

L 1 KR 11/10

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 23 KR 279/07
Datum
01.03.2012
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 1 KR 11/10
Datum
01.03.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufgehoben. Unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 wird festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006.

Der 1964 geborene Beigeladene zu 1) betrieb von 1990 bis 1995 als selbständiger Bäckermeister eine Bäckerei in G., die er wegen Zahlungsunfähigkeit schließen musste. Am 4. April 1996 wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren wurde am 17. Juli 2001 aufgehoben. Von 1996 bis 2000 übte er teilweise sozialversicherungsfreie, teilweise keine Tätigkeiten aus.

Am 8. August 2000 wurde die H. Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: GmbH) in das Handelsregister eingetragen, deren Alleingesellschafterin die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), M.T., war. Am 27. September 2000 wurde die durch Gesellschaftsvertrag vom 31. März 2000 gegründete H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG (im Folgenden: GmbH & Co. KG) in das Handelsregister eingetragen, deren Komplementärin die GmbH und deren Kommanditistin M.T. war.

Am 9. September 2002 stellte das Finanzamt Ratzeburg einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beigeladenen zu 1). Das Amtsgericht Schwarzenbek lehnte die Eröffnung mit Beschluss vom 21. März 2003 (1b IN 210/02) mangels Masse ab.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 25. September 2002 wurde die "B." mit Sitz in E. und W. (im Folgenden: L.) gegründet. Alleingesellschafterin war nach dem Gesellschaftsvertrag eine GmbH Ltd. aus M., für die ein Herr P. unterzeichnete. Der Beigeladene zu 1) wurde als Direktor/Geschäftsführer der L. bestellt.

Am 27. September 2002 übertrug M.T. ihre Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG an den Bruder des Beigeladenen zu 1), T.T., der auch jeweils zum Geschäftsführer bestellt wurde. Dieser wiederum übertrug die Anteile der GmbH am 25. November 2002 und an der GmbH & Co. KG am 3. Februar 2004 an die L ... Der Beigeladene zu 1) wurde als Geschäftsführer der GmbH bestellt. Ebenfalls mit Wirkung ab 25. November 2002 kam es zum Abschluss des "Anstellungsvertrages" als Geschäftsführer zwischen der GmbH & Co. KG und dem Beigeladenen zu 1). Darin war unter anderem ein festes Monatsgehalt von EUR 4.090,34 vereinbart, welches durch Nachtragsvereinbarung vom 22. November 2002 auf EUR 4.500 erhöht wurde. Vereinbart waren außerdem eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Monate, ein Jahresurlaubsanspruch von 30 Tagen sowie eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. In der Folgezeit bis zum 31. Mai 2006 tätigte der Beigeladene zu 1) Entnahmen in Höhe von insgesamt EUR 431.925,37, die er als Darlehen für sich und seine Ehefrau deklarierte.

Am 1. September 2006 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH & Co. KG. Am 10. November 2006 stellte er außerdem einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Am

27. Oktober 2006 beantragte er Insolvenzgeld, worauf ihm von der Beigeladenen zu 3) ein Vorschuss von EUR 6.500 gezahlt wurde. Am 1. November 2006 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld, welches ihm mit Bescheid vom 29. November 2006 antragsgemäß bewilligt wurde. Zwar hob die Beigeladene zu 3) die Bewilligung ab 1. Januar 2007 zunächst auf, bewilligte sodann aufgrund des Widerspruchsbescheides der Beklagten jedoch erneut Arbeitslosengeld bis 11. Januar 2007 sowie für die Zeit vom 19. Januar bis 1. Mai 2007.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 3. November 2006 (1a IN 286/06) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 2. Mai 2007 (1b IN 98/07) wurde außerdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beigeladenen zu 1) eröffnet.

