

L 4 KR 820/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Konstanz (BWB)
Aktenzeichen
S 2 KR 554/09
Datum
29.09.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 820/10
Datum
25.03.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beigeladenen zu 2) wird das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 29. September 2009 abgeändert, soweit es den Bescheid der Beklagten vom 21. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 für die Zeit ab 01. April 1998 in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) auch bezüglich der Versicherungspflicht des Klägers in der Renten- und Arbeitslosenversicherung aufgehoben hat. Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten beider Rechtszüge sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Berufungsverfahren noch über die Frage, ob der Kläger im Unternehmen der Beigeladenen zu 1) vom 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) ist die Herstellung und der Vertrieb von Ölen und Fettwaren. Ursprünglich gegründet wurde das Unternehmen vom Großvater des Klägers Er. H. ... Ab 01. Januar 1960 betrieb der am 1921 geborene und am 2005 verstorbene Vater des Klägers, Em. H., das Unternehmen zusammen mit Er. H. als Kommanditgesellschaft (KG). Er. und Em. H. waren jeweils persönlich haftende Gesellschafter. Als Kommanditist war außerdem Er. H. jun. mit einer Einlage von DM 60.000,00 an der Gesellschaft beteiligt. 1968 verstarb Er. H. ... 1975 wurde die Kommanditeinlage von Er. H. jun. auf DM 150.000,00 erhöht. Gleichzeitig traten die am 1961 geborene M. H. (im Folgenden M.H.), die Schwester des Klägers, und der am 1965 geborene Kläger jeweils mit einer Einlage von DM 72.000,00 als Kommanditisten in die Beigeladene zu 1) ein (Eintrag in das Handelsregister des Amtsgerichts R. am 29. Juli 1975). Mit Gesellschaftsvertrag vom 15. November 1976 gründete Em. H. zusammen mit seiner Ehefrau El. H. die H. GmbH. Vom Stammkapital von zunächst DM 20.000,00 übernahm Em. H. DM 19.500,00, El. H. DM 500,00, nach Erhöhung auf DM 50.000,00 am 24. Oktober 1985 Em. H. weitere DM 29.500,00, El. H. weitere DM 800,00. Nach § 5 des Gesellschaftsvertrags hat die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer, die - für den Fall, dass nur ein Geschäftsführer bestimmt ist - die Gesellschaft allein oder bei Bestellung mehrerer Geschäftsführer die Gesellschaft gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Die H. GmbH trat als persönlich haftende Gesellschafterin in die Beigeladene zu 1) ein, Em. H. schied aus der Beigeladenen zu 1) als persönlich haftender Gesellschafter aus und trat als Kommanditist mit einer Einlage von DM 306.000,00 (68 %) in die Beigeladene zu 1) ein. Außerdem schied Er. H. jun. als Kommanditist aus. Die Gesellschaftsanteile des Klägers und von M.H. verblieben bei jeweils DM 72.000,00 (je 16 %). Die Firmierung der Beigeladenen zu 1) wurde geändert in Er. H. GmbH & Co. KG Oel- und Fettwarenfabrik (Eintrag in das Handelsregister am 27. Juli 1977). Mit Kommanditgesellschaftsvertrag vom 16. Dezember 1987 wurde der bestehende Kommanditgesellschaftsvertrag vom 25. Mai 1977 aufgehoben und ersetzt. Die Gesellschaftsanteile an der KG wurden hierdurch nicht verändert. Nach § 4 dieses Vertrags sind zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft allein die durch ihre/n Geschäftsführer handelnde persönlich haftende Gesellschafterin berechtigt und verpflichtet. Mit Gesellschafterversammlung vom 10. März 1998 erhielten durch eine Schenkung M.H. und der Kläger eine Stammeinlage in Höhe von jeweils DM 15.000,00. El. H. schied als Gesellschafterin aus. Zugleich wurde die H. GmbH in H. Verwaltungs-GmbH geändert und die Beigeladene 1) erhielt ihre jetzige Firmierung ... Gleichzeitig wurde die Einlage des Em. H. als Kommanditist der Beigeladenen zu 1) auf DM 180.000,00 (40 %) herabgesetzt und die Kommanditeinlagen des Klägers und von M.H. auf jeweils DM 135.000,00 (30 %) erhöht (Eintrag in das Handelsregister am 31. März 1998). Mit Geschäftsanteilsübertragungsvertrag vom 12. Dezember 2002 änderten die Gesellschafter die Anteilsverhältnisse an der H. Verwaltungs-GmbH dahingehend, dass Em. H. nur noch einen Anteil von DM 15.000,00 und der Kläger und M.H. Anteile von jeweils DM 17.500,00 trugen. Gleichzeitig wurde das Stammkapital auf Euro umgestellt und auf EUR 26.000,00 erhöht. Die Geschäftsanteile des Klägers und der M.H. beliefen sich danach auf jeweils EUR 9.100,00, der

Geschäftsanteil von Em. H. auf EUR 7.800,00. Der Kläger wurde zum weiteren Geschäftsführer bestellt. Bezüglich der Beigeladenen zu 1) wurde die Einlage des Kommanditisten Em. H. auf DM 135.000,00 herabgesetzt und die Einlagen von M.H. und dem Kläger auf jeweils DM 157.000,00 erhöht. Die Einlagen wurden ebenfalls auf Euro umgestellt. Em. H. trug nunmehr EUR 72.000,00 (30 %), der Kläger und M.H. jeweils EUR 84.000,00 (35 %; Eintrag in das Handelsregister des Amtsgerichts Ravensburg am 16. Dezember 2002). Nach dem Tod von Em. H. am 29. März 2005 gingen dessen Anteile auf den Kläger und M.H. über. Von Em. H. für die Beigeladenen zu 1) übernommene Bürgschaften wurden zu gleichen Teilen vom Kläger und M.H. übernommen.

