L 5 KR 5056/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 11 KR 828/10
Datum
26.08.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KR 5056/10
Datum
09.11.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 26.08.2010 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Zwischen den Beteiligten ist das Vorliegen der Versicherungspflicht des Klägers in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1, einer GmbH, die Hoch-, Tiefbau, Schlüsselfertigbau, Garten- und Landschaftsbau, Tankstellenbau und Schotterwerk betreibt, im Streit.

Mit Schreiben vom 25.08.2008 beantragte der Kläger die Prüfung, ob aufgrund seiner Tätigkeit für die Beigeladene 1 Sozialversicherungspflicht bestehe. In dem hierzu vorgelegten "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung" vom 24.9.2009 war angegeben, er sei seit dem Jahr 1998 bei der Beigeladenen beschäftigt und seit dem Jahr 2004 als Geschäftsführer tätig. Alleinige Gesellschafterin sei seine Mutter. Er habe der Beigeladenen ein Darlehen in Höhe von 10.000 EUR gewährt. Von Beruf sei er Diplom-Ingenieur. Seine Tätigkeit für die Beigeladene sei in einem Arbeitsvertrag/Dienstvertrag geregelt. Hinsichtlich der Zeit, des Orts und der Art der Beschäftigung unterliege er keinen Weisungen. Er könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten und selbstständig Personal einstellen und/oder entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Seine Abberufung sei nur aus wichtigem Grund möglich. Es sei eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende vereinbart. Die Vergütung werde nicht unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens geleistet. Im Fall der Arbeitsunfähigkeit werde die Vergütung für die Dauer von sechs Monaten weitergewährt. Die Vergütung werde als Betriebsausgabe verbucht. Am Gewinn des Unternehmens sei er aufgrund des Bezugs von Tantiemen beteiligt. Außerdem wurde der Beklagten ein "Anstellungsvertrag für GmbH-Fremd-Geschäftsführer" zwischen der Beigeladenen 1 und dem Kläger vorgelegt. Danach beginnt die Tätigkeit als Geschäftsführer ab dem 27.10.2005 (§ 1 Abs. 1). Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und einer etwaigen Geschäftsführungsordnung (§ 1 Abs. 2 Satz 1). Sind weitere Geschäftsführer bestellt, vertritt der Gesellschafter zusammen mit anderen Geschäftsführern (oder gemeinsam mit einem Prokuristen), soweit nicht die Gesellschafterversammlung Abweichendes beschließt (§ 1 Abs. 2 Satz 3). Der Geschäftsführer stellt seine ganze Arbeitskraft und seine gesamten Kenntnisse und Erfahrungen der Gesellschaft zur Verfügung. Ihm obliegen Leitung und Überwachung des Gesamtunternehmens, unbeschadet gleicher Rechte und Pflichten etwaiger anderer Geschäftsführer (§ 2 Abs. 1). Zur Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Gewerbes der Gesellschaft hinausgehen, bedarf der Geschäftsführer der ausdrücklichen Einwilligung der Gesellschafterversammlung (§ 3 Satz 1). Hierzu zählen insbesondere der Erwerb, die Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleicher Rechte, die Veräußerung des Unternehmens im ganzen, die Errichtung, Veräußerung oder Aufgabe von Betrieben oder Betriebsteilen, der Abschluss von Verträgen und Geschäften jeder Art, die im Einzelfall Verpflichtungen von mehr als 50.000 EUR für die Gesellschaft mit sich bringen oder welche die Gesellschaft ohne Rücksicht auf den Wert länger als ein Jahr verpflichten (§ 3 Satz 2). Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 erhält der Geschäftsführer für seine Tätigkeit ein festes Monatsgehalt in Höhe von 3.500 EUR brutto, das jeweils am Monatsletzten zu zahlen ist. Es besteht ein Anspruch auf 30 Arbeitstage bezahlten Urlaub (§ 7 Abs. 1 Satz 1). Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 ist der Vertrag mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende für beide Parteien kündbar. Der Vertrag ist jederzeit aus wichtigem Grund fristlos kündbar (§ 8 Abs. 2 Satz 1). Nach dem der Beklagten vorgelegten Handelsregisterauszug sind neben dem Kläger zwei weitere Geschäftsführerinnen bestellt, die Mutter des Klägers und die Schwester des Klägers. Die Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit und einzelvertretungsberechtigt.