Anfang November 2006 stellte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Antrag auf Überprüfung seines versicherungsrechtlichen Status als Geschäftsführer der GmbH & Co. KG ab 25. November 2002. Im Feststellungsbogen gab er unter anderem an, dass das Stimmrecht aufgrund eines Treuhandvertrages zu Gunsten eines Dritten ausgeübt werde und er dem Weisungsrecht des P. unterliege. Abgesehen vom Verkauf des Unternehmens und von Neuabschlüssen von Projekten könne er seine Tätigkeit frei gestalten. Er könne mit Ausnahme der leitenden Angestellten selbst Personal einstellen und entlassen, müsse seinen Urlaub genehmigen lassen und könne mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Er erhalte eine monatlich gleichbleibende Vergütung und im Falle der Arbeitsunfähigkeit eine Entgeltfortzahlung für sechs Wochen. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Eine Gewinnbeteiligung oder Tantiemen erhalte er nicht.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 21. November 2006 gegenüber dem Beigeladenen zu 1) und gegenüber der GmbH & Co. KG fest, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 25. November 2002 der Sozialversicherungspflicht unterliege. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch und führte aus, der Beigeladene zu 1) sei tatsächlich alleiniger Inhaber aller Geschäftsanteile der GmbH & Co. KG gewesen. Der angebliche Inhaber sei wohlwollend ausgedrückt lediglich sein Treuhänder gewesen. Weisungen durch die L. an den Beigeladenen zu 1) habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Die getätigten Entnahmen in Höhe von EUR 431.925,37 hätten weit mehr als das 17-fache des Gesellschaftskapitals von EUR 25.000 ausgemacht und seien daher eine Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens gewesen. Dies wäre ihm als weisungsgebundenem Arbeitnehmer nie möglich gewesen, ohne dass ein Gesellschafter eingeschritten wäre. Die Gründung der GmbH & Co. KG im März 2000 mit seiner Frau als Gesellschafterin sei allein erfolgt, weil er zu diesem Zeitpunkt wegen des seit 1996 laufenden Konkursverfahrens nach außen hin nicht in Erscheinung treten könne. Nach Aufhebung des Verfahrens im Juli 2001 sei der neue Insolvenzantrag durch das Finanzamt Ratzeburg bereits im September 2002 gestellt und im März 2003 mangels Masse abgelehnt worden. Dass der Beigeladene zu 1) während dieser Zeit nicht in öffentlichen Registern habe erscheinen wollen, sei nur allzu verständlich. Er habe die Konstruktion der Gründung einer GmbH & Co. KG durch seine Ehefrau, die zwischenzeitliche Übertragung an seinen Bruder und die Weiter-Übertragung an die L. nur gewählt, um Vollstreckungsversuche seiner persönlichen Gläubiger zu verhindern und sich als "Arbeitnehmer" einen Einstieg in die Sozialversicherung zu verschaffen. Zu keiner Zeit habe es einen Gesellschafter gegeben, der ihm irgendetwas hätte vorschreiben können.

Die Beigeladene zu 2) vertrat in einer Stellungnahme vom 21. Februar 2007 die Auffassung, dass bei Fremdgeschäftsführern ohne Beteiligung an der Gesellschaft grundsätzlich eine abhängige Beschäftigung vorliege. Eine Ausnahme komme zwar bei Familiengesellschaften in Betracht, ein vergleichbarer Sachverhalt liege hier aber nicht vor.

