

## L 4 KR 3725/11

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Karlsruhe (BWB)  
Aktenzeichen  
S 3 KR 5332/08  
Datum  
28.07.2011  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 KR 3725/11  
Datum  
22.03.2013  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Der nicht an einer GmbH beteiligte Geschäftsführer ist nicht als selbstständig Tätiger anzusehen, weil ihm nach seinem Anstellungsvertrag gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung in bestimmten Fällen ein "Vetorecht" zusteht, er der GmbH Darlehen gewährt sowie er die in seinem Eigentum befindlichen Betriebsgrundstücke an die GmbH verpachtet.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 28. Juli 2011 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten beider Rechtszüge sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger seit 1. Juni 1995 bei der Beigeladenen zu 2) sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Gegenstand des durch Gesellschaftsvertrag vom 9. Juni 1995 gegründeten Unternehmens der zu 2) beigeladenen GmbH war der Verkauf und Vertrieb von Neu- und Gebrauchtfahrzeugen sowie der Betrieb einer KFZ-Reparaturwerkstatt (Handelsregisterauszug des Amtsgerichts Stuttgart vom 20. Juni 1995 - HRB.). Gesellschafter der zu 2) beigeladenen GmbH mit einem Stammkapital von DM 50.000,00 waren der Bruder des Klägers, K. K., sowie die Mutter, Berta K., zu jeweils 50 vom Hundert. Diese wurden als Geschäftsführer bestellt. Mit Gesellschaftsvertrag vom 5. September 2001 (Handelsregisterauszug des Amtsgerichts Stuttgart vom 10. Oktober 2001 - HRB.) wurde der Gegenstand des Unternehmens um den Handel mit Ersatzteilen erweitert und das Stammkapital auf EUR 30.000,00 erhöht. Gesellschafter der zu 2) beigeladenen GmbH sind seither mit einem Anteil von EUR 21.000,00 der Bruder des Klägers, K. K., sowie M. S. (als Treuhänder für die Treugeberin B. K., siehe hierzu Treuhandvertrag) mit einem Gesellschaftsanteil von EUR 9.000,00. Als Geschäftsführer blieben weiterhin die Mutter (bis 30. Juni 2007) und der Bruder des Klägers bestellt. Die Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Sie haben nach § 11 des Gesellschaftsvertrags den Jahresabschluss innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist nach dem Ende eines Geschäftsjahres aufzustellen und sämtlichen Gesellschaftern mitzuteilen. Über die Gewinnverwendung beschließt die Gesellschafterversammlung. Die Geschäftsführer haben die Genehmigung der Gesellschafterversammlung mit 75 vom Hundert der Stimmen zur Vornahme u. a. folgender Geschäfte einzuholen: Veräußerung des Unternehmens im Ganzen oder von wesentlichen Teil, Aufnahme eines neuen Geschäftszweigs, Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen, Investitionen über einem Einzelbetrag von EUR 15.000,00, Gewährung von Darlehen von mehr als EUR 10.000,00, Übernahme von Bürgschaften von mehr als EUR 10.000,00, Abschluss und Aufhebung von Anstellungsverträgen mit einem Jahresbetrag von über EUR 40.000,00 sowie Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die außerhalb des normalen Geschäftsbetriebs liegen und nicht von untergeordneter Bedeutung sind (§ 10 des Gesellschaftsvertrags). Darüber hinaus steht der Gesellschafterversammlung das Recht nach § 10 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags zu, für den Geschäftsbetrieb allgemeine oder besondere Weisungen zu erteilen, zu deren Einhaltung die Geschäftsführer verpflichtet sind.

Der 1968 geborene Kläger ist ausgebildeter Diplom-Ingenieur für Fahrzeugtechnik. Nach seinem 1992 beendeten Studium war er zunächst im dem als Einzelhandelsunternehmen geführten KFZ-Betrieb seines Vaters beschäftigt. Nach dessen Konkurs wurde im Jahr 1995 die Beigeladene zu 2) gegründet. Der Kläger erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 6. März 1995 von seinem Vater zu einem Kaufpreis von DM 2.300.000,00 das Betriebsgrundstück. Ausweislich des zwischen der Beigeladenen zu 2) und dem Kläger am 31. Mai 1995 geschlossenen Anstellungsvertrag war der Kläger Verkaufsleiter und gleichberechtigter stellvertretender Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2) (§ 1 des Anstellungsvertrags) mit einem monatlichen Bruttogehalt von DM 5.250,00 (§ 2 des Anstellungsvertrags). Ferner hatte der Kläger nach § 2 Abs. 4 des Vertrags einen Anspruch auf jährliche Tantieme in Form einer Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft. Desweiteren wurde ihm ein Geschäftswagen, den er auch für private Zwecke nutzen konnte zur Verfügung gestellt (§ 3 Abs. 1 des Anstellungsvertrags). Vereinbart wurden zudem Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Wochen (§ 4 Abs. 1 des Anstellungsvertrags),

Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen (§ 5 des Anstellungsvertrags) sowie die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) (§ 7 des Anstellungsvertrags). § 6 Abs. 3 des Vertrags räumte der Beigeladenen zu 2) eine Kündigung lediglich dann ein, wenn der Kläger die Gesellschaft wirtschaftlich schädigte oder grobfahrlässig handelte. Zudem enthielt § 7 Abs. 3 des Anstellungsvertrags folgende Regelung: "Die Beschlüsse der Gesellschaft und deren Gesellschafter kann Herr K. durch Einspruch/Veto schriftlich verhindern. Entscheidende Einflüsse auf die Geschichte der GmbH sollen so erhalten bleiben." Am 30. September 2001 schloss die Beigeladene zu 2) mit dem Kläger einen "Verkaufsleiter-Anstellungsvertrag (stellvertretender Geschäftsführer)", in dem das monatliche Bruttogehalt auf DM 10.000,00 erhöht, die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation sowie eine bis zur Höhe von 15 vom Hundert des Jahresertrags der Gesellschaft zu zahlende Tantieme vereinbart wurde (§ 6 des Vertrags). Ferner sagte die Gesellschaft als betriebliche Altersvorsorge nach § 6 des Vertrags bei Bedarf den Abschluss einer Direktversicherung zu. Im Krankheitsfall oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung bleibt der Gehaltsanspruch für die Dauer von drei Monaten bestehen (§ 6 Nr. 4 des Vertrages). Der Anspruch des Klägers auf bezahlten Urlaub beträgt 30 Arbeitstage im Jahr (§ 9 des Vertrages). § 12 des "Verkaufsleiter-Anstellungsvertrag (stellvertretender Geschäftsführer)" enthält folgende Regelung: "Der Verkaufsleiter wohnt bei Beschlüssen der Gesellschaft bei. Er hat das Recht, die Beschlüsse der Gesellschaft zu verhindern, indem er dem gefassten Gesellschafterbeschluss schriftlich widerspricht. Dies gilt insbesondere für Beschlüsse, die sein Arbeitsverhältnis benachteiligen würden. Eine Zustimmung ist automatisch erfolgt, wenn kein Widerspruch erfolgt."

Seit 1. Juni 1995 ist der Kläger zur Renten- und Arbeitslosenversicherung gemeldet. Bis zum 31. Dezember 2000 war er versicherungspflichtiges Mitglied der Beklagten; seither ist er wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze privat kranken- und pflegeversichert.

Im Januar 2007 beantragte der Kläger bei der Beklagten die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Tätigkeit. Zur Begründung führte er aus, seit 1. Juni 1995 als Geschäftsführer (Verkaufsleiter) bei der Beigeladenen zu 2) nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu stehen und damit eine sozialversicherungsfreie Tätigkeit auszuüben. Die Betriebsgrundstücke, auf denen sich die Betriebsgebäude befänden, stünden in seinem Alleineigentum und würden an die Beigeladene zu 2) verpachtet. Diese Vertragsgestaltung sei im Sinne einer Betriebsaufspaltung aus steuerlichen Gründen gewählt worden. Bei der Leitung der Beigeladenen zu 2) habe er die gleichen Mitspracherechte wie die Gesellschafter. Seine Tätigkeit sei aufgrund von familienhafter Rücksichtnahme durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu den Gesellschaftern geprägt. Dabei werde die fehlende Gesellschafterstellung auf der Entscheidungsebene vollständig kompensiert; sämtliche Gesellschafterbeschlüsse erfolgten in Abstimmung mit ihm. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit gehe mit bis zu 73 Stunden weit über das Maß hinaus, das ein Arbeitnehmer leiste. Er leite die Beigeladene zu 2) selbstständig, eigenverantwortlich und weisungsfrei. Aufgrund seiner starken Firmeninvolvierung sei er maßgeblich an strategischen Entscheidungsprozessen beteiligt. Darüber hinaus habe er die alleinige Personalverantwortung für die Beigeladene zu 2). Auch leite er die Verhandlungen mit Banken, insbesondere im Bereich des Leasinggeschäfts, das den bedeutendsten Teil des Geschäftsfelds bilde. Für die Beigeladene zu 2) habe er Darlehen in Höhe von über EUR 400.000,00 übernommen, weshalb von einem maßgeblichen Unternehmerrisiko auszugehen sei.

