

L 4 KR 2531/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 14 KR 345/07
Datum
27.04.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 2531/10
Datum
22.07.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 27. April 2010 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Feststellung seiner Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung.

Der am 1969 geborene Kläger ist seit 01. Januar 2001 freiwillig versichertes Mitglied der Beklagten. Er stand seit 01. Januar 1996 im Dienst der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 4), M.-D. KG, die aus einem Einzelunternehmen hervorging, das dem Großvater der G. S. und später dem Vater von G. S. gehörte und 1977 auf G. S. übergegangen war. Betriebsleiter und faktisch Geschäftsführer waren bis 1996 H.-J. S., Ehemann von G. S. und Vater von C.-V. S., sowie D. W., Vater des Klägers. Im Jahr des Eintritts des Klägers in das Unternehmen 1996 starb H.-J. S., das Unternehmen wurde nach den Angaben der Beteiligten von D. W. und dem Kläger, seit 2001 (Ausscheiden von D. W.) vom Kläger als Prokuristen allein geführt.

Die Beigeladene zu 4) wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 10. Januar 2006 gegründet. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist Gegenstand des Unternehmens der Handel mit Metallen jeglicher Art, insbesondere Halbzeug, sowie deren Bearbeitung (§ 2 Nr. 1). Nach § 3 Nr. 1 ist persönlich haftende Gesellschafterin (ohne Einlage und Vermögensbeteiligung) die (ebenfalls mit Gesellschaftsvertrag vom 10. Januar 2006 gegründete) M.-D. Verwaltungsgesellschaft mbH. Nach § 3 Nr. 2 sind Kommanditisten G. S. mit einer Kommanditeinlage von EUR 66.950,00, C.-V. S. (damals noch F.) mit einer Kommanditeinlage von EUR 25.750,00 sowie der Kläger mit einer Kommanditeinlage von EUR 10.300,00. Zwischenzeitlich erfolgte eine Erhöhung der Kommanditeinlagen von EUR 103.000,00 auf EUR 400.000,00 ohne Änderung der quotalen Beteiligung des Klägers. Der Betrag der Kommanditeinlage bestimmt in gleicher Weise die Haftsumme wie die Pflichteinlage. Nach ihm bemisst sich die Beteiligung des Gesellschafters (§ 3 Nr. 3). Gemäß § 5 Nr. 1 ist die Komplementärin zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet; sie ist von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Nach § 5 Nr. 2 des Vertrags dürfen über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens hinausgehende Geschäfte nur mit Einwilligung der Gesellschafterversammlung vorgenommen werden. Dies gilt insbesondere für a) Ankauf, Verkauf und Belastung von Grundstücken, b) An- und Verkauf anderer Unternehmen, Beteiligung an anderen Unternehmen und Errichtung von Zweigniederlassungen, c) Abschluss von Miet- und Pachtverträgen (im geänderten Gesellschaftsvertrag eingefügt: über Räumlichkeiten und/oder Immobilien) mit mehr als einjähriger Dauer, d) Bestellung und Abberufung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, e) Errichtung von Neuanlagen und Neubauten sowie Anschaffung von beweglichen Wirtschaftsgütern, die für den Einzelfall mehr als EUR 10.000,00 erfordern (im geänderten Gesellschaftsvertrag Betrag auf EUR 25.000,00 erhöht und eingefügt: soweit es sich nicht um Geschäfte im Rahmen des üblichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft handelt), f) Aufnahme von Darlehen oder Beteiligung eines stillen Gesellschafters, g) Änderung des Geschäftsgegenstands, h) Bürgschaften, auch private Bürgschaften der Gesellschafter sowie i) Zusagen von Pensionsverpflichtungen und Altersversorgung. Gemäß § 6 Nr. 1 des Vertrags sind hinsichtlich der Geschäftsanteile an der persönlich haftenden Gesellschafterin, die der Gesellschaft gehören, statt der persönlich haftenden Gesellschafterin die Kommanditisten geschäftsführungsbefugt. Im Rahmen dieser Geschäftsführungsbefugnis ist jeder Kommanditist einzeln zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Jede EUR 50,00 eines Kommanditanteils gewähren eine Stimme (§ 6 Nr. 4 und § 8 Nr. 2). Nach derselben Berechnung werden gemäß § 8 Nr. 1 Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften oder der Vertrag eine andere Mehrheit verlangen. Änderungen des Gesellschaftsvertrags können mit einer Mehrheit von mindestens 75 v.H. der Stimmen beschlossen werden (§ 8 Nr. 4 Satz 1). Gemäß § 12 Nr. 1 erhält die Komplementärin vorab Ersatz sämtlicher ihr aus der Geschäftsführung entstandenen Aufwendungen. Sie erhält daneben zur Abgeltung ihres Haftungsrisikos einen Betrag in Höhe von sechs v.H. ihres Stammkapitals. Nach § 12