Die Beklagte wies daraufhin den Widerspruch des Klägers durch Widerspruchsbescheid vom 23. März 2007 zurück. Der Beigeladene zu 1) sei weder durch verwandtschaftliche Beziehungen mit dem Gesellschafter der L. -P. - verbunden noch sei er am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligt, sodass ihm jedwede Möglichkeit gefehlt habe, Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Er sei über den Arbeitsvertrag in den Betrieb eingegliedert gewesen und könne aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Entscheidungen entgegen arbeitgeberseitigen Interessen treffen. Der Arbeitsvertrag enthalte arbeitnehmertypische Elemente, der Beigeladene zu 1) habe ein festes Gehalt bezogen und im Feststellungsbogen selbst angegeben, dass das Weisungsrecht durch die L. ausgeübt werde. Wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze bestehe keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, wohl aber in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Der Kläger hat dagegen am 26. April 2007 Klage erhoben und vorgetragen, der Beigeladene zu 1) sei wirtschaftlich alleiniger Inhaber des Firmengeflechts, bestehend aus L., GmbH und GmbH & Co. KG gewesen. Dies habe er gegenüber dem Kläger auch zugegeben. Seine Erklärungen im Feststellungsbogen hätten nur dazu gedient, Insolvenz- und Arbeitslosengeld zu erhalten. Der angeblich weisungsberechtigte P. befasse sich seit 1999 mit der Gründung und dem Verkauf britischer L. Companies, wobei er in seinem Internet-Auftritt Wert auf die Feststellung lege, dass ihn die Bonität seiner Kunden nicht interessiere. Er biete sich ausdrücklich als Partner für einen Neustart nach Insolvenz an und offeriere eine "Neustart L." bei schlechter Bonität sowie eine "Normal L." bei guter Bonität. Bei der "Neustart L." beinhalte das Angebot, dass P. für das erste Jahr "Nominee-Shareholder" mit Treuhandvertrag bleibe. Wegen der Gestellung eines Treuhänders koste diese für Pleitiers bestimmte L. mit EUR 599 mehr als die einem solventen Erwerber vorbehaltene Variante der "Normal L." mit EUR 419. Entsprechend seiner wirtschaftlich desolaten Situation habe der Beigeladene zu 1) die Variante "Neustart L." erworben, bei der P. Nominee Shareholder für ein Jahr geblieben sei. Als fremdnütziger Treuhänder habe P. aber keinerlei Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) gehabt, abgesehen davon, dass er an einer Bäckerei-Servicegesellschaft in G. auch keinerlei wirtschaftliches Interesse gehabt habe.

Der Beigeladene zu 1) sei jeweils alleiniger Manager der L., der GmbH und der GmbH & Co. KG gewesen. So habe er sich in der Gesellschafterversammlung vom 13. September 2004 selbst als aktuellem Geschäftsführer sowie seiner Frau und seinem Bruder als früheren Geschäftsführern Entlastung erteilt. Er allein habe die Jahresabschlüsse erstellt und über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden. In der Zeit von 2002 bis 2006 habe er der GmbH & Co. KG einen Betrag von EUR 431.925,37 für sich und seine Frau entnommen und als Darlehen ausgewiesen. Er habe am 17. August 2006 den Beschluss gefasst, den Sitz der GmbH & Co. KG nach F. zu verlegen, was allerdings durch die Insolvenz obsolet geworden sei.

Die Beklagte hat demgegenüber daran festgehalten, dass der Beigeladene zu 1) nicht am Kapital des Firmengeflechts beteiligt gewesen sei und nicht die Rechtsmacht gehabt habe, seine Interessen gegenüber den Vorstellungen der Gesellschafter durchzusetzen.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 25. November 2009 den Bevollmächtigten des Klägers am 22. Januar 2010 zugestellt abgewiesen und ausgeführt, bei dem Beigeladenen zu 1) hätten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen. Zwar sei davon auszugehen, dass er bei der Ausführung seiner Arbeit praktisch keinen Weisungen unterworfen gewesen sei, dieser Umstand bleibe aber ohne ausschlaggebende Bedeutung, da er weder an der KG noch an der GmbH beteiligt gewesen sei und auch nicht familiär mit einem Gesellschafter verbunden gewesen sei. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus den getätigten erheblichen Privatentnahmen, da solche Handlungen nicht über eine praktisch weisungsfrei ausgeübte Tätigkeit hinausgingen. Soweit der Kläger seine abweichende Auffassung mit dem auf Treuhandverhältnissen gegründeten Firmengeflecht begründe, seien derartige Treuhandverhältnisse weder notariell noch schriftlich abgeschlossen und somit nicht zweifelsfrei festzustellen.