Im Rahmen der anschließend durchgeführten Anhörung legte der Kläger dar, aus der mangelnden Beteiligung am Unternehmen sei nicht der Schluss zu ziehen, dass er abhängig beschäftigt sei. Es habe kein Wille bestanden, die Tätigkeit versicherungspflichtig zu gestalten. Vielmehr sei Hintergrund der gewählten Betriebsstruktur ausschließlich die gewollte Betriebsaufspaltung, die lediglich aus steuerlichen Gründen gewählt worden sei. Die Beigeladene zu 2) werde gleichberechtigt durch ihn, seinen Bruder und seine Mutter geführt. Es habe zwischen ihnen seit jeher die Vereinbarung bestanden, dass jedem ein Vetorecht bei wichtigen Entscheidungen zustehe. Insoweit führten Berta und K. K. in ihrer Stellungnahme vom 15. Februar 2008 gegenüber der Beklagten aus, der Kläger habe ursprünglich ebenfalls Gesellschafter werden sollen, da er für die Leitung des Unternehmens maßgebliches Know-how habe. Die gewählte Betriebsstruktur beruhe auf einer Empfehlung des Steuerberaters, der aus steuerlichen Gründen hiervon abgeraten habe. Daher bestehe seit Gründung der Beigeladenen zu 2) die Vereinbarung zwischen ihnen als Gesellschafter und dem Kläger, dass Beschlüsse, insbesondere Entscheidungen strategischer Natur, die für die Beigeladene zu 2) von Bedeutung seien, lediglich einstimmig bzw. mit Zustimmung des Klägers gefasst würden.

Mit Schreiben vom 5. September 2007 teilte die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg auf Anfrage der Beklagten mit, der Kläger stehe bei der Beigeladenen zu 2) in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, das Sozialversicherungspflicht begründe. Der Kläger sei weder Gesellschafter-Geschäftsführer noch als mithelfender Familienangehöriger tätig, sondern vielmehr als leitender Angestellter ohne Geschäftsführungsbefugnis. Damit habe er keine Möglichkeit, wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungen der Beigeladenen zu 2) zu nehmen. Ein Antrag auf Erstattung von Rentenversicherungsbeiträgen müsse abgelehnt werden.

Mit Bescheid vom 23. Juli 2008 stellte die Beklagte gegenüber dem Kläger fest, bei der vom Kläger für die Beigeladene zu 2) ausgeübten Tätigkeit handele es sich um ein abhängiges sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies der Widerspruchsausschuss der Beklagten mit Widerspruchsbescheid vom 13. November 2008 zurück. Im Zeitraum vom 1. Juni 1995 bis 31. Dezember 2000 habe für den Kläger aufgrund seiner Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 2) Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung bestanden; seither sei er wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze privat kranken- und pflegeversichert. Ab 1. Juni 1995 bestehe für den Kläger Sozialversicherungspflicht in der Arbeitslosen- und Rentenversicherung. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung sprächen die überwiegenden Merkmale für eine versicherungspflichtige Beschäftigung. Der Kläger erhalte ein Gehalt (von zuletzt EUR 5.000,00), das steuerlich als Lohn und Gehalt verbucht werde. Er habe Vergünstigungen für Arbeitnehmer in Anspruch genommen. Bei keiner der seit 1995 durch die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg durchgeführten Betriebsprüfungen sei die versicherungsrechtliche Beurteilung des Klägers als abhängig Beschäftigter beanstandet worden. Im Ergebnis trage der Kläger kein Unternehmerrisiko. Die Vermietung des Betriebsgrundstücks an die Beigeladene zu 2) spreche gegen eine Mitunternehmerschaft, da die Grundstücke gerade nicht in das Unternehmen eingebracht worden seien. Eine Haftung des Klägers für die Beigeladene zu 2) scheide in Ermangelung einer Beteiligung am Stammkapital und der fehlenden Geschäftsführung aus. Die Meldungen zur Sozialversicherung seien offensichtlich sowohl von der Beigeladenen zu 2) als auch vom Kläger gewollt gewesen.

Hiergegen erhob der Kläger am 3. Dezember 2008 Klage beim Sozialgericht Karlsruhe (SG). Unter Wiederholung seines bisherigen Vortrags trug er ergänzend vor, die Beigeladene zu 2) sei in einem wesentlichen Punkt von ihm abhängig. Durch das Eigentum am Betriebsgrundstück habe er es in der Hand, dem Unternehmen jederzeit die betriebliche Grundlage zu entziehen. Ferner erhalte er keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Im Übrigen hätte und habe er jederzeit aufgrund wirtschaftlicher Belange zugunsten der Beigeladenen zu

2) auf sein Gehalt verzichtet oder Kürzungen hingenommen. Dies ergebe sich aus einer beigefügten Gehaltsaufstellung. Letztlich habe er der Beigeladenen zu 2) beträchtliche Teile seines Privatvermögens von zuletzt ca. EUR 400.000,00 (2005) in Form von Darlehen zur Verfügung gestellt. Zwar habe er hieraus jährlich ca. EUR 8.000,00 Zinserträge erzielt, zeitgleich aber zur Refinanzierung über EUR 10.000,00 Kreditzinsen aufwenden müssen. Gleichzeitig legte er Eheverträge und Erbverträge von sich und seinem Bruder K. mit den jeweiligen Ehepartnern vor (vom 28. September 2001 und 16. April 2003), in denen u.a. jeweils der andere Bruder sowie die Mutter Berta K. je zur Hälfte als Vermächtnisnehmer eingesetzt wurden. Das Vermächtnis des Klägers betraf das Betriebsgebäude sowie das dazugehörige Grundstück, das des Bruders den Geschäftsanteil an der Beigeladenen zu 2) in Höhe von EUR 21.000,00. Zur Finanzierung des Betriebsgrundstücks 1995 habe er DM 800.000,00 von der Sparkassenversicherung, DM 1.200.000,00 von der Kreissparkasse und DM 300.000,00 als Privatdarlehen aus der Verwandtschaft zur Verfügung gestellt bekommen. Das Darlehen von EUR 371.000,00 (Stand Dezember 2010) sei nicht abgesichert. Nach Information des Steuerberaters Kö. vom 4. März 2011 habe er zugunsten der kreditgebenden Bank als Sicherheit hierfür eine Grundschuld eintragen lassen müssen.