Nr. 2 nehmen an dem danach verbleibenden Gewinn sowie an einem Verlust die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kommanditeinlagen teil. Sodann regelt § 14 die Tätigkeitsvergütung des Klägers. Er erhält für seine Tätigkeit als Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin von der Gesellschaft eine Tätigkeitsvergütung in Höhe von EUR 5.325,00 pro Monat (Nr. 1). Diese Vergütung ist zum 01. Januar jeden Kalenderjahres anzupassen, wobei Anpassungsmaßstab die Veränderung des Gehalts aufgrund des Gehaltstarifvertrags für die Beschäftigten in der Metallindustrie in Südbaden im Vergleich zum Vorjahr ist (Nr. 2). Zusätzlich erhält der Kläger (Nr. 3) eine Tantieme von acht v.H. bis zu einem Gewinn der Gesellschaft von EUR 50.000,00, zehn v.H. von einem Gewinn zwischen EUR 50.000,00 und EUR 100.000,00 sowie zwölf v.H. von einem Gewinn über EUR 100.000,00. Bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit des Klägers, die durch Krankheit oder aus einem anderen nicht zu vertretenden Grund eintritt, werden die Bezüge gemäß Nrn. 1 bis 3 für die Dauer von drei Monaten weitergezahlt (Nr. 5). Diese Tantiemenregelung bestand bereits in der Zeit der Tätigkeit bei der M.-D. KG vor 2006. Nach den der Beklagten exemplarisch vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen vom August 2004 und Juli 2005 betrug das Festgehalt EUR 4.020,00 sowie die Tantieme im erstgenannten Jahr EUR 38.900,00 und im zweiten Jahr EUR 46.300,00. Sowohl vom Festgehalt als auch von der Tantieme wurde Lohnsteuer abgeführt und wurden Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung entrichtet.

Am 01. März 2006 beantragte der Kläger bei der Beklagten sinngemäß die Feststellung, er sei seit dem 01. Januar 1996 nicht versicherungspflichtig tätig. Er reichte den von ihm allein unterzeichneten Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen eines Antragsverfahrens gemäß § 7a Abs. 1 Satz 2 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) ein. Er, der Kläger, könne durch Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern ("fachliche Kenntnisse"). Er verfüge als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse und vertrete die KG alleinvertretungsberechtigt nach außen. Es bestehe kein besonderer Arbeitsvertrag, er arbeite tatsächlich durchschnittlich wöchentlich 50 bis 70 Stunden und unterliege keinem Weisungsrecht bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Ein solches Weisungsrecht werde auch tatsächlich nicht laufend ausgeübt. Er könne, abgesehen von Genehmigungsvorbehalten, die Tätigkeit frei und ohne Einschränkungen bestimmen und gestalten. Er könne selbstständig Personal einstellen und entlassen. Urlaub müsse nicht genehmigt werden. Regelungen über eine Kündigung bestünden nicht. Er erhalte unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens eine monatliche gleichbleibende Vergütung, von der Lohnsteuer entrichtet, die als Lohn/Gehalt verbucht und die im Falle der Arbeitsunfähigkeit weitergewährt werde, wobei die Dauer unbestimmt sei. Als erfolgsabhängige Bezüge erhalte er Tantiemen. Der Kläger wiederholte diese Angaben in einer frei formulierten (ohne Datum) "Bestätigung".