Der Kläger hat dagegen am 19. Februar 2010 Berufung eingelegt und wiederholt und vertieft zur Begründung sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trägt er vor, die Kapitalausstattung der als Nominee Shareholder fungierenden P.-Firma B1 GmbH Ltd. habe gerade einmal 2 Pfund (= EUR 3,18) betragen. P. habe dem Beigeladenen zu 1) ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) übergeben, das ihm im Innenverhältnis Rechtssicherheit gegeben habe. Irgendwelche Weisungsrechte der B1 GmbH Ltd. habe es nicht gegeben, da diese als Treuhänderin ihrerseits von den Weisungen des Treugebers – des Beigeladenen zu 1) – abhängig gewesen sei. Sie habe weder ein wirtschaftliches Interesse noch das Know How zum Führen einer Bäckerei-Servicegesellschaft im fernen G. gehabt. Der Treuhandvertrag habe keiner besonderen Form bedurft, da die deutschen Formvorschriften bei ausländischen Gesellschaften nicht anwendbar seien. P. einziges Interesse liege im Verkauf möglichst vieler Limiteds. Der Beigeladene zu 1) sei stets als Eigentümer seiner Gesellschaften aufgetreten. Er habe die Gesellschafterversammlungen für die L. abgehalten, habe deren Beschlüsse gefasst und namens der L. sich selbst als Geschäftsführer der GmbH Entlastung erteilt, die Jahresabschlüsse aufgestellt, über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden und den Firmensitz verlegt. Die L. habe zu keiner Zeit eigene wirtschaftliche Aktivitäten entwickelt. Nachdem der Beigeladene zu 1) der GmbH und der KG alle finanziellen Mittel für seinen Privatverbrauch entzogen habe, habe er die Insolvenzverfahren beantragt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte und die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 3) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige (§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz – SGG) Berufung ist auch begründet, da das Sozialgericht die zulässig erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) zu Unrecht abgewiesen hat.

Der Beigeladene zu 1) unterlag im streitigen Zeitraum nicht der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung ist dagegen bereits wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung) nicht eingetreten. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht (§ 1 S. 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung, § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 S. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss vielmehr eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben, die Dienstleistung muss also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG, Urteil vom 08.12.1987 – 7 RAr 25/86 – Juris, m.w.N.) Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Tätigkeit. Vorliegend überwiegen die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit.

Zwar war der Kläger rechtlich im streitigen Zeitraum weder an der GmbH noch an der GmbH & Co. KG oder an der L. beteiligt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt in derartigen Fällen in der Regel eine abhängige Beschäftigung vor (BSG, Urteil vom 08.12.1987, a.a.O.; BSG, Urteil vom 24.06.1982 – 12 RK 45/80 – Juris). Allerdings gilt auch für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest im Rahmen einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt. Ausnahmsweise können daher auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass eine abhängige Beschäftigung zu verneinen ist. Das Bundessozialgericht hat eine derartige Konstellation insbesondere im Falle

des Geschäftsführers einer Familiengesellschaft für möglich gehalten, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass dieser aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hindern und es daher an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlt (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#)).

Eine familienhafte Verbundenheit des Beigeladenen zu 1) zu den Gesellschaftern war im streitigen Zeitraum nur zu einem geringen Teil gegeben, nämlich soweit sein Bruder, T.T., noch bis zum 3. Februar 2004 Kommanditist der GmbH & Co. KG war. Dennoch war der Beigeladene trotz seiner formal fehlenden Kapitalbeteiligung während des streitigen Zeitraums durchgehend selbständig tätig. Denn es fehlte hier an der unabdingbaren Voraussetzung seiner Unterordnung unter das Weisungsrecht eines anderen, da es niemanden gab, der die Arbeitgeberfunktion hätte ausüben können. Der Beigeladene zu 1) gab vielmehr selbst die Ordnung des Betriebes vor und war tatsächlich und wirtschaftlich wie ein Alleininhaber tätig.

