige Tätigkeit kennzeichnende Unternehmerrisiko. Er erhalte eine feste und leistungsorientierte monatliche Vergütung und es bestünden arbeitnehmertypische Ansprüche wie 30 Tage Urlaub und Entgeltfortzahlung bei Krankheit.

Mit seinem Widerspruch vom 21. April 2006 machte der Kläger geltend, dass der Grundsatz des BSG, wonach Fremdgeschäftsführer grundsätzlich in einem abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen stünden, einige Ausnahmen erfahre. Mit diesen beschäftige sich die Beklagte nicht. Die Aussage, die weisungsfreie Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit stelle

keine selbstständige Tätigkeit dar, sei falsch. Mit Widerspruchsbescheid vom 15. Mai 2006 wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss den Widerspruch zurück. Der Kläger sei nicht am Stammkapital der Beigeladenen zu 4) beteiligt. Damit habe er keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft aufgrund seiner Kapitalbeteiligung. Beschlüsse könnten durch ihn nicht verhindert werden. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden, da er ansonsten in einer nicht von ihm vorgegebenen Ordnung des Betriebs eingegliedert sei und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe. Auch wenn er selbst Arbeitgeberfunktionen ausübe, könne er seinerseits als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig sein. Nur ausnahmsweise könnten bei Fremdgeschäftsführern die Verhältnisse so liegen, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ausgeschlossen sei. So könnten in Fällen einer Familien-GmbH oder Gesellschaften, in denen familiäre Bindungen zu Mehrheitsgesellschaftern bestünden, die Verhältnisse dafür sprechen, dass für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege. Familiäre Bindungen zur Gesellschafterin lägen jedoch nicht vor. Nach der Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen würden die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Es bestehe Sozialversicherungspflicht.