Während M.H. nach ihrer Ausbildung zur Außenwirtschaftskorrespondentin bereits ab 01. Januar 1983 bei der H. GmbH und der Beigeladenen zu 1) beschäftigt war (Geschäftsbereich: Vertrieb, Personal, Marketing, Ware), am 07. Februar 1996 als Geschäftsführerin der H. GmbH in das Handelsregister eingetragen wurde und hinsichtlich derer die Beigeladene zu 2) die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit ab 01. Januar 1983 bei der H. GmbH feststellte (Bescheid vom 02. Januar 2006), war der Kläger nach dem Studium der Betriebswirtschaft zwischen Februar und Dezember 1993 zunächst als Praktikant bei der Firma Henkel beschäftigt und nahm erst am 01. Februar 1994 eine Tätigkeit bei der H. GmbH und der Beigeladenen zu 1) auf. Sein Geschäftsbereich bei der Beigeladenen zu 1) umfasst seit Eintritt die Bereiche EDV, Controlling und Buchhaltung, deren Leitung er jeweils übernahm. Ein Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) wurde zunächst nicht abgeschlossen. Erst nachdem mit Gesellschafterbeschluss vom 12. Dezember 2002 der Kläger zum Geschäftsführer der H. Verwaltungs-GmbH und der Beigeladenen zu 1) bestellt worden war (Eintrag am 18. Dezember 2002) schlossen die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) und der Kläger am 23. Januar 2003 einen Geschäftsführeranstellungsvertrag. Seit Beginn der Tätigkeit erhält der Kläger ein auf sein privates Konto ausbezahltes regelmäßiges monatliches Gehalt zuzüglich eines 13. Monatsgehalts und einer Sonderzahlung im Juli. Ab 01. Januar 1999 erfolgte die Tätigkeitsvergütung als Vorabvergütung bei der Gewinnverteilung (Nachtrag I zum Kommanditgesellschaftsvertrag vom 16. Dezember 1987 vom 28. Januar 1999). Vom Gehalt wurde bis Dezember 2002 Lohnsteuer abgeführt. Versteuert wurde das Gehalt vom Kläger ausweislich der Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1997 bis 2003 als Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Der Kläger wurde von der Beigeladenen zu 1) bei der Beklagten als Beschäftigter angemeldet. Das der Beigeladenen zu 2) zwischen 1998 und 2002 von der Beigeladenen zu 1) gemeldete Entgelt belief sich ausweislich deren Aufstellung der rentenrechtlichen Zeiten des Klägers vom 29. April 2010 auf folgende Beträge:

Jahr jährlicher Betrag 1998 DM 86.922,00 1999 DM 90.878,00 2000 DM 92.972,00 2001 DM 94.890,00 2002 EUR 50.142,00

Vom 01. Februar 1994 bis 31. Dezember 2002 wurden an die Beklagte als Einzugsstelle Gesamtsozialversicherungsbeiträge zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung abgeführt. Die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung war wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze zu keiner Zeit gegeben. Der Kläger war ab 01. Februar 1994 zunächst freiwillig krankenversichert. Seit 01. Oktober 2003 ist er privat krankenversichert.

Am 30. Mai 2003 stellte der Kläger zunächst bei der Beigeladenen zu 2) einen Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Er gab an, er führe die Geschäfte als einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG (der Beigeladenen zu 1). Ohne ordentliche Bestellung übe er bereits seit 1994 eine "Geschäftsführer"-ähnliche Tätigkeit aus. Die ordentliche Bestellung zum Geschäftsführer sei im Dezember 2002 erfolgt. Er legte den Geschäftsführeranstellungsvertrag vom 23. Januar 2003, den Gesellschafterbeschluss vom 12. Dezember 2002 über seine Bestellung zum Geschäftsführer, die notarielle Urkunde über die Gesellschafterversammlung vom 24. Oktober 1985 anlässlich der Gründung der H. GmbH, den Gesellschaftsvertrag über die Gründung der H. GmbH vom 19. November 1976 und die jeweiligen Anmeldungen zum Handelsregister vor. Im Feststellungsbogen vom 20. Juli 2003 gab er u.a. an, er habe bisher eine Tätigkeit als Angestellter bei der "H. KG" ausgeübt. Seine Tätigkeit sei - aufgrund familienhafter Rücksichtnahmen - durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern geprägt. Die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit betrage 37,5 Stunden, die tatsächliche durchschnittliche Arbeitszeit belaufe sich auf 50 bis 55 Stunden. Die Fragen, ob er seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten könne und ob er selbstständig Personal einstellen und/oder entlassen könne, bejahte er. Weisungen würden nicht erteilt. Urlaub sei nach den geschäftlichen Belangen der Beigeladenen zu 1) festzulegen. Eine Abberufung/Kündigung sei möglich. Es sei eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ablauf eines Kalenderjahres vereinbart worden. Seine Vergütung werde im Falle einer Arbeitsunfähigkeit höchstens für sechs Monate weiterbezahlt. Ab 2003 entrichte er von der Vergütung keine Lohnsteuer mehr. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Gewinn-Vorwegentnahme. Als Gesellschafter der operativen KG sei er am Gewinn beteiligt. Mit Bescheiden vom 07. Oktober 2003 stellte die Beigeladene zu 2) gegenüber dem Kläger und der H. Verwaltungs-GmbH hierauf fest, dass der Kläger die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der "H. GmbH" seit 01. Januar 2003 selbstständig ausübe. Allein aufgrund seines Kapitalanteils an der "Gesellschaft" sei ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Der Kläger könne jedoch seine Tätigkeit sowohl hinsichtlich der Ausführung als auch in Bezug auf Zeit, Dauer und Umfang im Wesentlichen frei gestalten. Aufgrund seiner verwandtschaftlichen Beziehungen zu den Gesellschaftern der "GmbH" sei seine Tätigkeit mehr durch familienhafte Rücksichtnahme und ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch einen für ein Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischen Interessengegensatz gekennzeichnet. Insoweit fehle es an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit. Das gemeinsame Wirken im Dienste der "GmbH" lasse nicht zuletzt auch den Schluss zu, dass er als Geschäftsführer nicht für ein fremdes, sondern im "eigenen" Unternehmen und somit selbstständig tätig sei.