Durch Bescheid vom 16. Mai 2006 verfügte die Beklagte, welcher der Gesellschaftsvertrag vom 10. Januar 2006 noch nicht bekannt war, der Kläger unterliege ab dem 01. Januar 2001 für die Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 4) der Sozialversicherungspflicht in der Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung. Diese Beurteilung erfolge unter Berücksichtigung aller eingereichten Unterlagen und nach Abwägung sämtlicher relevanter Kriterien. Der Kläger besitze keine Anteile der Beigeladenen zu 4), sei weder Kommanditist noch Komplementär, nicht weisungsgebunden und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit. Dies spreche für eine leitende Tätigkeit als Arbeitnehmer. Er hafte nicht. Die Gesellschafterinnen G. S. und V. S. trügen das gesamte Risiko mit ihren Stammeinlagen. Die Beigeladene zu 3) stimme dieser Beurteilung zu (Schreiben vom 31. Mai 2006).

Nachdem der Kläger sodann den geänderten Gesellschaftsvertrag vom 10. Januar 2006 vorgelegt hatte, erließ die Beklagte den weiteren Bescheid vom 11. August 2006. Der Kläger sei als leitender Angestellter beschäftigt und unterliege in allen vier Zweigen der Sozialversicherungspflicht.

Der Kläger erhob Widerspruch und legte jetzt den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vom 10. Januar 2006 vor. Es habe sich bis 2005 um ein Familienunternehmen gehandelt, dessen Komplementärin G. S. jedoch nie als Weisungsgeberin fungiert habe. Sie sei heute 79 Jahre alt und erscheine im Betrieb nur noch hauptsächlich, um Blumen zu gießen. Aus operativen oder strategischen Dingen habe sie sich immer herausgehalten. Die bis 2005 einzige Kommanditistin C.-V. S. habe sich aufgrund der von den Banken geforderten Nachfolgeregelungen mit einer Einlage am Unternehmen beteiligt, arbeite jedoch als Apothekerin und nehme bisher keinen Einfluss auf das Tagesgeschäft. Er, der Kläger, habe nach dem Tod des H.-J. S. 1996 die "eigentliche Geschäftsführung" übernommen, eine Prokura sei allerdings erst zum 12. September 2001 eingetragen worden. Die Mitgesellschafterinnen hätten bisher nie interveniert oder eine Abänderung seiner Pläne gefordert. Sämtliche Entscheidungen über Investitionen, Personal, Unternehmensstrategie, Preis- und Sortimentspolitik fälle er in Eigenregie, nehme nur bei schwerwiegenden Entscheidungen externe Hilfe durch Unternehmens- oder Steuerberater in Anspruch. Inzwischen habe er sich von der Sozialversicherung abgemeldet und sei nur noch freiwillig krankenversichert.

Der Widerspruchsausschuss der Beklagten erließ den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 18. Dezember 2006. Für die Zeit vom 01. Januar 2001 bis 31. Dezember 2005 sei davon auszugehen, dass der Kläger funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der M.-D. KG teilgehabt habe und auch ohne Weisungsgebundenheit in die Arbeitsorganisation eingegliedert gewesen sei. Aufgrund des regelmäßigen gezahlten Gehalts habe kein Unternehmerrisiko bestanden. Hierdurch ändere sich nichts durch den Anspruch auf Tantiemen. Eigenes Kapital sei nicht eingesetzt worden. Dass aufgrund der Fachkenntnisse Weisungen nicht erteilt worden seien, falle nicht ins Gewicht. Schließlich ändere die Beteiligung an der Beigeladenen zu 4) ab dem 01. Januar 2006 an der Ausübung einer nichtselbstständigen Beschäftigung nichts. Angesichts der Höhe der Einlage könne der Kläger keinen bestimmenden Einfluss auf die Beigeladene zu 4) nehmen. Im Übrigen hätten sich die Verhältnisse nicht geändert. Eine Feststellung vor dem 01. Januar 2001 habe nicht getroffen werden können, da der Kläger Mitglied bei einer anderen Krankenkasse gewesen sei.