Mit Bescheid vom 10.11.2008 stellte die Beklagte fest, der Kläger sei abhängig beschäftigt und grundsätzlich versicherungspflichtig in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Fremdgeschäftsführer seien nur dann selbstständig tätig und somit nicht versicherungspflichtig, wenn sie in der GmbH ohne Einschränkung Entscheidungen treffen könnten, die Gesellschaft persönlich leiteten oder die Gesellschaft wirtschaftlich von ihnen abhängig sei. Ein solcher Ausnahmefall liege aber nicht vor. Der Bescheid war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen.

Mit Schreiben vom 23.01.2009 beantragte der Kläger die Überprüfung dieses Bescheids nach [§ 44 SGB X](#). Zur Begründung wurde unter anderem vorgetragen, die Beklagte habe die vor Erlass des Bescheids vorgeschriebene Anhörung nicht durchgeführt. Die Annahmen der Beklagten orientierten sich nicht an den tatsächlichen Verhältnissen. Nach dem Tode seines Vaters habe der Kläger als Geschäftsführer tatsächlich die Leitung der Firma übernommen. Die Mutter, die Alleininhaberin der Gesellschaft sei, weise nicht die erforderlichen Branchenkenntnisse auf. Über diese verfüge allein er. Er habe ein Studium als Diplom-Ingenieur abgeschlossen. Aus diesem Grunde sei ihm ein Alleinvertretungsrecht und die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens eingeräumt. Außerdem habe er der Beigeladenen ein Darlehen in Höhe von 10.000 EUR gewährt, was ein abhängig Beschäftigter nicht auf sich nehmen würde. Zudem habe er Anspruch auf eine Tantieme. Außerdem wurde eine Erklärung der anderen Geschäftsführer vorgelegt, nach der die Mutter für das Rechnungswesen und die Schwester für die Planung und Gestaltung von Garten- und Landschaftsbau zuständig sei. Die Mutter verfüge über eine kaufmännische Ausbildung; die Schwester habe ein Studium im Bereich Garten- und Landschaftsbau absolviert. Investitionsvorhaben würden in Wesentlichen vom Kläger durchgeführt, ohne dass die Mitgeschäftsführerinnen hierauf einwirkten. Der Kläger verhandle alleine mit wichtigen Kunden und den Banken. Er führe die erforderlichen Gespräche mit dem Steuerberater und bereite ausschließlich die Bilanzen aufgrund seiner umfangreichen Erfahrung und Ausbildung vor.

Die Beklagte lehnte die Rücknahme des Bescheids vom 10.11.2008 mit Bescheid vom 06.07.2009 ab. Es bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein, den die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 19.01.2010 zurückwies. Die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale überwiegen. Der Kläger sei nicht am Stammkapital der Beigeladenen beteiligt und habe auch keine Möglichkeit, auf Gesellschafterbeschlüsse Einfluss zu nehmen. Obwohl er nicht an Einzelanweisungen gebunden sei, habe er doch die Gesellschaft u.a. auch unter Berücksichtigung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu führen. Bestimmte Geschäfte bedürften überdies der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterin. Er sei damit in eine vorgegebene fremde Betriebsorganisation eingebunden und nehme funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess teil. Seine Arbeitsleistung sei deshalb fremdbestimmt. Außerdem erhalte er eine von der Ertragslage unabhängige monatlich feste Vergütung in Höhe von 3500 EUR, weshalb ein für eine selbstständige Tätigkeit sprechendes Unternehmerrisiko nicht vorliege.