Hiergegen erhob der Kläger am 13. Juni 2006 Klage zum Sozialgericht Heilbronn (SG). Er trug vor, aus der nicht vorhandenen Kapitalbeteiligung folge nicht automatisch, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege. Familienhafte Rücksichtnahmen seien nicht die einzige Möglichkeit, aufgrund derer ein Geschäftsführer Einfluss auf den Gesellschafter nehmen und nicht genehme Weisungen verhindern könne. Stets sei das Gesamtbild der Arbeitsleistung zu würdigen. In Zweifelsfällen seien die einzelnen Punkte gegeneinander abzuwägen. Den notwendigen Einfluss könne er deshalb ausüben, weil die Leitung der Gesellschafterin unter anderem auch aus den Geschäftsführern der Ländergesellschaften, also auch aus ihm, bestehe. In seiner Doppelfunktion als Mitglied im General-Management-Team (GMT) und als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) könne er entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen zu 4) nehmen. Ein typisches Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis zur Gesellschafterin existiere deshalb nicht. Hinzu komme, dass er für den Geschäftsbereich der Beigeladenen zu 4) über das alleinige Fachwissen auch innerhalb der Gesellschafterin verfüge. Es bestehe ein gleichberechtigtes Miteinander in der Führung der Gesellschafterin, welche es ihm durchaus ermögliche, Beschlüsse zu verhindern. Hieraus folge auch ein in allen wesentlichen Bereichen weisungsfreies Arbeitsverhältnis. Er nehme am Arbeitsprozess der Beigeladenen zu 4) nicht funktionsgerecht dienend teil, sondern gestalte denselben nach den von ihm erkannten Bedürfnissen frei und ohne Weisung. Wiederholt habe er Entlassungen und Einstellungen vorgenommen und zweimal die Beigeladene zu 4) umgegliedert. Weitere Hinweise auf eine nicht sozialversicherungspflichtige Tätigkeit seien die nicht arbeitnertypische Kündigungsregelung, das Fehlen von Urlaubs- und Weihnachtsgeld, die Befreiung von [§ 181 BGB](#), die freie Verfügung über Arbeitskraft, -zeit und -ort, die hohe Arbeitszeitbelastung und die freie Gestaltung seines Urlaubs. Auf ein fehlendes Unternehmerrisiko, das im Übrigen nur eine untergeordnete Rolle spiele, könne nicht abgestellt werden. Ein absolut untypisches Verhalten für einen angestellten Mitarbeiter stelle auch die Tatsache dar, dass er, da die wirtschaftliche Situation zur Zeit schwierig sei, nach Kündigung des Vertriebsleiters der Beigeladenen zu 4), dessen Aufgabe mit übernommen. Dies führe zu erheblichen zeitlichen und mentalen Mehrbelastungen seinerseits. Auf einen finanziellen Ausgleich hierfür habe er verzichtet. Nicht maßgeblich sei, dass dies im Geschäftsführer-Dienstvertrag so nicht zum Ausdruck komme, denn entscheidend seien die tatsächlichen Verhältnisse. In der Zeit vom 01. Oktober 2004 bis 23. Januar 2009 seien insgesamt auch nur elf Beschlüsse der Gesellschafterin gefasst worden. Der Kläger legte den Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 03. September 2004 und dessen Anhang 1 die Altersvorsorge betreffend, das Protokoll über die Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 4) vom 17. Januar 2006 mit dem Beschluss, dass der Kläger von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit wird, den Handelsregisterauszug des Kantons Zürich - Hauptregister - vom 18. Januar 2007 betreffend die Gesellschafterin und Bestätigungen des S. B. und M. W. von der Gesellschafterin vom 15. Januar 2009, der C., Leiterin des kaufmännischen Bereichs der Beigeladenen zu 4) vom 20. Januar 2009, des F. R., E. E. Inc. Kalifornien vom 21. Januar 2009, des A. K., früher Vertriebsleiter der Beigeladenen zu 4), vom 22. Januar 2009, des U. S., Leiter Operative Bereiche der Beigeladenen zu 4), vom 23. Januar 2009, den Gesellschaftsvertrag sowie die Handelsregisterauszüge der Amtsgerichte Mannheim und Pforzheim vor.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Sie verwies insbesondere noch einmal auf das fehlende eigene Unternehmerrisiko des Klägers. In diesen Fällen habe die Rechtsprechung nur dann ausnahmsweise ein eigenes Unternehmerrisiko angenommen, wenn die Tätigkeit aufgrund familienhafter Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander geprägt sei. Ein vergleichbarer Fall liege hier nicht vor. Die Position eines Geschäftsführers bringe es gerade mit sich, dass die Verfügungsmacht über die eigene Arbeitskraft im Gegensatz zu den Beschäftigten niedrigerer Hierarchiestufen gelockert sei. Geschäftsführer müssten für ihre Tätigkeit über ein gewisses Maß an Berufserfahrung und Know-How verfügen. Entlassungen und Einstellungen von Mitarbeitern erfolgten positionsbezogen durch den Geschäftsführer oder durch einen von ihm Beauftragten. Auch die Vorgabe der Organisationsstruktur erfolge zwangsläufig durch den Geschäftsführer oder sonstige leitende Angestellte. Besondere Umstände, die eine abhängige Beschäftigung widerlegten, lägen nicht vor. Der Arbeitseinsatz des Klägers könne dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden. Die Geschäftspolitik werde durch die Muttergesellschaft der E. Gruppe bestimmt. Gesellschafterbeschlüsse würden innerhalb der Gruppe durch das GMT durch Teilnahme an Strategie-Workshop des GMT getroffen. Die Mitarbeit an Beschlüssen lasse keinen Rückschluss auf einen maßgeblichen Einfluss auf die Beigeladene zu 4) zu. Der Kläger sei lediglich eine von zehn Personen des GMT. Nach der Firmenkultur finde die Zusammenarbeit einvernehmlich und gemeinsam statt. Die Durchsetzung oder Verhinderung von Beschlüssen der Gesellschafterin oder des GMT durch den Kläger sei durch die Policies nicht gewährleistet. Damit sei die tatsächliche Ausübung von Einfluss im Sinne einer regelmäßigen Kontrolle der Tätigkeit als Geschäftsführer durch das GMT bzw. durch die Gesellschafterin gegeben, weshalb von einer Bindung des Klägers an die Entscheidung der Gesamtheit des GMT und insoweit von einer Weisungsgebundenheit bei der Tätigkeit als Geschäftsführer auszugehen sei. Die Mitwirkung des Klägers im GMT habe nicht die Bedeutung einer Einschränkung der Entscheidungsbefugnisse der Gesellschafterin. Die Zielvorgabe der Gesellschafterin stelle ein Weisungsrecht dar. Auch aus dem Dienstvertrag ergäben sich weitere Hinweise für eine nichtselbstständige Beschäftigung. Im Übrigen bestätige die Ausnahmevorschrift für Vorstände von Aktiengesellschaften, die vom Kreis der Beschäftigten oder deren Versicherungspflichtigen ausgenommen seien, dass Organe juristischer Personen (hier Fremdgeschäftsführer) abhängig beschäftigt seien.