Am 18. Januar 2007 erhob der Kläger zum Sozialgericht Freiburg (SG) Klage. Er trug unter Vorlage einer Erklärung der G. S. und der C.-V. S. vom 05. Februar 2007 vor, zwar sei er aufgrund seiner Beteiligung von 10 v.H. als Kommanditist seit 01. Januar 2006, die mittelbar für die Verwaltungsgesellschaft mbH gelte, nicht in der Lage allein aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung die Geschicke der Beigeladenen zu 4) maßgeblich zu beeinflussen. Er könne aber schalten und walten, wie er wolle und dominiere die Beigeladene zu 4) bzw. ihre Rechtsvorgängerin. Die Kommanditistin G. S. arbeite nicht mehr mit, die Kommanditistin C.-V. S. habe noch nie mitgearbeitet. Die tatsächliche Leitung liege seit Jahren ausschließlich bei ihm. Er bestimme allein die Geschäftspolitik, da die Kommanditistinnen hierzu nicht in der Lage wären. Es sei auf seine Initiative zurückzuführen, dass in den letzten Jahren das Unternehmen erfolgreich zunehmend auf den Bereich Anarbeitung und Dienstleistung ausgerichtet und der Bereich NE-Metalle um den Bereich Stahl und Edelstahl erweitert worden sei. Dies beruhe auf seinem persönlichen Arbeitseinsatz. Er arbeite sechs Tage die Woche weit überdurchschnittlich und nehme Urlaub nur unregelmäßig ohne Einhaltung von Mindestzeiten in Anspruch. Während seines letzten Urlaubs habe ihn die Kommanditistin G. S. täglich kontaktiert. Er unterrichte zwei- bis dreimal jährlich die Kommanditistinnen über den Geschäftsverlauf und seine Planungen. Es sei nie

vorgekommen, dass man seinen Maßnahmen Bedenken entgegengebracht oder diesen widersprochen habe. Er sei hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit im wesentlichen weisungsfrei.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger die Mitgesellschafterinnen, zu denen keine familiären Beziehungen bestünden, persönlich dominiere. Die Mitgesellschafterinnen seien auch nicht wirtschaftlich von ihm abhängig. Allein dass ein Geschäftsführer über die notwendigen technischen Kenntnisse verfügen müsse, reiche nicht aus, um von einer selbstständigen Tätigkeit ausgehen zu können. Geschäftsführer seien nur in Ausnahmefällen selbstständig tätig, ein solcher liege hier jedoch nicht vor.

Das SG lud durch Beschluss vom 14. Februar 2007 die bei der Beklagten gebildete Pflegekasse (Beigeladene zu 1), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 2), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 3) sowie die M.-D. GmbH & Co. KG (Beigeladene zu 4) zum Verfahren bei. Die Beigeladene zu 1) schloss sich den Ausführungen der Beklagten an, die übrigen Beigeladenen äußerten sich zur Sache nicht.