Die Beklagte trat der Klage unter Verweisung auf ihre Ausführungen im angefochtenen Widerspruchsbescheid entgegen. Allein die Gesellschafter hätten die Rechtsmacht, Entscheidungen im eigenen Interesse zu treffen. Im Übrigen lägen keine rechtlichen Gründe vor, rückwirkend in das jahrelang mit Billigung aller Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen. Aus den ihr übermittelten Jahresentgelten von zuletzt 2010 EUR 45.919,00 sei ersichtlich, dass der Kläger ein angemessenes Gehalt für seine Tätigkeit erhalte. In Anbetracht der Wirtschaftskrise sei der vorgetragene Lohnverzicht - auch bei angestellten Mitarbeiter - nicht ungewöhnlich und durchaus üblich.

Das SG lud durch Beschluss vom 26. Oktober 2010 die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg und die Beigeladene zu 2) zum Verfahren bei. Mit Beschluss vom 23. November 2010 erfolgte an Stelle der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg die Beiladung der Deutschen Rentenversicherung Bund als Beigeladene zu 1).

Die Beigeladene zu 1) führte aus, auch § 12 des "Verkaufsleiter-Anstellungsvertrag (stellvertretender Geschäftsführer)" ändere an der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung als abhängige Beschäftigung nichts. Denn die Regelung, die dem Kläger das Recht einräume, die Beschlüsse der Gesellschaft zu verhindern, sei nicht mit § 45 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) vereinbar. Danach bestimme der Gesellschaftsvertrag die Rechte, die den Gesellschaftern zustünden. Beschlüsse könnten nach [§ 46 GmbHG](#) ausschließlich von den Gesellschaftern gefasst werden. Dies umfasse auch die Verhinderung von Beschlüssen.

Nachdem das SG im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Bundesagentur für Arbeit als Beigeladene zu 3) durch Beschluss vom 28. Juli 2011 beilud und den Kläger anhörte, hob es mit Urteil vom 28. Juli 2011 den Bescheid der Beklagten vom 23. Juli 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13. November 2008 auf und stellte fest, dass der Kläger ab 1. Juni 1995 in seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 2) nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Hierfür spreche die Möglichkeit der Einflussnahme des Klägers auf die Beschlüsse der Beigeladenen zu 2) über die vertraglichen Regelungen in den Anstellungsverträgen von 1995 und 2001. Dem Kläger seien damit ungeachtet des nicht abgeänderten Gesellschaftsvertrags Rechtspositionen eingeräumt worden, die ihn, ohne Gesellschafter zu sein, berechtigten, innerhalb der Familien-GmbH gleichberechtigt mit den Gesellschaftern zu agieren. Eine Eingliederung in den Betrieb sowie eine Tätigkeit nach Weisung liege damit nicht vor. Das Unternehmerrisiko bestehe aufgrund der nicht gesicherten Darlehensgewährung an die Beigeladene zu 2) in erheblichem Umfang. Auch die Verpachtung wesentlicher Betriebsbestandteile an die Beigeladene zu 2) und der damit verbundene Grundstückserwerb in Höhe von DM 2.300.000,00 bereits 1995, als nach Gründung der Beigeladenen zu 2) die wirtschaftlichen Risiken nicht unerheblich gewesen seien, sei ein wesentliches Indiz gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung.