Durch Beschluss vom 24. August 2006 lud das SG die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 1), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 2), die Hypo Vereinsbank BKK -Pflegekasse - (Beigeladene zu 3) und die E. T. E. GmbH (Beigeladene zu 4) zum Verfahren bei.

Die Beigeladene zu 1) legte den Versicherungsverlauf vom 02. Oktober 2006 vor, beantragte die Klage abzuweisen und schloss sich wie auch die Beigeladene zu 2) den Ausführungen der Beklagten an. Die Beigeladene zu 4) wiederholte im Wesentlichen den Vortrag des

Klägers und vertiefte diesen teilweise im Hinblick auf die Stellung des Klägers in der gesamten Gruppe der Gesellschafterin. Außerdem legte sie die Bestätigung vom 20. Oktober 2006 vor, wonach der Kläger in seiner Funktion als Geschäftsführer auch Mitglied des GMT der E. Gruppe sei.

Mit Urteil vom 29. Januar 2009 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, dass es aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände zu der Feststellung gelange, dass die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung des Klägers sprächen, überwiegen würden. Der Kläger sei nicht am Kapital der Beigeladenen zu 4) beteiligt. Geschäftsführer juristischer Personen seien nach der Rechtsprechung des BSG im Regelfall abhängig beschäftigt, wenn sie an deren Kapital nicht beteiligt seien. Nur unter besonderen Umständen habe das BSG die Versicherungspflicht bei dem Personenkreis der Fremdgeschäftsführer verneint, insbesondere bei Geschäftsführern, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden seien und die Geschäfte aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führten, ohne dass sie der oder die Gesellschafter daran hinderten. Ein derartiger Ausnahmefall liege beim Kläger nicht vor. Für eine abhängige Beschäftigung spreche auch, dass der Kläger eine regelmäßige monatliche Vergütung auf sein eigenes Bankkonto zu seiner eigenen Verfügung erhalte, die als Betriebsausgabe verbucht und als Einkommen aus unselbstständiger Arbeit versteuert werde. Das dem Kläger zur Verfügung gestellte Kraftfahrzeug stelle einen zusätzlichen Vergütungsbestandteil dar, der Arbeitnehmern, nicht aber Selbstständigen gewährt werde. Auch Urlaubsanspruch, Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, beiderseitige Kündigungsmöglichkeit, Weisungsgebundenheit im Verhältnis zur Gesellschafterversammlung, Berichtspflichten sowie Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sprächen gegen eine selbstständige Tätigkeit. Dass der Kläger als Geschäftsführer im Rahmen seiner Geschäftsführertätigkeit alleinvertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit sei, sei nicht untypisch bei GmbHs. Unerheblich sei, dass die Gesellschafter in der Regel keinen direkten Einfluss auf die Arbeit des Klägers nähmen und sie keine konkreten Anweisungen bezüglich Art, Ort und Umfang seiner Tätigkeit erteilten. Ausreichend sei insoweit, dass der Geschäftsführer im Sinne funktionsgerecht dienender Teilhabe in den von den Gesellschaftern geprägten Betrieb eingeordnet sei, er die Beschlüsse der Gesellschafter ausführe und nur im Rahmen dieser Beschlüsse handeln dürfe. So liege es hier. Der Kläger sei in die von der Gesellschafterin vorgegebene Ordnung eingegliedert, indem er eine von mehreren Ländergesellschaften führe. Zumindest nach den vertraglichen Grundlagen stehe der Gesellschafterin auch die Rechtsmacht zu, den Kläger zu entlassen bzw. ihm in bestimmten Fällen Weisungen zu erteilen. Diese zumindest latent vorhandene Rechtsmacht sei als für eine abhängige Beschäftigung sprechendes Kriterium entsprechend zu berücksichtigen. Entscheidend gegen eine selbstständige Tätigkeit spreche auch, dass den Kläger kein unmittelbares eigenes Unternehmerrisiko treffe. Die zusätzlich gewährte Gewinnbeteiligung führe zu keinem Unternehmerrisiko, nachdem sie neben dem festen Monatsgehalt gezahlt werde. Es handele sich insoweit um einen leistungsorientierten Vergütungsbestandteil. Beim Kläger habe nie die Gefahr, die Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen, bestanden. Weiter halte der Kläger in dem als Kapitalgesellschaft geführten Unternehmen der Beigeladenen zu 4) keine Gesellschaftsanteile. Da er nicht am Unternehmen beteiligt sei, hafte er auch nicht für Verluste des Unternehmens. Zudem habe der Kläger der Beigeladenen zu 4) auch zu keiner Zeit ein Darlehen gewährt oder eine Bürgschaft für sie übernommen.