Durch Urteil vom 27. April 2010 hob das SG den Bescheid vom 16. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Dezember 2006 auf und wies die Klage im Übrigen ab. Zur Begründung legte es dar, die Bescheide seien von einer unzuständigen Behörde erlassen worden (Verweis auf Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 30. Juli 2007 - S 3 KR 3050/06 -, in juris). Vielmehr hätte die Entscheidung der Beigeladenen zu 3) gemäß [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) herbeigeführt werden müssen. Die nicht nach [§ 28h SGB IV](#) zuständige Beklagte hätte den Antrag an diese weiterleiten müssen, zumal es sich um einen Zweifelsfall handle. Bezüglich des Feststellungsanspruchs sei die Klage abzuweisen. Der Kläger sei versicherungspflichtig in der Renten- und Arbeitslosenversicherung, wegen Überschreitens der Versicherungspflichtgrenze nicht versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung. Dem Kläger komme nicht die Rechtsmacht zu, wie ein selbstständiger Unternehmer zu handeln. Er sei bis 2006 nicht einmal als Geschäftsführer bestellt gewesen. Bis jetzt unterliege er vollständig der Kontrolle durch die Gesellschafterversammlung. Diese könne rechtlich jeden seiner Beschlüsse in das Gegenteil verkehren. Daran ändere nichts, dass die Kommanditistinnen ihre Rechtsmacht bisher nicht ausgeübt hätten. Die Beteiligung an der Beigeladenen zu 4) seit 2006 beschränke sich auf einen geringen Anteil, der keine Sperrminorität bewirke. Der Kläger sei auch nicht am Verlust des Unternehmens beteiligt, vielmehr gehe ihm in diesen Fällen lediglich die Tantieme verloren. Schließlich sei ein festes Monatsentgelt vereinbart, das als Betriebsausgabe verbucht werde, und es bestehe Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 27. Mai 2010 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Er trägt zur Begründung vor, das Urteil des SG sei verfahrensfehlerhaft, weil das SG hinsichtlich seiner Rechtsauffassung zur Zuständigkeit der Beigeladenen zu 3) auf ein Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) hingewiesen habe, das seine (des SG) Auffassung nicht stütze, seine Auffassung im Urteil dann auf das Urteil des Sozialgericht Karlsruhe gestützt habe. Es sei nicht zutreffend, dass die Beigeladene zu 3) zuständig sei. Die Zuständigkeit der Einzugsstelle ergebe sich aus dem Gesetz ([§ 28h SGB IV](#)) und stehe gleichwertig neben dem Verfahren nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#). Es sei kein Anfrageverfahren nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) eingeleitet worden. In der Sache stelle das SG allein auf die formellen Aspekte, also die Rechtsmacht ab, die in Wirklichkeit nicht ausgeübt worden sei, prüfe aber nicht, ob abweichende tatsächliche Verhältnisse vorlägen.

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung des Senats den Bescheid vom 16. Mai 2006 und den Bescheid vom 11. August 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Dezember 2006 hinsichtlich der Feststellung der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung und Pflegeversicherung zurückgenommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 27. April 2010 insoweit aufzuheben, als die Klage abgewiesen worden ist, und gegenüber der Beklagten, hilfsweise gegenüber der Beigeladenen zu 3) festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit seit dem 01. Januar 2001 bei der Beigeladenen zu 4) und deren Rechtsvorgängerin nicht versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung war und ist.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 1) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten die Feststellung der Sozialversicherungspflicht durch das SG in der Sache für zutreffend.

Die Beigeladenen zu 2) bis 4) haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

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

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist in der Sache nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil vom 27. April 2010 im materiellen Ergebnis zu Recht entschieden, dass der Kläger seit Beginn seiner Mitgliedschaft bei der Beklagten am 01. Januar 2001 dem Grunde nach sozialversicherungspflichtig in der Renten- und Arbeitslosenversicherung beschäftigt ist.