Der Kläger hat sein Begehren weiterverfolgt, am 12.02.2010 Klage zum Sozialgericht Freiburg erhoben und zur Begründung vorgetragen, ein Fremdgeschäftsführer sei dann nicht versicherungspflichtig, wenn er aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen könne und in seiner Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei sei. Dieser Sachverhalt liege vor. Der Kläger dominiere, wie sich aus der Erklärung der Mitgeschäftsführerinnen ergebe, das Unternehmen. Seine Ausbildung als Diplom-Ingenieur und Bauingenieur belegten seine umfassende Kompetenz. Nur er sei befähigt, die umfassenden Aufgaben im Unternehmen wahrzunehmen. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Mit Urteil vom 26.08.2010 hat das SG die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) sei die Beklagte für die getroffene Entscheidung zuständig. Sie habe zu Recht das Vorliegen von Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung angenommen. Bei der Beurteilung des Status eines GmbH-Geschäftsführers spreche nach der Rechtsprechung des BSG für die selbstständige Tätigkeit stets ein Anteil des Geschäftsführers am Gesellschaftsvermögen in Höhe von 50 v.H. des Stammkapitals. Aufgrund seiner beherrschenden Stellung könne er nämlich ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft verhindern. Liege der Kapitalanteil unter 50 v.H., so könne von einer Selbstständigkeit grundsätzlich nur dann ausgegangen werden, wenn der Geschäftsführer aufgrund besonderer Umstände rechtlich oder tatsächlich alle ihm nicht genehmen Entscheidungen der Gesellschaft verhindern könne. Ein solcher Ausnahmefall könne in einem Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der Familienmitglieder zwischen ihnen das Gefühl einer erhöhten Verantwortung schaffe, die z.B. dadurch zum Ausdruck komme, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage abhängig gemacht werde oder wenn es aufgrund familiärer Rücksichtnahme an der Ausübung des Direktionsrechts völlig mangle, und das im Betrieb tätige Familienmitglied trotz fehlenden Anteils am Gesellschaftsvermögen faktisch wie ein Alleininhaber die Gesellschaft führe. Auch bei einer Tätigkeit in einem Familienbetrieb komme es aber grundsätzlich wesentlich auf die mit der Kapitalbeteiligung verbundene Einflussmöglichkeit an. Zwar führe das Fehlen einer maßgeblichen Beteiligung am Unternehmen nicht zwingend in jedem Fall zu einer abhängigen Beschäftigung, deren Vorliegen werde jedoch nur in begrenzten Einzelfällen zu verneinen sein. Als Abgrenzungskriterien sei u.a. auch zu berücksichtigen, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden sei, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuer unterliege, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt werde. Die Tatsache, dass bei Beschäftigungsverhältnissen unter Familienmitgliedern das Direktionsrecht des Arbeitgebers weniger stark ausgeübt werde, stehe der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich nicht entgegen. Hiervon ausgehend sei die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1 als Beschäftigungsverhältnis zu beurteilen. Dass dem Kläger nach seinem Vortrag keine Weisungen hinsichtlich der Gestaltung und Ausführung der Arbeit, Arbeitszeit und Ort erteilt würden, spreche bei Diensten höherer Art, wie sie vom Kläger zweifellos verrichtet würden, sowie auch unter Berücksichtigung der familiären Beziehungen aus den dargelegten Gründen nicht zwingend für die Selbstständigkeit. Auch wenn von der Darstellung in der Erklärung der anderen Geschäftsführer auszugehen sei, wonach der Kläger aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse im Wesentlichen die Entscheidungen hinsichtlich Investitionsvorhaben treffe und mit allen wichtigen Kunden und den Banken verhandle, die Gespräche mit dem Steuerberater führe und die Bilanzen vorbereite, sei dies für sich genommen nicht geeignet, die grundsätzliche Fremdbestimmtheit seiner Tätigkeit in Zweifel zu ziehen. Das Vorhandensein besonderen Fachwissens sei bei Diensten höherer Art, insbesondere bei Führungspositionen, grundsätzliche Eignungsvoraussetzung. Es sei als Regel- und nicht als Ausnahmefall anzutreffen. Einen Tatbestand, aufgrund dessen der Auftraggeber gehindert wäre, die ihm rechtlich zustehende Bindung an seine Vorgaben durchzusetzen, könne die beim Auftragnehmer vorhandene spezielle Qualifikation allein grundsätzlich nicht begründen. Auch die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens ([§ 181 BGB](#)) sei nicht ausreichend, um die Tätigkeit eines Geschäftsführers als selbstständige zu qualifizieren. Wesentlich sei vorliegend die bei der Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigende Rechtsmacht der Gesellschafterin, auch wenn diese nicht ausgeübt werden sollte. Nach dem "Anstellungsvertrag" bedürfe der Geschäftsführer für wesentliche Geschäfte der ausdrücklichen Einwilligung der Gesellschafterversammlung (§ 3). Er sei verpflichtet, seine gesamte Arbeitskraft der Beigeladenen zur Verfügung zu stellen (§ 2 Abs. 1). Hierfür erhalte er - wie für Arbeitnehmer typisch - eine feste Vergütung (§ 5 Abs. 1). Er habe - wie für Arbeitnehmer typisch - einen Anspruch auf Jahresurlaub (§ 7 Abs. 1). Der Kläger