Gegen das ihr am 15. August 2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 30. August 2011 Berufung eingelegt. Das SG verkenne, dass für die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht die dem Betroffenen tatsächlich zustehende Rechtsmacht maßgeblich sei. Diese bleibe trotz der dem Kläger eingeräumten vertraglichen Rechte bei den Gesellschaftern der Beigeladenen zu 2). Auch sei der Kläger kein Geschäftsführer, der im Rahmen der Geschäftsführerhaftung für seine Entscheidungen belangt werden könne. Außerdem werde der Kläger als Verkaufsleiter aufgrund seiner familiären Gebundenheit in die Geschäftsentscheidungen einbezogen und habe ein gesteigertes Interesse am Erfolg des Unternehmens; allerdings bleibe das Haftungsrisiko beim Gesellschafter-Geschäftsführer, weswegen von einem Unternehmerrisiko nicht ausgegangen werden könne. Auch aus der Verpachtung des Betriebsgeländes und der Gewährung von Darlehen an die Beigeladene zu 2) ergebe sich nichts anderes. Unerheblich seien auch die steuerrechtlichen Erwägungen, die zu der gewählten vertraglichen Konstruktion geführt hätten.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 28. Juli 2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er teilt mit, die Beigeladene zu 2) habe eine Firmendirektversicherung zu seinen Gunsten abgeschlossen. Er trägt über sein bisheriges Vorbringen hinaus vor, das SG sei zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, er habe aufgrund seiner tatsächlichen Stellung im Familienunternehmen nicht in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Aufgrund seiner Leitungspositionen und seiner familiären Beziehungen führe er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Beigeladenen zu 2) nach eigenem Gutdünken. Zu berücksichtigen sei, dass er zusätzlich zu dem ursprünglich erworbenen Grundstück noch im Jahr 2007 ein weiteres Betriebsgrundstück für EUR 442.000,00 gekauft und damit sein Unternehmerrisiko erhöht habe. Damit habe er es in der Hand, der Beigeladenen zu 2) jederzeit die Geschäftsgrundlage zu entziehen, was für die wesentliche tatsächliche Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft spreche. Insbesondere mache auch die Höhe der eingegangenen Darlehensverpflichtungen ein erhebliches Unternehmerrisiko deutlich. Kraft seiner herausragenden Position im Unternehmen könne er entgegen der Behauptung der Beklagten auch ohne formelle Geschäftsführereigenschaft im Rahmen seiner Anscheinsvollmacht belangt werden. Letztlich gehe die Kündigungsmöglichkeit seines Anstellungsvertrags bei grob fahrlässigem Verhalten wegen der beherrschenden Stellung infolge des Eigentums am

Betriebsgrundstück ins Leere.

Mit Beschluss vom 18. März 2013 hat der Senat die bei der Beklagten errichtete Pflegekasse zum Verfahren als Beigeladene zu 4) beigeladen.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 2) hat sich den Ausführungen des Klägers angeschlossen.

Die Beigeladene zu 4) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 28. Juli 2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die übrigen Beigeladenen haben keine Anträge gestellt. Die Beigeladenen zu 1) und 4) haben sich den Ausführungen der Beklagten angeschlossen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten 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. Das SG hat der kombinierten Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§§ 54 Abs. 1, 55 Abs. 1 SGG](#)) zu Unrecht stattgegeben. Der Bescheid der Beklagten vom 23. Juli 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13. November 2008 ([§ 95 SGG](#)) ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 2) seit dem 1. Juni 1995 abhängig beschäftigt ist und deshalb der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung ab 1. Juni 1995 unterliegt sowie der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung - wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze ab 1. Januar 2001 - im Zeitraum vom 1. Juni 1995 bis 31. Dezember 2000 unterlag.

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

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 4](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (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 1. Juni 1995 bei der Beklagten krankenversichert war. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1), die eine solche der Beklagten ausschliesse, ergibt sich hier nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 1. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I, S. 2954](#)). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 der Vorschrift zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte (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, S. 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; Lüttke in LPK-SGB IV, § 7a Rdnr. 11). In den Fällen, in denen die Tätigkeit bereits zuvor ausgeübt wurde, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#). Die Aufnahme der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 2) erfolgte bereits vor dem 30. März 2005, nämlich am 1. Juni 1995.

2. 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](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in der jeweils gültigen 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. Im Bereich der Pflegeversicherung sind ab 1. 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. 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; zum Ganzen

zuletzt BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 17, m.w.N.).

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](#)).

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 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 AR 25/86](#) -, 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](#)). Das BSG (SozR 4-2400 § 7 Nr. 17, m.w.N.) hat aber zuletzt Zweifel geäußert, ob bezogen auf das Versicherungs- und Beitragsrecht diese Rechtsprechung (weiterhin) gefolgt werden kann oder ob - wofür Einiges spricht - der aus gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben entspringenden Rechtsmacht als Teil der tatsächlichen Verhältnisse größere Bedeutung beizumessen ist. Für Letzteres spricht, dass entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer formal vorliegenden (abhängigen) Beschäftigung auch im Zusammenhang mit Familiengesellschaften die Möglichkeit ist, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden. Dies mag aufgrund familiärer Rücksichtnahme solange der Fall sein, wie das Einvernehmen der Familienmitglieder gewahrt bleibt. Im Falle eines familiären Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten käme jedoch allein die den einzelnen Familienmitgliedern zustehende Rechtsmacht zum Tragen, sodass auch nach den gelebten tatsächlichen Verhältnissen eine Weisungsunterworfenheit bestünde. Eine solche "SchönwetterSelbstständigkeit" ist mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich hinnehmbar. So hat das BSG in der Vergangenheit wiederholt darauf hingewiesen, dass es im Interesse aller Beteiligten, der Versicherten und der Versicherungsträger, liegt, die Frage der Versicherungspflicht und der Versicherungsfreiheit schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil diese nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten des Sozialleistungsträgers und die Leistungsansprüche des Betroffenen von entscheidender Bedeutung sein kann.