1. Da allein der Kläger Berufung eingelegt hat, ist Gegenstand des Berufungsverfahrens nur der vom Kläger geltend gemachte Feststellungsanspruch, er unterliege in seiner Tätigkeit seit dem 01. Januar 2001 bei der Beigeladenen zu 4) und deren Rechtsvorgängerin nicht der Sozialversicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung, nachdem die Beklagte die Feststellung der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung und Pflegeversicherung zurückgenommen hat. Nur insoweit hat das SG die Klage abgewiesen. Nicht zu entscheiden ist demgegenüber, ob das SG zu Recht den Bescheid vom 16. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Dezember 2006 aufgehoben hat. Insoweit ist das Urteil des SG rechtskräftig. Der Senat weist allerdings

darauf hin, dass das Landessozialgericht Baden-Württemberg (Urteil vom 19. Februar 2008 - [L 11 KR 5528/07](#) -, in juris) der Auffassung des vom SG zitierten Urteils des Sozialgerichts Karlsruhe nicht gefolgt ist und das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe aufgehoben hat.

2. Die Feststellungsklage ist zulässig, ohne dass zu entscheiden war, ob und für welche Zeit in der Vergangenheit eine Beitragserstattung in den einzelnen Zweigen in Betracht kommen könnte (vgl. etwa Senatsurteile vom 27. Januar 2006 - L 4 KR 702/03 - und vom 25. März 2011 - [L 4 KR 610/10](#) -).

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 seit 01. Januar 2001 bei der Beklagten freiwillig krankenversichert war. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 3), 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; Lüdtke 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 Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 4) erfolgte bereits vor dem 30. März 2005, nämlich am 01. Januar 1996.

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. 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; 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).

Beim einem am Stammkapital einer GmbH beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine sogenannte Sperrminorität verfügen, liegt regelmäßig eine abhängige Beschäftigung vor (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor. Eine Sperrminorität in diesem Sinne liegt dann vor, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer nach dem Gesetz und den Abreden des Gesellschaftsvertrags Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Dagegen liegt kein maßgeblicher gesellschaftsrechtlicher Einfluss - und damit in der Regel eine Stellung als Beschäftigter - vor, wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter so wesentliche Entscheidungen wie die Auflösung der Gesellschaft, die operative Neuausrichtung oder seine eigene Abberufung bzw. Entlassung nicht verhindern kann. Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor. Diese Grundsätze können - wovon auch der Kläger ausgeht - auch auf eine GmbH & Co. KG übertragen werden.

Gemessen an diesen Maßstäben ist unter Berücksichtigung des in der Praxis gelebten Ablaufs der Tätigkeit und dem Gesellschaftsvertrag vom 10. Januar 2006 die Tätigkeit des Klägers für die Zeit seit 01. Januar 2001 zunächst bei der M.-D. KG und ab Januar 2006 bei der Beigeladenen zu 4) als abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzustufen. Trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit in beiden Unternehmen überwiegen nach Auffassung des Senats in Würdigung des Einzelfalles die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Der Kläger war an der M.-D. KG nicht beteiligt. Er war damit nicht - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriteriums - am Unternehmerrisiko der M.-D. KG beteiligt. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital

oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - RdNr. 26). Ihm war ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, z. B. in den Monaten August 2004 und Juli 2005 EUR 4.020,00 zugesagt, mithin in einer Höhe, die seinen Lebensunterhalt unter allen Umständen sichern konnte. Selbst wenn - z.B. in einer Krisensituation - die zusätzlich zugesagten erfolgsabhängigen Tantiemen nicht gezahlt worden wären, hätte der Kläger sein monatliches Arbeitsentgelt in voller Höhe weiter bekommen. Insbesondere hatte er für von ihm abgeschlossene Verträge und deren Erfüllung nicht persönlich als Arbeitgeber/Unternehmer einzustehen und zu haften. Das Insolvenzrisiko trug die M.-D. KG und damit korrespondierend auch die maßgebliche Gewinnaussicht. Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ergibt sich für den Kläger nicht dadurch, dass der Erfolg der M.-D. KG insbesondere auch von seinen Fähigkeiten und seinem Engagement abhingen. 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 und im Übrigen auch unternehmerische (Teil-)Aufgaben wahrzunehmen haben ([§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3](#) Betriebsverfassungsgesetz, vgl. Bundesarbeitsgericht - BAG - [NJW 2010, 2746](#)).