Komplementärin der GmbH & Co. KG war im streitigen Zeitraum die eigens zu diesem Zweck gegründete L ... Kommanditisten waren zunächst - bis zum 3. Februar 2004 - der Bruder des Beigeladenen zu 1) und sodann ebenfalls die L ... Als deren Alleingesellschafter trat zwar formal die B1 GmbH Ltd. des P. auf, dies hatte jedoch allein den Hintergrund, die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung des Beigeladenen zu 1) im Hinblick auf die laufenden Konkurs- beziehungsweise Insolvenzverfahren zu verschleiern.

P. bietet im Internet (www.deutschelimited.com) deutschen Unternehmern die Gründung von englischen Limiteds innerhalb von 24 Stunden mit variablen Zusatzleistungen an. Es gibt verschiedene Angebotsmodelle, die sich danach unterscheiden, ob der Kunde eine gute oder schlechte Bonität besitzt. Für Kunden mit schlechter Bonität - insbesondere nach geschäftlicher Insolvenz - bot er seinerzeit das Konzept "Neustart L." zum Preis von EUR 599 an, dessen Inhalt im Wesentlichen die Gründung einer englischen L. sowie die treuhänderische Stellung des Shareholder (Aktionärs) war. Der Kunde erhielt formal die Position eines Direktors (Geschäftsführers) und bekam ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) ausgehändigt, mit dem eine Übertragung auf andere Personen jederzeit ohne Notarbesuch möglich war. Hierdurch wurde - wie auf der Internetseite ausdrücklich hervorgehoben wurde - sichergestellt, dass der Kunde im Innenverhältnis die Rechtssicherheit erhielt, dass ihm die Gesellschaft gehörte. Geworben wird damit, dass P. bereits an der Gründung und Übernahme von zahlreichen (im Zeitpunkt der Entscheidung über 3200) Gesellschaften mitgewirkt habe. Dessen einziges wirtschaftliches Interesse bestand und besteht also darin, durch die dort angebotenen Dienstleistungen Einnahmen zu erzielen, die in Form von Festpreisen vorgegeben sind. Darüber hinausgehende Interessen an den gegründeten Gesellschaften oder ihren wirtschaftlichen Aktivitäten hat er dagegen nicht. Sein Dienstleistungsangebot beschränkt sich auf die Gründung und Übertragung der Gesellschaft sowie auf verschiedene administrative Zusatzleistungen (z.B. Erstellung der englischen Bilanzen, Versendung von Meldungen an englische Behörden etc.). Soweit er beziehungsweise eine weitere von ihm gegründete Gesellschaft als "treuhänderischer Shareholder" auftritt, ist er lediglich Strohmann für den Kunden. Einfluss auf die Geschicke der gegründeten Gesellschaften nahm und nimmt er nicht, deren Leitung ist allein Sache des jeweiligen Erwerbers, wobei dessen Stellung als Treugeber rechtlich durch seine Bestellung als Direktor sowie durch Übertragung des stock transfer form abgesichert wird. Die betriebliche Ordnung wird somit in keiner Weise durch P. vorgegeben, sondern allein durch den "Direktor" - hier also den Beigeladenen zu 1) - der auch allein das wirtschaftliche Unternehmerrisiko trägt.