trage auch kein Unternehmerrisiko. Er habe keinen Anteil am Gesellschaftskapital und hafte nicht für Unternehmensschulden. Dagegen spreche auch nicht das von ihm der Beigeladenen zu 1 gewährte Darlehen. Die Darlehensgewährung sei nämlich mit einem Rückzahlungsanspruch verbunden. Der Umstand, dass er ihm zustehende Vermögenswerte nicht als eigenes Kapital in das Unternehmen einbringe, sondern lediglich als Darlehen zur Verfügung stelle, spreche eher gegen als für eine unternehmerische Tätigkeit im Betrieb der Beigeladenen.

Gegen dieses dem Kläger am 16.10.2010 zugestellte Urteil hat dieser am 29.10.2010 Berufung beim Landessozialgericht eingelegt und zur Begründung auf die Klagebegründung Bezug genommen. Es könne nicht nachvollzogen werden, dass trotz seiner Dominanz in der GmbH keine versicherungsfreie Beschäftigung vorliegen solle.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 26.08.2010 und den Bescheid vom 06.07.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.01.2010 aufzuheben sowie die Beklagte zu verpflichten, den Bescheid vom 10.11.2008 zurückzunehmen und festzustellen, dass keine Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung besteht.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend und den angefochtenen Bescheid für rechtmäßig.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und sich im Berufungsverfahren nicht geäußert.

Mit Bescheid vom 29.04.2011 hat die Beklagte über die Sozialversicherungspflicht des Klägers für die Zeit ab 01.09.2010 entschieden und festgestellt, dass weiterhin Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung vorliegt. Dieser Bescheid ist Gegenstand eines eigenständigen Widerspruchsverfahrens.

Der Senat hat die Beteiligten mit Verfügungen vom 18.11.2010 und 04.08.2011 darauf hingewiesen, dass er die Berufung gem. [§ 153 Abs. 4 SGG](#) durch Beschluss zurückweisen kann, wenn er sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält., und diese Verfahrensweise beabsichtigt sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten, des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

II.

Der Senat weist die Berufung des Klägers gemäß [§ 153 Abs. 4 SGG](#) durch Beschluss zurück, weil er sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält.

Die gemäß den [§§ 143, 144, 151 SGG](#) statthafte und auch sonst zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 06.07.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.01.2010 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Denn er hat keinen Anspruch auf Rücknahme der Entscheidung vom 10.11.2008.

Ausgangspunkt der Prüfung ist [§ 44 Abs. 1 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X). Nach [§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit bei dessen Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht nicht erhoben worden sind. Im Übrigen ist ein rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen. Er kann auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden (Abs. 2 Satz 1 und 2).