Dagegen hat der Kläger am 01. März 2009 Berufung eingelegt. Er trägt unter Vorlage der Gehaltsbescheinigungen vom 01. Oktober 2004 bis 31. Dezember 2005 sowie für die Monate Januar 2006, 2007, 2008 und 2009 ergänzend vor, dass seine Vorgänger als Geschäftsführer von der Beigeladenen zu 4) zur Sozialversicherungspflicht angemeldet gewesen seien. Hieraus könne aber kein Analogieschluss gezogen werden, denn erst mit seinem Eintritt als Geschäftsführer sei ein Über- und Unterordnungsverhältnis in der Geschäftsführung geschaffen worden. Seine Freiräume seien somit weitergehender. Zudem sei er nach Ausscheiden der bisherigen Geschäftsführer zum Alleingeschäftsführer ernannt worden. Außerdem sei auch offen, ob die vorherigen Geschäftsführer nicht auch erfolgreich einen Antrag auf Befreiung von der Sozialversicherungspflicht hätten stellen können. Allein aus der Tatsache, dass sie es nicht getan hätten, lasse sich nicht ableiten, dass ein Antrag nicht erfolgreich gewesen wäre. Ihn treffe ein eigenes Unternehmerrisiko. Aufgrund der wirtschaftlichen Situation der von ihm geführten Beigeladenen zu 4) habe er sich - wie ein Unternehmer - dazu entschlossen, seit April 2009 freiwillig auf einen Teil seines Gehalts zu verzichten. Ein Beschluss der Gesellschafterin zu diesem Vorgehen liege nicht vor. Die Reduzierung sei vorher auch nicht angefragt worden. Die Gesellschafterin sei erst nachträglich informiert worden. Das SG habe auch seine (weitestgehende) Weisungsfreiheit nicht korrekt gewürdigt und weiche insoweit von der Rechtsprechung des BSG ab. Von der Gesellschafterin werde ihm bescheinigt, dass er "in organisatorischen Fragen frei entscheidend" seine Ländergesellschaft führe und deren Struktur letztlich selber bestimme. Dies bestätige, dass er sich gerade nicht in einen von den Gesellschaftern geprägten Betrieb einordne oder in eine vorgegebene Ordnung eingliedere. Er präge, wie ein Unternehmer, den Betrieb selbst. Er habe den Freiraum, eine seinen eigenen Vorstellungen entsprechende, nicht fremd geprägte Ordnung aufzubauen. Falsch sei insoweit der vom SG entwickelte Ansatz, dass er auf der Ebene der Gesellschafterin in eine Ordnung eingegliedert sei. Entscheidungsrelevant könne an dieser Stelle, wenn überhaupt, nur sein, ob er in die Beigeladene zu 4) eingegliedert sei. Das SG gestehe ihm auch zu, dass er ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschafterin verhindern könne. Es verstoße dann jedoch gegen Grundsätze des BSG, wenn es weiter darauf hinweise, dass der Gesellschafterin zumindest nach den vertraglichen Grundlagen die Rechtsmacht zustehe, ihn zu entlassen bzw. ihm in bestimmten Fällen Weisungen zu erteilen und dass diese zumindest latent vorhandene Rechtsmacht als für eine abhängige Beschäftigung sprechendes Kriterium zu berücksichtigen sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 29. Januar 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 13. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15. Mai 2006 festzustellen, dass er ab 01. Oktober 2004 nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 4) stehe.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Berufungsbegründung enthalte keine neuen Aspekte, die eine andere Würdigung der Rechtslage zuließen. Sie hat in der mündlichen Verhandlung des Senats den Bescheid vom 13. April 2006 und den Widerspruchsbescheid vom 15. Mai 2006 insoweit zurückgenommen, als die Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung festgestellt worden ist.