Hieran hat sich im Ergebnis durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags vom 10. Januar 2006 und die Gründung der Beigeladenen zu 4) nichts geändert. Die qualitative Änderung bestand darin, dass der Kläger zum Geschäftsführer bestellt wurde und ihm nunmehr eine Kommanditeinlage von 10 v.H. des Stammkapitals zufiel und auch nach Erhöhung der Kommanditeinlagen weiter zufällt. Mit diesem Anteil verfügte und verfügt der Kläger nicht über eine Sperrminorität. Bei Gesellschafterbeschlüssen gewähren je EUR 50,00 eines Kommanditanteils eine Stimme (§ 6 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags). Nach derselben Berechnung werden gemäß § 8 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrags Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften oder der Vertrag eine andere (qualifiziertere) Mehrheit verlangen. Der Kläger kann und konnte damit ihm nachteilige Beschlüsse der Gesellschafter nicht verhindern. Die Gesellschafterinnen G. S. und C.-V. S. haben und hätten es in der Hand gehabt, hindernd in die Freiheiten des Klägers einzugreifen und diesen damit im Sinn des herkömmlichen Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn die Gesellschafterinnen aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers und auch aufgrund der zwischen ihnen vorliegenden persönlichen Beziehung dies weitgehend oder nahezu völlig unterlassen haben, bedeutet dies nur, dass dem Kläger von ihnen trotz bestehender Rechtsmacht freie Hand gelassen wurde (BSGE [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Unverändert erhielt der Kläger weiter ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt. Die Regelung über die Tätigkeitsvergütung des Klägers in § 14 des Gesellschaftsvertrages enthält keine Klauseln, nach denen der Kläger in seiner Position als Geschäftsführer verpflichtet wäre, etwa im Falle einer wirtschaftlichen Krise Kapital der Beigeladenen zu 4) zur Verfügung zu stellen oder auf Teile seiner erfolgsunabhängigen Grundvergütung zu verzichten.

Die weitgehende Weisungsfreiheit des Klägers in den üblichen, "normalen" Geschäften des Geschäftsführers schließt eine abhängige Beschäftigung nicht aus. Insbesondere bei hochqualifizierten Tätigkeiten ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis eingeschränkt. Aufgabe des Geschäftsführers ist es ja gerade, das Unternehmen mit seinen Fachkenntnissen und Fähigkeiten zu führen.

Auch die weiteren, vom erkennenden Senat regelmäßig als besonders gewichtig erachteten Kriterien über die tatsächliche Ausgestaltung des Tätigkeitsverhältnisses sprechen für eine abhängige Beschäftigung des Klägers. Die Tätigkeit des Klägers wurde seit 01. Januar 2001 wie bereits seit seinem Eintritt am 01. Januar 1996 - und dann auch über den Abschluss des Gesellschaftsvertrags vom 10. Januar 2006 hinaus wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Der Kläger erhielt stets ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, z. B. in den Monaten August 2004 und Juli 2005 EUR 4.020,00 (vgl. die vorgelegten Abrechnungen), das als Arbeitsentgelt auf sein privates Konto überwiesen wurde. Lohnsteuer und Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung wurden entrichtet, das Entgelt wurde als Betriebsausgabe verbucht. Diese Vergütungspraxis entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Zusätzlich wurden Tantiemen gezahlt. Nach der Gründung der Beigeladenen zu 4) verblieb es unverändert bei der bereits in der M.-D. KG vereinbarten und praktizierten Tantiemenregelung. Auch war und ist Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zugesichert. Dass Urlaub nur unregelmäßig genommen wird und in diesem Urlaub Bereitschaft zu täglicher Kontaktierung besteht, ist der Tätigkeit als leitender Angestellter geschuldet und überwiegt für sich allein nicht die übrigen Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

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

Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-07-28