Ein Anspruch auf Rücknahme (bzw. für die Vergangenheit auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Rücknahme) des Bescheids vom 10.11.2008 besteht danach nicht. Für die Zeit ab 01.09.2010 ergibt sich dies bereits daraus, dass diese Entscheidung durch den Bescheid vom 29.04.2011 ab dem 01.09.2010 ersetzt worden ist. Auch für die Zeit vom 27.10.2005 bis zum 31.08.2010 ergibt sich kein Anspruch auf Rücknahme, weil der Bescheid vom 10.11.2008 materiell rechtmäßig ist.

Für den Anspruch auf Rücknahme kommt es zunächst - entgegen der Ansicht des Klägers im Schreiben an die Beklagte vom 23.01.2009 - nicht darauf an, ob vor Erlass dieses Bescheids eine Anhörung erfolgt ist und ob eine solche hätte erfolgen müssen. Denn unabhängig davon scheidet die Rücknahme des Statusfeststellungsbescheids daran, dass dieser materiell rechtmäßig ist. Wie das Bundessozialgericht (vgl. BSG [SozR 5870 § 2 Nr. 44](#) Bl. 149; [SozR 1300 § 44 Nr. 38](#); ebenso im Grundsatz BSG, Urteil vom 08.03.1995 - [9 RV 7/93](#) -; BSG, Urteil vom 30.09.1996 - [10 RKg 20/95](#) -), der 13. Senat (Urteil vom 30. August 1994 - [L 13 V 1814/93](#) - in Breithaupt 1995, 428, 435 f.) und auch der erkennende Senat des Landessozialgerichts Baden-Württemberg (Breithaupt 1996, 331 ff.) entschieden haben, dient das Zugunstenverfahren nach [§ 44 SGB X](#) ausschließlich der materiellen Gerechtigkeit. Dementsprechend kann sich der Betroffene auf die bloße fehlende Anhörung nach [§ 24 SGB X](#) vor Erlass des Bescheids im Verfahren nach [§ 44 SGB X](#) nicht berufen. Denn [§ 24 SGB X](#) gehört zu den vertrauensschützenden Normen des Verfahrensrechts, so dass Verstöße dagegen im Verfahren nach [§ 44 SGB X](#) nicht zu korrigieren sind (vgl. BSG [SozR 1200 § 34 Nr. 18](#); Steinwedel in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht [§ 44 SGB X](#) Rdnr. 32); abgesehen davon kann ein Betroffener wie der Kläger sich auf eine Verletzung der Anhörungspflicht nicht berufen, wenn er trotz eines etwaigen Anhörungsmangels gegen den im Bescheid getroffenen Rechtseingriff nicht den vorgesehenen Rechtsbehelf des Widerspruchs ergreift, den Bescheid also bestandskräftig werden lässt und damit der Beklagten die Möglichkeit einer heilenden Nachholung des Anhörungsmangels versperrt.

Die Beklagte hat im Bescheid vom 10.11.2008 den Status des Klägers geprüft und festgestellt, dass der Kläger in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung auf Grund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war. Die Beklagte war für diese Entscheidung zuständig. Zuständig für die Feststellung der Versicherungspflicht ist nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) die Einzugsstelle. Diese Zuständigkeit wird nicht durch das Anfrageverfahren verdrängt. Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl I, 2000, 2) nach Maßgabe von Art. 3

Abs. 1 dieses Gesetzes eingefügten Anfrageverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der "Statusfrage" erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drucks 14/1855, S 6](#)). Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten hierzu grundsätzlich schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen DRV Bund beantragen. Seit dem 01.01.2005 ist die Einzugsstelle zur Antragstellung außerdem stets verpflichtet, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der "Beschäftigte" Ehegatte/Lebenspartner des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH ist ([§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)).