Im Februar 2004 beantragte der Kläger bei der Beklagten die versicherungsrechtliche Beurteilung seines Beschäftigungsverhältnisses seit 01. Februar 1994 unter Vorlage des Fragebogens zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht, einer Bestätigung der Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) vom 29. Januar 2004 bezüglich seiner Tätigkeit und eines Handelsregisterauszugs des Amtsgerichts Ravensburg. Ergänzend legte er noch den Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Geschäftsführers einer Familien-GmbH und eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH bzw. KG vor. In den Feststellungsbögen wiederholte er im Wesentlichen die schon im Feststellungsbogen vom 20. Juli 2003 gemachten Angaben. Ergänzend gab er an, ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung bei Arbeitsunfähigkeit bestehe nicht, er bekomme aber die Fortzahlung. Er sei auch nicht verpflichtet, die Arbeiten persönlich auszuführen und setze Hilfskräfte ein. Die GmbH werde von ihm im kaufmännischen Bereich nach außen vertreten. Mit Bescheid vom 21. April 2005 stellte die Beklagte daraufhin fest, dass der Kläger in der Zeit vom 01. Februar 1994 bis 31. Dezember 2002 als mitarbeitender Gesellschafter der Firma H. GmbH bzw. H. Verwaltungs-GmbH abhängig beschäftigt gewesen sei. Er sei erst am 18. Dezember 2002 zum weiteren, stets alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt worden. An der GmbH sei er nur zu 35 % beteiligt. Die Beschlüsse der Gesellschaft erfolgten mit einfacher Mehrheit. Es bestehe deshalb kein entscheidender Einfluss auf die Geschicke der GmbH. Außerdem habe der Kläger für seine Tätigkeit ein entsprechendes Entgelt erhalten, von dem Lohnsteuer entrichtet worden sei. Auf den vom Kläger dagegen erhobenen Widerspruch, in dem er auf die praktische und tatsächliche Durchführung seiner Tätigkeit im Leben der Gesellschaft abstellte, nahm die

Beklagte mit Bescheid vom 01. Juni 2005 ihren Bescheid vom 21. April 2005 zurück. Die Beigeladene zu 2) habe bereits mit Bescheid vom 07. Oktober 2003 entschieden, dass ab 01. Januar 2003 eine selbstständige Tätigkeit vorliege. Dieser Bescheid sei offensichtlich bestandskräftig geworden. Insoweit habe der Kläger gegenüber ihr - der Beklagten - die bis 31. Dezember 2002 zuständige Einzugsstelle gewesen sei, keinen Anspruch auf Feststellung in gleicher Angelegenheit.

Hierauf wandte sich der Kläger am 21. Juni 2005 mit seinem Begehren, die Zeit seiner Tätigkeit ab dem 01. Februar 1994 zu klären, noch einmal an die Beigeladene zu 2). Die Beigeladene zu 2) lehnte diesen Antrag "auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status für die Zeit vom 01.02.1994 bis 31.12.2002 Ihrer Tätigkeit als mitarbeitender Kommanditist/Geschäftsführer (ohne ordentliche Bestellung) für die H. KG" mit Bescheid vom 09. August 2006 ab, da die Voraussetzungen für die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens nach §§ 7a ff Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) nicht vorlägen. Für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Auftragsverhältnisses sei die Zuständigkeit der Einzugsstelle (Krankenkasse) nach § 28h SGB IV gegeben. Gegenstand eines Statusfeststellungsverfahrens könne - wie im vorliegenden Fall - kein zum Zeitpunkt des Antragseingangs bereits beendetes Auftragsverhältnis sein. Im Rahmen des vom Kläger daraufhin eingeleiteten Widerspruchsverfahrens teilte der Kläger ergänzend mit, dass er auch den gesamten Geldverkehr, die PC- und Großrechnerausstattung überwacht und alle relevanten Statistiken und Auswertungen allein entworfen habe. Er besitze als Geschäftsführer eine alleinige Vertretungsvollmacht für alle gerichtlichen und außergerichtlichen Tätigkeiten. Als Geschäftsführer und Gesellschafter hafte er wie ein Unternehmer für die Gewinne und Verluste der "Firma". Darüber hinaus seien nach dem Tod seines Vaters Em. H. Bürgschaften zu 50 % auf ihn übergegangen. Dies unterstreiche seine unternehmerische Stellung in der "Firma". Als Bezüge erhalte er als Geschäftsführer und Gesellschafter nur seinen Gewinnanteil. Dieser werde vorab monatlich ausbezahlt. Sollte der Gewinnanteil größer sein als die Vorabentnahmen, würden am Jahresende entsprechende Überschüsse auf dem Gesellschafterkonto gutgeschrieben. Diese könnten dementsprechend zusätzlich entnommen werden. Im Verlustfalle erfolge ebenfalls am Jahresende ein entsprechender Ausgleich. Ergänzend legte er von seinem Vater unterzeichnete Bürgschaftserklärungen vor. Mit Widerspruchsbescheid vom 28. Juni 2007 wies der Widerspruchsausschuss der Beigeladenen zu 2) den Widerspruch zurück. Die Voraussetzungen zur Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens nach den §§ 7a ff. SGB IV lägen nicht vor.