Dieser Sachverhalt wird durch die vom Kläger eingereichte schriftliche Erklärung des Beigeladenen zu 1) vom 17. Januar 2011 bestätigt, mit der dieser angegeben hat, dass ihm die Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG durchgehend allein gehört hätten und es zu keiner Zeit jemanden gegeben habe, der ihm Anweisungen hätte erteilen können. Hintergrund der gewählten Konstruktion war, dass sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co. KG während eines laufenden Konkursverfahrens gegründet wurden. Der Erwerb der L. erfolgte kurz nachdem ein weiterer Insolvenzantrag gestellt worden war. Seine Ehefrau und sein Bruder hielten die Anteile jeweils nur kurz, bis sie auf die L. übertragen wurden. Dass dies jeweils auf Anweisung des Beigeladenen zu 1) erfolgte, hat dieser ebenfalls mit seiner schriftlichen Erklärung vom 17. Januar 2011 bestätigt.

Dass er demgegenüber bei seinem an die Beklagte gerichteten Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status abweichende Angaben gemacht hat, kann nicht zu einer anderen Bewertung führen, da diese im zeitlichen Zusammenhang mit der Beantragung von Insolvenz- und Arbeitslosengeld erfolgten. Auch dem geschlossenen "Anstellungsvertrag", der arbeitnehmertypische Regelungen wie ein festes monatliches Gehalt, Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, enthält, kann vor diesem Hintergrund keine maßgebliche Bedeutung zukommen.

Dass der Beigeladene zu 1) alleinverantwortlich handelte und keinerlei Weisungen unterworfen war, wird auch durch die von ihm getätigten erheblichen Privatentnahmen bestätigt, die letztlich zur Ausplünderung des Unternehmens geführt haben und völlig unbeanstandet blieben. Er hat ferner ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung der GmbH vom 13. September 2004 diese abgehalten und namens der L. sich selbst sowie seiner Frau und seinem Bruder als Geschäftsführer Entlastung erteilt.

Eine andere rechtliche Beurteilung folgt schließlich auch nicht aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. Januar 2006 ([B 12 KR 30/04 R - Juris](#)), in dem für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit darauf abgestellt wird, wer - unabhängig von ihrer tatsächlichen Ausübung - die Rechtsmacht hat, auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, denn auch diese Rechtsmacht lag bei dem Beigeladenen zu 1). Dadurch, dass er im Besitz des Aktienübertragungszertifikats war, hätte er jederzeit die Anteile auf sich übertragen können und somit ihm nicht genehme Weisungen verhindern können.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) und [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Landessozialgericht Hamburg

Urteil im Namen des Volkes In dem Rechtsstreit

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Hamburg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. März 2012 durch

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufgehoben. Unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 wird festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006.

Der 1964 geborene Beigeladene zu 1) betrieb von 1990 bis 1995 als selbständiger Bäckermeister eine Bäckerei in G., die er wegen Zahlungsunfähigkeit schließen musste. Am 4. April 1996 wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren wurde am 17. Juli 2001 aufgehoben. Von 1996 bis 2000 übte er teilweise sozialversicherungsfreie, teilweise keine Tätigkeiten aus.

Am 8. August 2000 wurde die H. Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: GmbH) in das Handelsregister eingetragen, deren Alleingesellschafterin die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), M.T., war. Am 27. September 2000 wurde die durch Gesellschaftsvertrag vom 31. März 2000 gegründete H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG (im Folgenden: GmbH & Co. KG) in das Handelsregister eingetragen, deren Komplementärin die GmbH und deren Kommanditistin M.T. war.

Am 9. September 2002 stellte das Finanzamt Ratzeburg einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beigeladenen zu 1). Das Amtsgericht Schwarzenbek lehnte die Eröffnung mit Beschluss vom 21. März 2003 (1b IN 210/02) mangels Masse ab.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 25. September 2002 wurde die "B." mit Sitz in E. und W. (im Folgenden: L.) gegründet. Alleingesellschafterin war nach dem Gesellschaftsvertrag eine GmbH Ltd. aus M., für die ein Herr P. unterzeichnete. Der Beigeladene zu 1) wurde als Direktor/Geschäftsführer der L. bestellt.