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 -, 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](#)).

Vor diesem Hintergrund bestimmten sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die Zeit ab 1. Juni 1995 nach dem Anstellungsvertrag vom 30. Mai 1995 und dem "Verkaufsleiter-Anstellungsvertrag (stellvertretender Geschäftsführer)" vom 30. September 2001. Unter Zugrundelegung dessen überwogen und überwogen trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 2) als Verkaufsleiter qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Nach dem Gesamtbild seiner Arbeitsleistung war und ist der Kläger, der weder Gesellschafter noch im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2) war und ist, insgesamt in diese eingegliedert.

Die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 2) wurde und wird seit 1. Januar 1995 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Der Kläger erhielt und erhält von der Beigeladenen zu 2) ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, nach der vorgelegten Aufstellung der Lohnentwicklung (Bl. 270 SG-Akte) im Jahr 2010 in Höhe von zuletzt EUR 3.900,00, entspricht jährlich EUR 46.800,00. Der Beklagten war nach deren unbestrittenen Angaben ein Arbeitsentgelt von EUR 45.919,00 für das Jahr 2010 gemeldet worden. Dass der Kläger in der Vergangenheit Tantiemen erhielt, genügt nicht, um eine abhängige Beschäftigung auszuschließen. Die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer ist nicht ungewöhnlich (BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 17). Auf die Tantiemzahlung als feste Einnahme kann und

konnte er nicht vertrauen. Maßgeblich war der feste Grundlohn. Dass die Tantieme und die Höhe derselben aufgrund der Bemessung am Gewinn der Gesellschaft letztlich auch vom persönlichen Einsatz des Klägers abhing und in der Zukunft abhängt, ändert an diesem Ergebnis nichts. Eine Jahressonderprämie neben den zustehenden festen Vergütungsbestandteilen ist nicht dem Wagniskapital eines Unternehmers gleichzusetzen (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) - a.a.O.). Das gezahlte Bruttoentgelt verbuchte und verbucht die Beigeladene zu 2) auch seit 1. Januar 1995 als Betriebsausgabe. Die Verbuchung als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist insoweit ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Zudem hatte und hat der Kläger arbeitnertypische Ansprüche auf Urlaub (§ 3 des Anstellungsvertrags, § 9 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer)) und Fortzahlung der Festbezüge bei Krankheit oder sonstiger unverschuldeter Verhinderung (§ 4 Abs. 1 des Anstellungsvertrags, § 6 Abs. 4 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer)). Es wurde und wird ihm ein Geschäftswagen, den er auch für private Zwecke nutzen kann, zur Verfügung gestellt (§ 3 Abs. 1 des Anstellungsvertrags, § 8 Abs. 3 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer)). Gleichfalls arbeitnertypisch räumte die Beigeladene zu 2) dem Kläger die Möglichkeit der Übernahme der Prämienzahlung für eine betriebliche Altersversorgung in Form einer Direktversicherung ein (§ 2 Abs. 6 des Anstellungsvertrags, § 8 Abs. 2 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer)), wovon der Kläger Gebrauch gemacht hat. Betriebliche Altersversorgung in Form einer Direktversicherung kann üblicherweise - wie auch hier - nur von Arbeitgebern für ihre Arbeitnehmer abgeschlossen werden (Senatsurteil vom 25. März 2011 - [L 4 KR 820/10](#) -, nicht veröffentlicht). Darüber hinaus wurden und werden dem Kläger seine im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit entstandenen notwendigen Kosten und Aufwendungen erstattet (§ 3 Abs. 2 des Anstellungsvertrags, § 8 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer)). Nicht außer Acht gelassen werden darf auch, dass beide Verträge aus wichtigem Grund gekündigt werden konnten und können. All dies sind arbeitnertypische Regelungen.

Für ein Beschäftigungsverhältnis spricht des Weiteren, dass der Kläger im Verhältnis zu den Gesellschaftern u.a. an Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gebunden war und ist (§ 10 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer)). Der Kläger war und ist nach § 1 der beiden Anstellungsverträgen verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags zu führen. Auch die Tatsache, dass dem Kläger gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gemäß § 7 Abs. 3 des Anstellungsvertrags und § 12 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer) in bestimmten Fällen ein "Vetorecht" zustand und zusteht, führt nicht zur Annahme der Selbstständigkeit des Klägers. Zwar hat das "Vetorecht" zur Folge, dass er, obwohl er nicht über eine Sperrminorität verfügt, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern kann, denn bei Ausübung des "Vetorechts" entfaltet der Beschluss der Gesellschafterversammlung keine Wirksamkeit. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Kläger einen Beschluss tatsächlich durchsetzen könnte. Ein Bestimmungsrecht mit Blick auf einzelne Beschlüsse steht dem Kläger damit nicht zu. Von maßgebender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang schließlich auch, dass der Kläger seine Abberufung als Verkaufsleiter nicht generell verhindern kann. Für den Fall, dass einer der in § 6 Abs. 3 des Anstellungsvertrags und § 10 Abs. 4 des Verkaufsleiter-Anstellungsvertrags (stellvertretender Geschäftsführer) genannten Fälle vorliegt, steht ihm ein "Vetorecht" gegen einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht zu. Damit hat die Beigeladene zu 2) weiterhin grundsätzlich die Möglichkeit, dem Kläger zu kündigen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil der Kläger nach seinem Vorbringen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung maßgeblich bestimmte und bestimmt. Denn die Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) hatten und haben unabhängig davon, ob sie davon Gebrauch machen oder nicht, die tatsächliche Rechtsmacht, gegebenenfalls andere Entscheidungen zu treffen und zu verlangen, dass der Kläger für bestimmte Geschäfte vorab ihre Zustimmung einholt.