Dagegen erhob der Kläger am 10. Juli 2007 Klage zum Sozialgericht Konstanz (SG - S 5 R 1922/07). Das SG lud die Beklagte zum Verfahren bei.

Der Kläger beantragte am 18. Juli 2007 auch bei der Beklagten erneut die Prüfung seines versicherungsrechtlichen Status. Mit Bescheid vom 21. November 2007 stellte die Beklagte mit derselben Begründung wie im Bescheid vom 21. April 2005 fest, dass der Kläger in der Zeit vom 01. Februar 1994 bis 31. Dezember 2002 als mitarbeitender Gesellschafter der Firma H. GmbH bzw. H. Verwaltungs-GmbH abhängig beschäftigt gewesen sei. Den vom Kläger erhobenen Widerspruch wies der Widerspruchsausschuss der Beklagten mit Widerspruchsbescheid vom 06. Februar 2008 zurück. Der Kläger sei bis zum 31. Dezember 2002 in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Der Kläger sei bis 31. Dezember 2002 kein Geschäftsführer der H. Verwaltungs-GmbH gewesen. Er habe ein festes monatliches Gehalt erhalten, das nicht von der unmittelbaren Ertragslage der GmbH abhängig gewesen sei. Der Kläger sei nicht wie ein Alleininhaber einer GmbH tätig gewesen. Er habe auch mit seiner 35 %igen Beteiligung am Kapital der GmbH bzw. der Beigeladenen zu 1) (als Kommanditist) keine Möglichkeit gehabt, entscheidenden Einfluss auf die GmbH & Co. KG zu nehmen. Denn M.H., die bereits seit 1996 eingetragene Geschäftsführerin der H.-Verwaltungs-GmbH, und der Vater des Klägers hätten stets das Recht und die Möglichkeit gehabt, dem Kläger jederzeit Weisungen zu erteilen. Der Vortrag, dass der Kläger eigenverantwortlich gehandelt habe und ihm keine Weisungen erteilt worden seien, sei unerheblich, weil die Abhängigkeit unter Familienangehörigen im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt sei als in Betrieben außerhalb eines Familienverbundes. Die Ausführungen, dass der Kläger als "faktischer" Geschäftsführer bereits vor dem 31. Dezember 2002 dem Geschäftsführer einer GmbH gleichzustellen gewesen sei, gehe ins Leere. Eine GmbH werde durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Insofern komme der Organstellung des Geschäftsführers eine besondere Bedeutung zu. Das gelte jedoch nur dann, wenn tatsächlich eine Berufung zum Geschäftsführer erfolgt sei. Eine "faktische" Geschäftsführung sehe das GmbH-Gesetz nicht vor.

Der Kläger erhob daraufhin im Rahmen des Verfahrens S 5 R 1922/07 am 19. Februar 2008 auch Klage gegen den Widerspruchsbescheid vom 06. Februar 2008. Er trug ergänzend vor, dass mit seinem Eintritt in die Beigeladene zu 1) im Jahr 1994, über den sein Vater und M.H. froh gewesen seien, sein Vater sich aus dem Geschäftsleben zurückgezogen habe, da er zu diesem Zeitpunkt bereits 73 Jahre alt gewesen sei. Mit den betrieblichen Entscheidungen sei der Vater ab diesem Zeitpunkt nicht mehr befasst gewesen. Dass ab dem Jahr 1996 nur M.H. als Geschäftsführerin im Handelsregister eingetragen gewesen sei, habe lediglich mit ihrer längeren Betriebszugehörigkeit zu tun und nicht damit, dass ihr Aufgaben- und Verantwortungsbereich größer gewesen sei. Er habe von Anfang an sämtliche Arbeiten, welche von Betriebsinhabern typischerweise geleistet würden, übernommen. Aufgrund seines besonderen Fachwissens und der ihm zur Verfügung stehenden Branchenkenntnisse habe er von Anfang an maßgeblichen Einfluss auf die Beschlussfassung bei Gesellschafterversammlungen gehabt. Wichtige Entscheidungen seien von ihm maßgeblich bestimmt worden. Dementsprechend sei er von Anfang an alleinvertretungsberechtigt gewesen, auch wenn dies erst später im Handelsregister eingetragen worden sei. Seine Alleinvertretungsberechtigung sei zu keiner Zeit von irgendjemand in Zweifel gezogen worden, deswegen sei die formelle Berufung als Geschäftsführer nicht für notwendig erachtet worden. Er - der Kläger - sei seit Beginn seiner Tätigkeit "Kopf und Seele" des Betriebs gewesen.

Das Verfahren S 5 R 1922/07 endete am 21. Februar 2008 durch einen Vergleich. Die Beteiligten stellten in diesem Vergleich unstreitig, dass für die Frage der Statusfeststellung für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 01. Februar 1994 bis 31. Dezember 2002 die Beklagte zuständig sei. Darüber hinaus waren sich die Beteiligten einig, dass der Schriftsatz vom 19. Februar 2008 als Neu-Klage gegen die Beklagte hinsichtlich deren Bescheid vom 21. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 aufzufassen und dementsprechend vom Gericht diesbezüglich eine neue Klage gegen die Beklagte einzutragen sei.