Am 27. September 2002 übertrug M.T. ihre Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG an den Bruder des Beigeladenen zu 1), T.T., der auch jeweils zum Geschäftsführer bestellt wurde. Dieser wiederum übertrug die Anteile der GmbH am 25. November 2002 und an der GmbH & Co. KG am 3. Februar 2004 an die L ... Der Beigeladene zu 1) wurde als Geschäftsführer der GmbH bestellt. Ebenfalls mit Wirkung ab 25. November 2002 kam es zum Abschluss des "Anstellungsvertrages" als Geschäftsführer zwischen der GmbH & Co. KG und dem Beigeladenen zu 1). Darin war unter anderem ein festes Monatsgehalt von EUR 4.090,34 vereinbart, welches durch Nachtragsvereinbarung vom 22. November 2002 auf EUR 4.500 erhöht wurde. Vereinbart waren außerdem eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Monate, ein Jahresurlaubsanspruch von 30 Tagen sowie eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. In der Folgezeit bis zum 31. Mai 2006 tätigte der Beigeladene zu 1) Entnahmen in Höhe von insgesamt EUR 431.925,37, die er als Darlehen für sich und seine Ehefrau deklarierte.

Am 1. September 2006 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH & Co. KG. Am 10. November 2006 stellte er außerdem einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Am 27. Oktober 2006 beantragte er Insolvenzgeld, worauf ihm von der Beigeladenen zu 3) ein Vorschuss von EUR 6.500 gezahlt wurde. Am 1. November 2006 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld, welches ihm mit Bescheid vom 29. November 2006 antragsgemäß bewilligt wurde. Zwar hob die Beigeladene zu 3) die Bewilligung ab 1. Januar 2007 zunächst auf, bewilligte sodann aufgrund des Widerspruchsbescheides der Beklagten jedoch erneut Arbeitslosengeld bis 11. Januar 2007 sowie für die Zeit vom 19. Januar bis 1. Mai 2007.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 3. November 2006 (1a IN 286/06) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 2. Mai 2007 (1b IN 98/07) wurde außerdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beigeladenen zu 1) eröffnet.

Anfang November 2006 stellte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Antrag auf Überprüfung seines versicherungsrechtlichen Status als Geschäftsführer der GmbH & Co. KG ab 25. November 2002. Im Feststellungsbogen gab er unter anderem an, dass das Stimmrecht aufgrund eines Treuhandvertrages zu Gunsten eines Dritten ausgeübt werde und er dem Weisungsrecht des P. unterliege. Abgesehen vom Verkauf des Unternehmens und von Neuabschlüssen von Projekten könne er seine Tätigkeit frei gestalten. Er könne mit Ausnahme der leitenden Angestellten selbst Personal einstellen und entlassen, müsse seinen Urlaub genehmigen lassen und könne mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Er erhalte eine monatlich gleichbleibende Vergütung und im Falle der Arbeitsunfähigkeit eine Entgeltfortzahlung für sechs Wochen. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Eine Gewinnbeteiligung oder Tantiemen erhalte er nicht.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 21. November 2006 gegenüber dem Beigeladenen zu 1) und gegenüber der GmbH & Co. KG fest, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 25. November 2002 der Sozialversicherungspflicht unterliege. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch und führte aus, der Beigeladene zu 1) sei tatsächlich alleiniger Inhaber aller Geschäftsanteile der GmbH & Co. KG gewesen. Der angebliche Inhaber sei wohlwollend ausgedrückt lediglich sein Treuhänder gewesen. Weisungen durch die L. an den Beigeladenen zu 1) habe es zu