Dieses obligatorische Anfrageverfahren ist hier durch die Anmeldung der Beschäftigung des Klägers nicht ausgelöst worden. Denn aus der Meldung zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses des Klägers bei der Beigeladenen im Jahre 1998 ging das Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Gesellschafterin und dem Kläger nicht hervor. Zum damaligen Zeitpunkt enthielt der zur Anmeldung zu verwendende Datensatz bzw. Vordruck die Abfrage zum "Statuskennzeichen" nach [§ 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1d SGB IV](#) noch nicht, da der Arbeitgeber zunächst ab 01.01.2005 nach [§ 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1d](#) und e SGB IV der Einzugsstelle bei der Anmeldung zusätzlich anzugeben hatte, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte oder Lebenspartner besteht bzw. ob es sich um eine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) handelt. Erst durch das Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 19.12.2007 ([BGBl. I S. 3024](#)) wurde mit Wirkung zum 01.01.2008 die Meldepflicht nach [§ 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1d SGB IV](#) und das obligatorische Statusfeststellungsverfahren auf mitarbeitende Abkömmlinge ausgedehnt. Der Senat folgt nicht der Ansicht, dass bereits dann, wenn sich aus dem "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen" ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH ist, die Einzugsstelle nach [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) zwingend eine Statusfeststellung herbeiführen muss (Urteil des Senats vom 16.06.2010 - [L 5 KR 5179/08](#) -; a.A. Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 09.12.2009 - [L 1 KR 210/08](#) -, jeweils veröffentlicht in Juris).

Der Bescheid vom 18.11.2008 erfüllt die Anforderungen an eine Statusfeststellung und die darin getroffene Feststellung, dass der Kläger seine Tätigkeit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausübt, die die Sozialversicherungspflicht in der Kranken- und Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung begründet hat, ist rechtmäßig. In den Jahren ab 2005 unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung; [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung; [§ 25 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung) und in der Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Soziale Pflegeversicherung) der Versicherungs- und Beitragspflicht. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) in der ab 1. Januar 1999 geltenden Fassung. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers ([BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1](#); [BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#); [BSG, Urteil vom 24.01.2007 - B 12 KR 31/06 R](#) -, veröffentlicht in Juris). [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) bestimmt dementsprechend, dass Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind. Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (siehe zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich dabei 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.

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das BSG dementsprechend regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben ([BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Vergleichbares gilt auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch nicht über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile verfügen. 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 Einzelfalls den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor ([BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 - B 11a AL 5/06 R](#) -, m.w.N. veröffentlicht in Juris). Der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer gehört nach der Rechtsprechung des BSG danach nicht zu den in abhängiger Beschäftigung stehenden Personen, wenn er kraft seiner Gesellschaftsrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der Geschäftsführer über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt. Aber auch bei einem geringeren Kapitalanteil kann die Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall fehlen. So ist eine abhängige Beschäftigung grundsätzlich zu verneinen, wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügt und damit ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft verhindern kann (vgl. [BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#) m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen war der Kläger im maßgeblichen Zeitraum abhängig beschäftigt. Die durch das Sozialgericht vorgenommene Abwägung ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung nicht zu beanstanden. Auf sie verweist der Senat gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#).

Zu ergänzen und hervorzuheben ist Folgendes. Der Kläger hatte keine Stellung als Gesellschafter, die seine Unabhängigkeit begründen könnte, da er überhaupt nicht Gesellschafter der Beigeladenen zu 1 war. Der Anstellungsvertrag enthält die üblichen Regelungen z.B. hinsichtlich eines regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelts (3.500,00 EUR), des Urlaubs (30 Arbeitstage) und den Kündigungsfristen (drei Monate zum Quartal). Als Geschäftsführer hatte der Kläger auch kein unternehmerisches Risiko übernommen. Der Kläger wird auch wegen der Gewährung eines Darlehens über 10.000,00 EUR nicht zum Mitunternehmer. Abgesehen davon, dass hierzu nichts Näheres dargetan ist, erwächst ihm daraus ein Unternehmerrisiko nicht, zumal das Ausfallrisiko des Darlehensgebers dem Risiko nicht gleichgestellt werden kann, das der Unternehmer mit dem Einsatz von Wagniskapital eingeht.