Am 26. Februar 2008 erhob der Kläger wegen des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 beim SG Klage gegen die Beklagte, die das SG unter dem Aktenzeichen S 2 KR 554/08 führte. Zur Begründung verwies er auf sein bisheriges Vorbringen und trug weiter vor, das Unternehmen sei zum Zeitpunkt seines Eintritts strukturell nicht mehr auf der Höhe gewesen. Außerdem sei sein Vater vielleicht davon ausgegangen, dass er erst ein paar Jahr tätig sein sollte, bevor er Geschäftsführer werde. Im Übrigen sei sein Vater aus familiärer Rücksichtnahme weiterhin Geschäftsführer gewesen. Ein Entzug der Geschäftsführerstellung wäre sein Tod gewesen. Geschäftsanteile seien im Rahmen dessen übertragen worden, was steuerlich opportun sei.

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Mit Beschluss vom 13. März 2008 lud das SG die H. GmbH & Co. KG (Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 3) und die Deutsche Angestellten-Krankenkasse - Pflegekasse - (Beigeladene zu 4) zum Verfahren bei.

Die Beigeladenen haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Mit Urteil vom 29. September 2009 hob das SG den Bescheid der Beklagten vom 21. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 auf und stellte fest, dass der Kläger ab 01. April 1998 in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) nicht mehr der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe. Im Übrigen wies es die Klage ab. Zur Begründung führte das SG aus, dem Kläger sei nicht zu folgen, wenn er geltend mache, dass er bereits ab dem Zeitpunkt seines Eintritts in das Unternehmen (01. Februar 1994) eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt habe. Auch wenn zu seinen Gunsten in Rechnung gestellt werde, dass sich das Unternehmen damals strukturell nicht mehr auf der Höhe der Zeit befunden habe, weshalb Vater und M.H. seinen Eintritt dringend herbeigewünscht hätten, sei dennoch nicht ersichtlich, dass er bereits zu diesem Zeitpunkt im Unternehmen nach Belieben habe "schalten und walten" können. Mit den ihm zugewiesenen Geschäftsfeldern habe er zweifellos als Berufsanfänger eine einflussreiche Position im Unternehmen erreicht. Diese sei aber noch nicht mit der Stellung zu vergleichen, die der Kläger ab dem Zeitpunkt der Übertragung weiterer Anteile an die Beigeladene zu 1) im Frühjahr 1998 erlangt habe. Erst ab diesem Zeitpunkt habe der bis dahin als Gesellschafter-Geschäftsführer kraft seiner Anteile am Gesellschaftskapital die beherrschende Stellung im Unternehmen innehabende Vater die Zügel aus der Hand gegeben. Der Eindruck des Klägers, dass sein Vater ihn "erst ein paar Jahre tätig" sehen wollte, decke sich mit dem zeitlichen Ablauf der "Machtübergabe". Erst ab April 1998 seien der Kläger und M.H. in der Lage gewesen, das Unternehmen erforderlichenfalls auch gegen die Vorstellungen des Vaters auszurichten und zu führen. Der Umstand, dass der Kläger in seinem Aufgabenbereich auch vor dem 01. April 1998 weitgehend frei habe agieren können, stehe dem nicht entgegen. Denn bei Diensten höherer Art reiche für die Annahme persönlicher Abhängigkeit eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess aus, sofern die Dienstleistung, wie hier, in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung aufgehe, also fremdbestimmt sei.

Gegen das ihr am 25. Januar 2010 zugestellte Urteil hat die Beigeladene zu 2) am 18. Februar 2010 Berufung eingelegt. Sie trägt vor, aus der fehlenden Bestellung zum ordentlichen Geschäftsführer vor dem 01. Januar 2003 ergebe sich, dass der Kläger in der Zeit davor nur mit Einschränkungen die Beigeladene zu 1) habe vertreten können. Gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit spreche auch der Umstand, dass M.H. im Jahr 1996 zur weiteren Geschäftsführerin bestellt worden sei und nicht (auch) der Kläger als angeblich "faktischer" Geschäftsführer. Durch die Übernahme der Geschäftsanteile in Höhe von 35 % des Stammkapitals der H.-Verwaltungs GmbH zum 01. April 1998 habe sich bezüglich der Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses nichts geändert. Denn allein durch die Beteiligung habe der Kläger keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft erlangt. Maßgeblichen Einfluss hätten mitarbeitende Gesellschafter nur, sofern sie Mehrheitsgesellschafter seien, d. h. mehr als 50 % der GmbH hielten. Nur mitarbeitende Mehrheitsgesellschafter seien in der Lage, Einzelanweisungen der Geschäftsführung im Bedarfsfall jederzeit zu verhindern. Aufgrund der fehlenden Organstellung als Geschäftsführer könne auch nicht von einem gleichberechtigten Nebeneinander der Gesellschafter ausgegangen werden, da die anderen Gesellschafter auch Alleinvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreite Geschäftsführer gewesen seien. Aus diesem Grunde habe der Kläger auch nicht wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Familien-GmbH nach eigenem Gutdünken führen können. Zu den tatsächlichen Verhältnissen eines zu beurteilenden Vertragsverhältnisses gehöre auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht, unabhängig von ihrer Ausübung. Die Weisungsgebundenheit eines leitenden Angestellten könne sich zwar - wie offenbar vorliegend - zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern, gleichwohl liege aber keine selbstständige Tätigkeit vor. Über den 31. März 1998 hinaus liege daher weiterhin ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 29. September 2009 abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er trägt über sein bisheriges Vorbringen hinaus vor, er sei niemals "leitender Angestellter" und auch nicht lediglich "mitarbeitender Gesellschafter ab April 1998" gewesen. Er sei ebenso wie M.H. "Junior-Chef" gewesen. Durch das Hineinwachsen in die Beigeladene zu 1) schon als kleines Kind seien ihm sämtliche betrieblichen Abläufe schon früh bekannt gewesen, sie seien quasi ein Teil der Familie und von ihm selbst geworden. Die Frage, welchen Einfluss die Kommanditbeteiligung ihm und M.H. gewährt habe, habe sich nicht gestellt. Man sei als Enkel des Firmengründers geboren worden und habe die Anteile übertragen erhalten, um die Beigeladene zu 1) fortzuführen. Daher könnten auch die Grundsätze der Rechtsprechung, wonach maßgeblichen Einfluss nur mitarbeitende Gesellschafter hätten, welche mehr als 50 % "der GmbH" hielten, nicht herangezogen werden. M.H. habe der Tatsache, dass keine gleichwertige Organstellung vorgelegen habe, keine besondere Bedeutung beigemessen. Sie sei froh gewesen, dass er die tatsächliche Geschäftsführung der Firma übernommen habe. Seine rein deklaratorische Berufung zum Geschäftsführer sei irgendwann einmal nebenbei erledigt worden. Zu würdigen sei auch, das überragende Unternehmerkriterium der Gewinnausschüttung, die er erhalten habe, im Gegensatz zu einer Lohnzahlung, die ein angestellter Geschäftsführer erhalte. Der Kläger hat auf Anforderung Jahresabschlüsse der Beigeladenen zu 1) für die Jahre 1994 bis 2003 und seine Einkommensteuerbescheide 1997 bis 2003 nebst Lohnkonten vorgelegt.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 4) haben keinen Antrag gestellt. Sie haben auf den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 06. Februar 2008 verwiesen. Die Beigeladenen zu 1) und 3) haben keine Anträge gestellt und sich nicht geäußert.