Die Beigeladene zu 1) hat ohne eigene Antragstellung ausgeführt, das SG habe die Klage mit zutreffender Begründung abgewiesen. Die Berufungsbegründung enthalte keine neuen Anhaltspunkte.

Die Beigeladene zu 4) hat unter Vorlage des Handelsregistrauszugs des Amtsgerichts Pforzheim vom 04. Januar 2006 ebenfalls ohne eigene Antragstellung ergänzend mitgeteilt, dass bei ihr sowohl vor dem 01. Oktober 2004 als auch für den Zeitraum danach sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfungen stattgefunden hätten. Die letzte Prüfung habe am 30. und 31. Mai 2009 stattgefunden, sie sei nach jetzigem Stand voraussichtlich ohne Beanstandungen durchgeführt worden.

Die Beigeladenen zu Ziff. 2) und 3) haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Berufungsakten, der Klageakten und der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht erhobene (§§ 143, 151 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG -) und auch sonst zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das SG hat die Anfechtungs- und Feststellungsklage des Klägers (§ 54 Abs. 1, 55 Abs. 1 SGG) zu Recht abgewiesen.

Nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung des Senats den Bescheid vom 13. April 2006 und den Widerspruchsbescheid vom 15. Mai 2006 insoweit zurückgenommen hat, als die Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung festgestellt worden ist, ist nur noch darüber zu entscheiden, ob die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 4) versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung ist.

Nach § 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe u.a. in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Zuständige Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist nach § 28i Satz 1 SGB IV die Krankenkasse, von der die Krankenversicherung durchgeführt wird. Danach ist die Beklagte zuständige Einzugsstelle, weil der Kläger seit 01. Januar 2001 bei der Beklagten freiwillig krankenversichert ist. Nachdem die Beklagte auf entsprechende Anfrage des Klägers ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung der Versicherungspflicht eingeleitet hat, scheidet das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV aus, für das die Beigeladene zu 1) zuständig wäre. Deren Zuständigkeit, die eine solche der Beklagten ausschliesse, ergibt sich hier auch 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 der Vorschrift 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. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

Versicherungspflichtig sind in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (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. Dabei ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit 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 Sinn sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch 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 abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinn 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). 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, 56; 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. 20 m.w.N.).

Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die Zeit ab 01. Oktober 2004 nach dem Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 03. September 2004 und dem Gesellschaftsvertrag vom 22. Juni 1987, zuletzt geändert durch Beschluss vom 20. August 2001. Unter Zugrundelegung dessen überwiegen trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 4), an der er kapitalmäßig nicht beteiligt ist, bei seiner Tätigkeit seit 01. Oktober 2004 als Mit-Geschäftsführer neben O. M. bis 28. August 2005 und seither als Alleingeschäftsführer vorrangig für die Ressorts Technik und Vertrieb aber auch Personal und Organisation der Beigeladenen zu 4) qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, bei weitem. Nach dem Gesamtbild seiner Arbeitsleistung ist der Kläger, auch wenn er die Organisation innerhalb der Beigeladenen zu 4)

verändern kann, insgesamt in die von der Gesellschafterin auch für die Beigeladene zu 4) vorgegebene Ordnung eingegliedert und trägt kein Unternehmerrisiko. Das Sozialversicherungsverhältnis wurde und wird insoweit auch seit 01. Oktober 2004 gelebt und gewollt.