Der Kläger trug und trägt in seiner Tätigkeit als Verkaufsleiter der Beklagten zu 2) auch kein unternehmerisches Risiko, was nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ein besonders gewichtiges Entscheidungskriterium darstellt (vgl. dazu z.B. Urteile des Senats vom 2. September 2011 - [L 4 R 1036/10](#) - und 30. März 2012 - [L 4 R 2043/10](#) -, beide in juris, und zuletzt vom 6. Dezember 2012 - [L 4 R 314/12](#) -, nicht veröffentlicht). 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 und sächlichen Mittel also ungewiss ist. Zunächst wurde ihm, wie dargelegt, ein Festgehalt zugesagt, das ihm auch tatsächlich monatlich ausbezahlt wurde und wird. Beide mit dem Kläger geschlossenen Verträge enthalten auch keine K.e.in, nach denen der Kläger verpflichtet wäre, im Falle einer wirtschaftlichen Krise Kapital nachzuschießen. Angesichts seiner mangelnden Beteiligung am Stammkapital war und ist auch die allgemeine Gefahr, in einer Krisensituation faktisch gezwungen zu sein, in erheblichem Umfang Kapital nachzuschießen, etwa um eine Insolvenz zu verhindern, nicht gegeben.

Ein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko ergab und ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger der Beigeladenen zu 2) Darlehen in erheblichem Umfang gewährt hat (vgl. BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 17 zur Bürgschaft). Das hiermit eingegangene Risiko der Haftung mit dem privaten Vermögen ist vom Kapitaleinsatz für das Unternehmen abzutrennen und tritt deshalb gegenüber den Gesichtspunkten, die für eine auch gewollte - abhängige Beschäftigung sprechen, in den Hintergrund. Solche Einsätze sind auch seitens unstreitig abhängiger Beschäftigter nicht unüblich. Eine Unternehmerstellung wird allein hierdurch nicht begründet. Zwar mag der Kläger seine persönliche wirtschaftliche Situation möglicherweise ganz erheblich auch an den wirtschaftlichen Fortbestand der Beigeladenen zu 2) geknüpft haben. Der Senat hält es aber schon nicht für gänzlich ungewöhnlich, dass ein (wenn auch nur angestelltes) Mitglied der Geschäftsleitung seinem offenbar zeitweilig finanziell angeschlagenen Arbeitgeber Darlehen oder persönliche Bürgschaften gewährt, um den Beschäftigungsbetrieb am Leben zu erhalten. Wenn der Kläger in der Lage ist, der Beigeladenen zu 2) Darlehen in dem geschenehen Ausmaß zu gewähren, verwundert es, dass diese Gelder nicht für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen verwendet werden. Dies zeigt vielmehr, dass eine Beteiligung des Klägers an der Beigeladenen zu 2) nicht gewollt war und ist (vgl. Urteil des Senats vom 21. Oktober 2011 - [L 4 R 5166/08](#) - in juris), was vom Kläger auch so bestätigt wurde. Gewollt war und ist die im Wesentlichen aus steuerlichen Gründen gewählte Betriebsaufspaltung mit der Konsequenz, dass sich der Kläger und die Beigeladene zu 2) auch an den nunmehr damit verbundenen Nachteilen bei der Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status festhalten lassen müssen. Im Übrigen trägt jeder, der ein Darlehen gibt, das Risiko, dass der Darlehensnehmer das Darlehen nicht zurückzahlen kann. Damit lässt sich kein für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit typisches Unternehmerrisiko begründen.

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ließ und lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass der Kläger durch seinen überobligatorischen zeitlichen Einsatz zur positiven Entwicklung der Beigeladenen zu 2) beigetragen hat und beiträgt. Dass der längerfristige Erfolg der Beigeladenen zu 2) auch von den Fähigkeiten des Klägers und seinem Engagement abhängt, unterscheidet seine

Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen Leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch 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 [BetrVG]; vgl. Bundesarbeitsgericht [BAG] [NJW 2010, 2746](#)). Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung (§ 1 Satz 3 SGB VI sowie § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III), die regelmäßig abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (vgl. BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 17).