Dass er den Betrieb verantwortlich geleitet hat, unterscheidet ihn nicht von anderen, in der Regel als leitende Angestellte abhängig beschäftigten Geschäftsführern. Entsprechendes gilt hinsichtlich seiner Fachkenntnisse und Branchenkenntnisse, die er auch als abhängig beschäftigter Geschäftsführer benötigt. Fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten machen nicht jeden Geschäftsführer zu einem Unternehmer. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 18](#)). Der Kläger hatte keine eigene Betriebsstätte, war organisatorisch in den Betrieb, in dem er entscheidende Funktionen ausübte, eingegliedert und konnte über seine Arbeitskraft nicht anderweitig verfügen, auch wenn er über seine Arbeitszeit unter Berücksichtigung der betrieblichen Notwendigkeiten, aber im Übrigen weitgehend frei disponieren konnte. Er erhielt auch einen im Hinblick auf die Größe des Betriebs angemessenen Lohn.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich aus den tatsächlichen Modalitäten der Tätigkeit des Klägers keine durchgreifenden Anhaltspunkte für eine selbständige Tätigkeit. 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 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, Urteile vom 08.08.1990 - [11 RAr 77/89](#) - und vom 08.12.1994 - [11 RAr 49/94](#) - jeweils veröffentlicht in Juris). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -, veröffentlicht in Juris). Die Aufnahme eines faktischen Gesellschafters in eine Gesellschaft ist aber nicht möglich, die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages und die Entscheidungsbefugnisse der Gesellschafter sind insoweit bindend. Die atypische Ausgestaltung einer Geschäftsführung (oder Betriebsleitung) als selbständige Tätigkeit könnte angenommen werden, wenn der Geschäftsführer bzw. Betriebsleiter der alleinige Fachmann ist, der fachmännische Ratschläge erteilen und in dieser Hinsicht die Unternehmensleitung beeinflussen kann. Nur dann, wenn er aufgrund dieser Stellung die Geschicke der GmbH insgesamt leitet, die Verfügungsgewalt über die eigene Arbeitskraft besitzt und die Möglichkeit hat, frei über Art, Ort und Zeit der von ihm zu leistenden Arbeit zu verfügen und die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann und führt, ohne dass ihn die Alleingesellschafterin weisend beeinflusst oder gar daran hindert, fehlt es an der für eine beitragspflichtige Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit (BSG, Urteil vom 11.01.1989 - [7 RAr 8/87](#) -, veröffentlicht in Juris). So liegen die Verhältnisse hier eindeutig nicht. Die Mutter des Klägers verfügt als Alleingesellschafterin und Mitgeschäftsführerin über eine kaufmännische Ausbildung, die Schwester als weitere Geschäftsführerin hat ein Studium im Garten- und Landschaftsbau absolviert. Dem Vortrag nach handelt es sich um ein Familienunternehmen, in dem der Kläger vor allem den Bereich Kundenkontakte, Investition, Finanzierung und Bilanzen alleinverantwortlich leitet. Nach der von ihnen gemeinsam unterschriebenen Erklärung vom 02.03.2009 ist die Mutter, die nach dem Tod des Vaters des Klägers im Jahr 2004 das Unternehmen weitergeführt, für den Bereich Rechnungswesen verantwortlich und die Schwester für Planung und Gestaltung von Garten- und Landschaftsbau. Damit ist es ausgeschlossen, dass der Kläger wie ein Alleininhaber schaltet und waltet.

Der Kläger war auch gegen Arbeitsentgelt ([§ 14 SGB IV](#)) und nicht nur geringfügig beschäftigt, was nach den obigen Darlegungen zum Arbeitsentgelt und zur Arbeitszeit keiner weiteren Erörterung bedarf. Er war damit in der Renten- und Arbeitslosenversicherung und auch in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie in der sozialen Pflegeversicherung versicherungspflichtig. Die Jahresarbeitsentgeltgrenze ab dem Jahr 2005 überschritt er mit seinem monatlichen Einkommen in Höhe von 3.500 EUR nicht.

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

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-11-10