Die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 4) wird seit 01. Oktober 2004 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 4) abgewickelt. Der Kläger erhält von der Beigeladenen zu 4) ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt in Höhe von zuletzt EUR 12.917,00 abzüglich des vorübergehenden freiwilligen Verzichts in Höhe von EUR 500,00 ab April 2009 (Lohn-/Gehaltsabrechnung Januar 2009, Punkt 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Außerdem erhielt er in den Jahren 2004 bis 2008 Brutto-Tantiemen zwischen EUR 3.430,00 und EUR 35.000,00 (Punkt 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Damit ist lediglich ein Teil des Gehalts des Klägers erfolgsabhängig. Überwiegend erhält er einen festen Grundlohn. Dass die Tantieme und die Höhe der Tantieme aufgrund der Anbindung an die vereinbarte Zielerreichung (Punkt 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags) vom persönlichen Einsatz des Klägers abhängt, ändert an diesem Ergebnis nichts. Eine Jahressonderprämie neben den zustehenden festen Vergütungsbestandteilen ist nicht einem Wagniskapital eines Unternehmers gleichzusetzen (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)). Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil der Kläger seit April 2009 freiwillig auf einen Teil seines Gehalts verzichtete. Aus der Tatsache, dass es sich um einen freiwilligen Verzicht handelt, wird deutlich, dass es sich insoweit um kein Unternehmerrisiko handelt. Der Kläger hat trotz der schlechten wirtschaftlichen Lage gegen die Beigeladene zu 4) auch einen Anspruch auf diesen Teil seines Gehalts und könnte seinen Anspruch auch entsprechend durchsetzen. Allein die vom Kläger an den Tag gelegte Solidarität mit den übrigen Mitarbeitern, die aufgrund der vorübergehend eingeführten Kurzarbeit weniger verdienen, belegt kein Unternehmerrisiko. Der Kläger ist seit 01. Oktober 2004 auch durchgängig als abhängig Beschäftigter gemeldet und es wurden und werden für ihn von der Beigeladenen zu 4) Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung, einschließlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung abgeführt (vgl. die vorgelegten Lohnabrechnungen). Das gezahlte Brutto-Entgelt verbucht die Beigeladene zu 4) seit 01. Oktober 2004 als Betriebsausgabe. Die Verbuchung als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist insoweit ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG [SozR Nr. 22 zu § 165 RVO](#)).

Zudem hat der Kläger arbeitnehmertypische Ansprüche auf Fortzahlung der Festbezüge bei Krankheit oder sonstiger unverschuldeter Dienstverhinderung (Punkt 8 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Außerdem wird ihm ein Geschäftswagen, den er auch für private Zwecke nutzen kann und dessen Kosten zu Lasten der Gesellschaft gehen, zur Verfügung gestellt (Punkt 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Gleichfalls arbeitnehmertypisch hat die Beigeladene zu 4) für ihn eine Unfallversicherung (Punkt 9 des Geschäftsführer-Dienstvertrags), eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (Punkt 14 des Geschäftsführer-Dienstvertrags) und eine Altersvorsorge (Punkt 10 des Geschäftsführer-Dienstvertrags und Anhang zum Geschäftsführer-Dienstvertrag) abgeschlossen. Darüber hinaus werden ihm seine im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit entstandenen notwendigen Kosten und Aufwendungen erstattet (Punkt 11 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Auch ist der Urlaubsanspruch in Punkt 7 des Geschäftsführer-Dienstvertrags (30 Arbeitstage pro Jahr) geregelt, wobei vorgegeben ist, dass der Urlaub in Abstimmung mit den Gesellschaftern unter Wahrung der Belange der Gesellschaft zu nehmen ist. Nicht außer Acht gelassen werden darf auch, dass der Kläger kündbar ist und ihm in bestimmten Fällen eine Sozialabfindung zusteht. Dies sind ebenfalls arbeitnehmertypische Regelungen.