Auch die Verpachtung des im Eigentum des Klägers befindlichen Betriebsgrundstücks an die Beigeladene zu 2) vermag ein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko nicht zu begründen. Selbst wenn dieses Vorgehen eine mögliche Einstandspflicht und Haftung mit dem Privatvermögen begründen sollte, hat es ebenso wenig wie die Gewährung der Darlehen eine förmliche und materielle Beteiligung am Unternehmen der Beigeladenen zu 2) herbeigeführt. Das Risiko der Haftung mit dem privaten Vermögen tritt im Hinblick auf die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Kriterien in den Hintergrund. Mit dem Entstehen für derartige Geschäfte verfolgen Eheleute oder andere Angehörige lediglich das gesteigerte private - Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des (Familien-)Unternehmens (vgl. Senatsurteile vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#) - und vom 25. Juni 2010 - [L 4 KR 95/09](#) -, beide nicht veröffentlicht). Insoweit stehen abtrennbare familiäre Interessen im Vordergrund, nicht jedoch eine (unmittelbare) Beteiligung am Unternehmenserfolg. Eine rechtsverbindlich gewollte Mitunternehmerschaft ist im streitigen Zeitraum nämlich nie begründet worden. Die alleinige Rechtsmacht verblieb bei den Gesellschaftern der Beigeladenen zu 2) (bzw. der Mutter des Klägers als Treugeberin) als Inhaber der Beigeladenen zu 2), die allein für die Verbindlichkeiten des Unternehmens haften sollten. Sie hatten auch die tatsächliche Rechtsmacht, unabhängig davon, ob sie hiervon Gebrauch gemacht haben, andere unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Der Kläger konnte deshalb - ebenso wenig wie aufgrund der Darlehensgewährung an die Beigeladene zu 2) - nicht wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führen. Deshalb ist auch hier - unabhängig von den oben genannten hierzu bestehenden Bedenken - ein Ausnahmefall, dass trotz fehlender Kapitalbeteiligung ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht anzunehmen sei, nicht gegeben. Die Situation des Klägers unterschied sich nicht wesentlich von derjenigen eines Minderheitsgesellschafters, dem von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht freie Hand gelassen wird (vgl. hierzu BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

Auch der Vortrag des Klägers, er könne durch die Kündigung der Pachtverträge der Beigeladenen zu 2) die Geschäftsgrundlage entziehen, kommt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit keine entscheidende Bedeutung zu. Unterstellt dies sei rechtlich möglich, befindet sich die Beigeladene zu 2) in der Situation wie jedes Unternehmen, das auf Mittel Dritter angewiesen ist, die nicht auch Gesellschafter sind, wie z.B. finanzielle Mittel durch eine Bank. Es handelt sich um eine rein wirtschaftliche Macht, nicht aber um eine irgendwie geartete gesellschaftsrechtliche Macht (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

Für eine selbstständige Tätigkeit sprach und spricht auch nicht der Umstand, dass der Kläger seit 1. Januar 1995 vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB befreit ist (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Denn die Beigeladene zu 2) hatte und hat dem Kläger in seiner Tätigkeit nicht völlig freie Hand gelassen hat. Dies ergibt sich für den Senat insbesondere daraus, dass der Kläger nach beiden Anstellungsverträgen an die gesetzlichen Bestimmungen, an Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sowie an die Bestimmungen der Anstellungsverträge gebunden ist. Der Kläger war und ist auch verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und damit der Gesellschafterbeschlüsse zu führen. Im Übrigen hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit oder Weisungsfreiheit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Insbesondere bei hochqualifizierten Tätigkeiten ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis eingeschränkt. Hierzu gehört, zumal der Kläger über einen entsprechenden Hochschulabschluss verfügt und auch im Familienunternehmen aufgewachsen ist, die Tätigkeit des Klägers bei der Führung der Beigeladenen zu 2). Auf der anderen Seite kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Selbstständige Handelsvertreter stehen z.B. in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen sie wahrzunehmen haben.

Etwas anderes lässt sich schließlich auch nicht damit ins Feld führen, dass der Kläger seinen Urlaub zu keiner Zeit mit jemandem absprechen musste (SozR 4-2400 § 7 Nr. 17). Dies vermag insbesondere angesichts des fehlenden Unternehmerrisikos und der Tatsache, dass es die Beigeladene zu 2) rechtlich in der Hand hat, in die Freiheiten des Klägers einzugreifen, nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen.

3. Die Beklagte hat die Feststellung der Versicherungspflicht für die Zeit ab 1. Januar 2001 zu Recht auf die Renten- und Arbeitslosenversicherung begrenzt. Der Kläger ist - was zwischen den Beteiligten unstreitig ist - aufgrund des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze ab 1. Januar 2001 nach § 6 SGB V versicherungsfrei. Er unterliegt seit 1. Januar 2001 nicht der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung. Damit besteht ab diesem Zeitpunkt auch keine Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung aufgrund versicherungspflichtiger Beschäftigung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-04-09