Die Beigeladene zu 2) hat den Clearing-Vorgang von M.H. übersandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten beider

Rechtszüge sowie der beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten und Beigeladenen zu 2) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beigeladenen zu 2) ist zulässig und insbesondere statthaft im Sinne des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Denn die Klage betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt. Die Berufung ist auch begründet, soweit sich die Beigeladene zu 2) gegen die fehlende Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung wendet. Auch insoweit ist der Bescheid der Beklagten vom 21. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 rechtmäßig. Der Kläger war vom 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002 versicherungspflichtig zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung bei der Beigeladenen zu 1) beschäftigt. Soweit die Beklagte darüber hinaus aber auch die Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung festgestellt hat, ist der Bescheid vom 21. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 rechtswidrig. Insoweit hat das SG die Bescheide zu Recht aufgehoben.

1. Im Berufungsverfahren ist nur darüber zu entscheiden, ob der Kläger vom 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002 versicherungspflichtig beschäftigt war. Denn das SG hat die von der Beklagten im angefochtenen Bescheid vom 21. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 für den Zeitraum vom 01. Februar 1994 bis 31. Dezember 2002 getroffene Feststellung einer abhängigen Beschäftigung (so der Wortlaut im Bescheid vom 21. November 2007) bzw. eines sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis (so der Wortlaut im Widerspruchsbescheid vom 06. Februar 2008) für die Zeit ab 01. April 1998 aufgehoben. Hiergegen hat allein die Beigeladene zu 2) Berufung eingelegt. Soweit das SG im Übrigen, also für die Zeit vom 01. Februar 1994 bis 31. März 1998, die Klage abgewiesen hat, ist das Urteil des SG rechtskräftig.

Der Zeitraum ab 01. Januar 2003 ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, weil die Beklagte im angefochtenen Bescheid vom 21. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06. Februar 2008 über diesen Zeitraum überhaupt nicht entschieden hat. Unerheblich ist deshalb, ob die Beigeladene zu 2) mit ihrem Bescheid vom 07. Oktober 2003 über die Tätigkeit des Klägers mit der Beigeladenen zu 1) und nicht nur - so der Wortlaut - über die Tätigkeit des Klägers bei der H. GmbH entschieden hat.

Zu beurteilen ist die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) und nicht bei der H. GmbH oder H. Verwaltungs-GmbH.

2. Die Beklagte (als Einzugsstelle bei der der Kläger in der streitgegenständlichen Zeit gemeldet und auch freiwilliges Mitglied war) war für die vom Kläger beantragte Feststellung zuständig.

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 4 SGB IV](#) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und 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 in der Zeit vom 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002 bei der Beklagten freiwillig krankenversichert war. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2), die eine solche der Beklagten ausschliesse, ergibt sich hier nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des 4. 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 (bis 31. Dezember 2008) Angehöriger des Arbeitgebers, (seit 01. Januar 2009) Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers (geändert durch Art. 1 Nr. 1 des Zweites Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 21. Dezember 2008 [[BGBl. I, 2933](#)]) oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen vorliegen, ist dieses obligatorische Statusfeststellungsverfahren jedoch erst bei Tätigkeiten durchzuführen, die erstmals nach dem 30. März 2005 aufgenommen worden sind (vgl. Marschner in Kreikebohm, Kommentar zum SGB IV, § 7a Rdnr. 3; Lütke in LPK-SGB IV, § 7a Rdnr. 11). In den Fällen, in denen die Tätigkeit bereits zuvor ausgeübt worden war, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#). Die Aufnahme der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) erfolgte bereits vor dem 30. März 2005, nämlich am 01. Februar 1994.