Für ein Beschäftigungsverhältnis spricht des Weiteren, dass die Gesellschafterin jederzeit die rechtliche Möglichkeit hat, weitere Beschlüsse zu fassen und Einfluss auf die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) zu nehmen. Der Kläger ist der Gesellschafterin gegenüber berichtspflichtig. Sein Geschäfts- und Tätigkeitsbereich kann von den Gesellschaftern bei Bedarf näher präzisiert und an die veränderten Bedürfnisse der Gesellschaft und der E. Gruppe angepasst werden (Punkt 1 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Der Kläger hat darüber hinaus die Weisungen der Gesellschaft und auch noch die jeweils gültigen Regelungen der Gesellschafterin, die Regelungen des Geschäftsführer-Dienstvertrags und die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zu beachten (Punkt 1 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Nach dem Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 4) vom 22. Juni 1987, zuletzt geändert durch Beschluss vom 20. August 2001 bedarf die Geschäftsführung zudem für alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen, der ausdrücklichen Einwilligung (vorherige Zustimmung) der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafter sind berechtigt, durch Beschluss einen Katalog vorweg einwilligungsbedürftiger Geschäfte und abstimmungsbedürftiger Vorgänge aufzustellen, zu ändern und wieder aufzuheben (§ 5 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags). Die Geschäftsführung ist gemäß § 5 Abs. 10 des Gesellschaftsvertrags durch Aufstellung eines Businessplans und eines Budgets zur Information verpflichtet. Sowohl Businessplan als auch Budget bedürfen vor Umsetzung der Einwilligung durch den Beschluss der Gesellschafterversammlung bzw. für den Fall, dass ein Beirat eingerichtet ist, des Beirats. An der Informationspflicht ändert sich auch deshalb nichts, weil der Kläger als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) Mitglied des GMT der E. Gruppe ist. Abgesehen davon, dass der Kläger lediglich eine von zehn Personen des GMT ist, kann er Beschlüsse des GMT weder durchsetzen noch verhindern. Erst recht kann er keinen Einfluss auf Beschlüsse der Gesellschafterin nehmen, auch nicht durch seine Mitwirkung im GMT. Auch dass die Gesellschafterin in der Zeit vom 01. Oktober 2004 bis 23. Januar 2009 insgesamt nur elf Beschlüsse gefasst hat, führt nicht dazu, dass der Kläger weisungsfrei ist.

Dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen zu den genannten Verträgen rechtlich nicht ernst gemeint ([§ 118 BGB](#)) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts ([§ 117 BGB](#)) abgegeben worden wären, fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten.

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ergibt sich für den Kläger auch nicht dadurch, dass der Erfolg der Beigeladenen zu 4) auch von seinen Fähigkeiten und seinem Engagement abhängt. Denn dies unterscheidet 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. Die Haftung des Klägers ist auch auf lediglich vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten beschränkt. Er haftet überhaupt nicht, sofern und soweit er auf ausdrückliche Weisung der Gesellschafter tätig geworden ist (Punkt 14 des Geschäftsführer-Dienstvertrags). Auch soweit er nach außen tätig geworden ist, ergibt sich nicht, dass er die Beigeladene zu 4) wie ein Allein- oder Mehrheitsgesellschafter nach eigenem Gutdünken führt. Maßgeblich sind im Wesentlichen der von der Gesellschafterin genehmigte Businessplan aber auch die Policies der Gesellschafterin. Insbesondere hat er auch für von ihm abgeschlossene Verträge und deren Erfüllung nicht persönlich als Arbeitgeber/Unternehmer einzustehen und zu haften. Das Insolvenzrisiko trägt die Beigeladene zu 4) und damit korrespondierend auch die maßgebliche Gewinnaussicht. Der Kläger ist auch nicht an seiner eigenen Betriebsstätte tätig, sondern an derjenigen der Beigeladenen zu 4). Er trägt auch kein finanzielles Risiko, wenn er seine vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht verrichten kann, weil - wie dargelegt - ihm Ansprüche auf Lohnfortzahlung zustehen, weshalb das Unternehmerrisiko auch nicht allein in dem Einsatz der Arbeitskraft gesehen werden kann.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Kläger seit 17. Januar 2006 vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit ist. Dass die Gesellschafterin dem Kläger in seiner Tätigkeit nicht völlig freie Hand gelassen hat, ergibt sich für den Senat insbesondere aus dem Umstand, dass sie dem Kläger Weisungen erteilen kann, der Kläger dem Vorsitzenden der Gruppenleitung der E. Gruppe berichtspflichtig ist und er die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, die Regelungen des Geschäftsführer-Dienstvertrags und die jeweils gültigen Policies zu beachten hat (Punkt 1 des Geschäftsführer-Dienstvertrags; BSG in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)).

Im Übrigen hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit oder Weisungsfreiheit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Insbesondere bei hochqualifizierten Tätigkeiten ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis eingeschränkt. Hierzu gehört, zumal der Kläger über außerordentliches Fachwissen verfügt, die Tätigkeit des Klägers bei der Führung der Beigeladenen zu 4). Auf der anderen Seite kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Selbstständige Handelsvertreter stehen z.B. in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen sie wahrzunehmen haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten, nachdem sie keine Anträge gestellt und auch zur Sache nichts Wesentliches beigetragen haben.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-01-27