3. Versicherungspflichtig in der 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) sind gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. In der Krankenversicherung trat nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) i.V.m. [§ 6 SGB V](#) in der insoweit vom 01. Januar 1992 bis 31. Dezember 2002 gleichlautenden Fassung des Gesetzes Versicherungspflicht ein, wenn das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt der gegen Arbeitsentgelt beschäftigten Person 75 v.H. der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten (Jahresarbeitsentgeltgrenze) überstieg. Die Jahresarbeitsentgeltgrenze belief sich in den alten Bundesländern im Jahr 1998 auf DM 75.600,00, im Jahr 1999 auf DM 76.500,00, im Jahr 2000 auf DM 77.400,00, im Jahr 2001 auf DM 78.300,00 und im Jahr 2002 auf EUR 40.500,00. Im Bereich der Pflegeversicherung sind ab 01. Januar 1995 die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig ([§ 20 Abs. 1 Satz 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI)). 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 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 abhängige 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 zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen 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 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](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den 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).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, Urteile vom 10. Mai 2007 - B 7 AL 8/06 - und vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) - jeweils veröffentlicht in juris). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann z.B. bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG, Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) -, veröffentlicht in juris). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen ([BSGE 3, 30](#), 39f.; [17, 1](#), 7f.; [74, 275](#), 278f.; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 90](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Bei der Tätigkeit eines Familienangehörigen ist zudem neben seiner Eingliederung in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Familienangehörige ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Grundsatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich übertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - B 11 AL 34/02 R -, veröffentlicht in juris). Weitere Abgrenzungskriterien sind nach der Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen ist, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und schließlich, ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, ist es für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Familienangehörige wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist (BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#)). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird ([BSGE 34, 207](#), 210; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

4. Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die Zeit ab 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002, nachdem der Geschäftsführeranstellungsvertrag erst am 23. Januar 2003 geschlossen wurde und für die Zeit davor eine (schriftliche) vertragliche Vereinbarung (Arbeitsvertrag) zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) nicht bestand, nach dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit, dem Kommanditgesellschaftsvertrag vom 16. Dezember 1987 und dem Gesellschaftsvertrag vom 15. November 1976.

Trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit im Hinblick auf die Leitung der Beigeladenen zu 1) im Bereich der EDV, Controlling und Buchhaltung, seinem Auftreten nach außen und der Tatsache, dass er in dem Unternehmen "groß geworden" ist, überwiegen nach Auffassung des Senats in Würdigung des Einzelfalls entgegen der Ansicht des SG in der Zeit vom 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002 die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit des Klägers wurde ab 01. Februar 1994 und über den 01. April 1998 hinaus bis 31. Dezember 2002 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 1) abgewickelt. Der Kläger erhielt von der Beigeladenen zu 1) ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt zuzüglich eines 13. Monatsgehalts und einer Sonderzahlung, das ihm auf sein privates Girokonto, über das er Verfügungsgewalt hat, überwiesen wurde. Diese Vergütungspraxis entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Hieran änderte sich auch dadurch nichts, dass der Kläger ab 01. Januar 1999 dieses Gehalt auf der Grundlage des Nachtrags 1 zum Kommanditgesellschaftsvertrag vom 16. Dezember 1987 vom 28. Januar 1999 als "Vorabvergütungen bei der Gewinnverteilung" erhielt. Wenn dies tatsächlich so gehandhabt worden wäre, hätte dies zwar zur Folge gehabt, dass dem Kläger für den Fall, dass sein Gewinnanteil größer als die Vorabentnahmen wäre, am Jahresende entsprechende Überschüsse auf dem Gesellschafterkonto gutgeschrieben worden wären und zusätzlich hätten entnommen werden können und im Verlustfall am Jahresende ein entsprechender Ausgleich erfolgt wäre. Damit wäre der Kläger nicht mehr nur noch über seinen Gesellschaftsanteil, sondern auch über sein Gehalt am Unternehmensrisiko beteiligt. Tatsächlich hat sich durch diese geänderte Bezeichnung des Entgelts am Entgelt des Klägers jedoch nichts geändert. Das Entgelt des Klägers wurde hierdurch in der Höhe nicht verändert, es wurde weiter auf sein Konto ausbezahlt und es wurde weiterhin Lohnsteuer entrichtet. Ein Ausgleich am Jahresende erfolgte zwischen 1999 und 2002 nicht. Allein durch diesen Nachtrag 1 zum Kommanditgesellschaftsvertrag ist deshalb nicht belegt, dass das Arbeitsentgelt ab 1999 Bestandteile enthielt, die eine Gewinn- bzw. Umsatzbeteiligung zur Folge gehabt hätte.

Aus diesem Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe verbucht wurde, wurde in der Zeit vom 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002 auch durchgehend Lohnsteuer abgeführt. Im Widerspruch dazu steht zwar die Tatsache, dass der Kläger selbst zumindest zwischen 1997 und 2003 das Entgelt als Einkünfte aus Gewerbebetrieb und nicht als Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit versteuert hat. Dies könnte für

eine selbstständige Tätigkeit sprechen. Angesichts des Widerspruchs zu der von der Beigeladenen zu 1) vorgenommenen Besteuerung kann hierauf jedoch nicht abgestellt werden. Entscheidend bleibt, dass die Verbuchung der Vergütung als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO zu der Vergütung an Ehegatten).

Arbeitnehmertypisch ist auch, dass der Kläger einen Urlaubsanspruch hatte und er - wobei dahingestellt bleiben kann, ob er hierauf einen Anspruch hatte - Lohnfortzahlung im Krankheitsfall tatsächlich erhielt.

Einen wesentlichen Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger und die Beigeladene zu 1) selbst davon ausgegangen sind, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis handelt, stellt auch die Tatsache dar, dass der Kläger ab 01. Februar 1994 zur Sozialversicherungspflicht angemeldet wurde. Das Sozialversicherungsverhältnis war mithin gewollt und wurde gelebt. Erst im Nachhinein schien es dem Kläger nach seinem Vortrag widersprüchlich, ihn für einen Teil seines Berufslebens als Angestellten zu deklarieren. Außerdem war er nunmehr der Auffassung, dass eine private Rentenversicherung, zumal er alleinstehend ist, rentabler ist. Ursprünglich war dies nicht der Fall.

Der Kläger war in der Zeit vom 01. April 1998 bis 31. Dezember 2002 auch noch nicht Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1). Die ordentliche Bestellung zum Geschäftsführer erfolgte erst im Dezember 2002. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag datiert vom 23. Januar 2003. Die Alleinvertretung der Beigeladenen zu 1) durch den Kläger war deshalb bis Dezember 2002 rechtlich nicht wirksam. Dies folgt aus § 4 des Kommanditgesellschaftsvertrags vom 16. Dezember 1987, wonach die Geschäftsführung und Vertretung allein durch die Geschäftsführer der H. (Verwaltungs-)GmbH wahrgenommen wird, und aus § 5 des Gesellschaftsvertrags, wonach grundsätzlich die Geschäftsführer gegebenenfalls zusammen mit dem Prokuristen die Gesellschaft vertreten. Beides war der Kläger bis zur Bestellung als Geschäftsführer am 12. Dezember 2002 nicht. Sowohl sein Vater Em. H. als auch M.H., die beiden bis Dezember 2002 alleinigen Geschäftsführer, hätten die von ihm getroffenen Entscheidungen wieder rückgängig machen können. Diese Rechtsmacht ist als Teil der tatsächlichen Verhältnisse von Bedeutung (vgl. [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#)). In der betrieblichen Praxis ist das Hineinwachen der jüngeren Familienangehörigen in die Unternehmensnachfolge ein nicht untypischer Entwicklungsprozess. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass erst eine rechtlich durchgeführte und damit vollzogene Betriebsübergabe von den Eltern auf die Kindern den (von allen Beteiligten auch als solchen wahrgenommenen) wirklichen "Einschnitt" in der Unternehmensnachfolge darstellt. Erst dann endet das allmähliche Hineinwachsen in eine etwaige Unternehmensnachfolge und erst dann existiert auch das bis dahin nach wie vor fortbestehende, wenn auch möglicherweise faktisch nicht mehr ausgeübte Weisungsrecht nicht mehr (vgl. BSG, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteile vom 18. Mai.2010 - [L 11 KR 1423/08](#) - und 01. Februar 2011 - [L 11 KR 1541/09](#) -, beide veröffentlicht in juris). Insoweit greift auch nicht die Erklärung des Klägers durch, dass eine formelle Berufung zum Geschäftsführer aus familiärer Rücksichtnahme auf seinen Vater nicht früher erfolgt sei, denn als der Kläger im Jahr 2002 zum Geschäftsführer bestellt wurde, wurde er neben seinem Vater und M.H. als dritter Geschäftsführer bestellt. Seinem Vater wurde wegen seiner Bestellung nicht die Geschäftsführerstellung entzogen. M.H. wurde im Februar 1996 zur Geschäftsführerin bestellt, zu diesem Zeitpunkt war der Kläger auch bereits zwei Jahre bei der Beigeladenen zu 1) tätig. Dass er nicht zusammen mit M.H. zum Geschäftsführer ernannt wurde, belegt, dass er weiterhin abhängig beschäftigt sein sollte.

Der Kläger war im streitgegenständlichen Zeitraum auch noch nicht Mehrheitsgesellschafter. Er verfügte bis 31. März 1998 über einen Gesellschaftsanteil an der KG in Höhe von 16% und ab 01. April 1998 in Höhe von 30%. Da nach § 3 Abs. 2 des Kommanditgesellschaftsvertrags vom 16. Dezember 1987 grundsätzlich Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der sämtlichen Stimmen aller Gesellschafter gefasst werden, hatte er damit zwar ab 01. April 1998 mit M.H. zusammen gegenüber seinem Vater Em. H. die beherrschende Stellung im Unternehmen inne. Da er die "Macht" jedoch nur zusammen mit M.H. ausüben konnte, ist allein aufgrund der Kapitalerhöhung ab 01. April 1998 - entgegen der Auffassung des SG - noch nicht von einem so gravierenden Indiz auszugehen, dass allein deshalb die Kriterien für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers überwogen hätten. Eine Weisungsfreiheit des Klägers liegt hierdurch zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor. Die beiden anderen Gesellschafter Em. H. und M.H. hätten es in der Hand gehabt, hindernd in die Freiheiten des Klägers einzugreifen und diesen damit im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn M.H. oder/und Em. H. aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers und auch aufgrund der zwischen ihnen vorliegenden persönlichen Beziehung dies weitgehend unterließen, bedeutet dies nur, dass ihm von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht wegen des familiären Vertrauensverhältnisses freie Hand gelassen wurde (BSGE [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Nicht außeracht gelassen werden darf auch, dass zumindest die Kommanditistin und Geschäftsführerin M.H. im streitgegenständlichen Zeitraum über Kenntnisse und Fähigkeiten verfügte, um den Betrieb zu leiten.

Zu berücksichtigen ist auch, dass gerade bei einem im Betrieb mitarbeitenden Familienangehörigen regelmäßig größere Freiheiten im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern bestehen (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)). Solche größeren Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Im streitigen Zeitraum trug der Kläger auch kein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko deshalb, weil er für die Beigeladene zu 1) gebürgt hätte. Erst nach dem Tod seines Vaters im Jahr 2005 übernahm er von diesem übernommene Bürgschaften.

5. Die Beklagte hat die Feststellung der Versicherungspflicht für die Zeit vom 01. April 1998 bis 31. März 2005 jedoch zu Unrecht nicht auf die Renten- und Arbeitslosenversicherung begrenzt. Denn der Kläger war aufgrund des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze zwischen 1998 und 2002 gemäß [§ 6 SGB V](#) versicherungsfrei. Er unterlag nicht der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung. Damit bestand auch keine Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung aufgrund versicherungspflichtiger Beschäftigung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#).

6. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Die Aufhebung der Feststellung der Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung wirkt sich kostenrechtlich nicht aus.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB
Saved
2011-03-30