keinem Zeitpunkt gegeben. Die getätigten Entnahmen in Höhe von EUR 431.925,37 hätten weit mehr als das 17-fache des Gesellschaftskapitals von EUR 25.000 ausgemacht und seien daher eine Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens gewesen. Dies wäre ihm als weisungsgebundenem Arbeitnehmer nie möglich gewesen, ohne dass ein Gesellschafter eingeschritten wäre. Die Gründung der GmbH & Co. KG im März 2000 mit seiner Frau als Gesellschafterin sei allein erfolgt, weil er zu diesem Zeitpunkt wegen des seit 1996 laufenden Konkursverfahrens nach außen hin nicht in Erscheinung habe treten können. Nach Aufhebung des Verfahrens im Juli 2001 sei der neue Insolvenzantrag durch das Finanzamt Ratzeburg bereits im September 2002 gestellt und im März 2003 mangels Masse abgelehnt worden. Dass der Beigeladene zu 1) während dieser Zeit nicht in öffentlichen Registern habe erscheinen wollen, sei nur allzu verständlich. Er habe die Konstruktion der Gründung einer GmbH & Co. KG durch seine Ehefrau, die zwischenzeitliche Übertragung an seinen Bruder und die Weiter-Übertragung an die L. nur gewählt, um Vollstreckungsversuche seiner persönlichen Gläubiger zu verhindern und sich als "Arbeitnehmer" einen Einstieg in die Sozialversicherung zu verschaffen. Zu keiner Zeit habe es einen Gesellschafter gegeben, der ihm irgendetwas hätte vorschreiben können.

Die Beigeladene zu 2) vertrat in einer Stellungnahme vom 21. Februar 2007 die Auffassung, dass bei Fremdgeschäftsführern ohne Beteiligung an der Gesellschaft grundsätzlich eine abhängige Beschäftigung vorliege. Eine Ausnahme komme zwar bei Familiengesellschaften in Betracht, ein vergleichbarer Sachverhalt liege hier aber nicht vor.

Die Beklagte wies daraufhin den Widerspruch des Klägers durch Widerspruchsbescheid vom 23. März 2007 zurück. Der Beigeladene zu 1) sei weder durch verwandtschaftliche Beziehungen mit dem Gesellschafter der L. -P. - verbunden noch sei er am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligt, sodass ihm jedwede Möglichkeit gefehlt habe, Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Er sei über den Arbeitsvertrag in den Betrieb eingegliedert gewesen und könne aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Entscheidungen entgegen arbeitgeberseitigen Interessen treffen. Der Arbeitsvertrag enthalte arbeitnehmertypische Elemente, der Beigeladene zu 1) habe ein festes Gehalt bezogen und im Feststellungsbogen selbst angegeben, dass das Weisungsrecht durch die L. ausgeübt werde. Wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze bestehe keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, wohl aber in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Der Kläger hat dagegen am 26. April 2007 Klage erhoben und vorgetragen, der Beigeladene zu 1) sei wirtschaftlich alleiniger Inhaber des Firmengeflechts, bestehend aus L., GmbH und GmbH & Co. KG gewesen. Dies habe er gegenüber dem Kläger auch zugegeben. Seine Erklärungen im Feststellungsbogen hätten nur dazu gedient, Insolvenz- und Arbeitslosengeld zu erhalten. Der angeblich weisungsberechtigte P. befasse sich seit 1999 mit der Gründung und dem Verkauf britischer L. Companies, wobei er in seinem Internet-Auftritt Wert auf die Feststellung lege, dass ihn die Bonität seiner Kunden nicht interessiere. Er biete sich ausdrücklich als Partner für einen Neustart nach Insolvenz an und offeriere eine "Neustart L." bei schlechter Bonität sowie eine "Normal L." bei guter Bonität. Bei der "Neustart L." beinhalte das Angebot, dass P. für das erste Jahr "Nominee-Shareholder" mit Treuhandvertrag bleibe. Wegen der Gestellung eines Treuhänders koste diese für Pleitiers bestimmte L. mit EUR 599 mehr als die einem solventen Erwerber vorbehaltene Variante der "Normal L." mit EUR 419. Entsprechend seiner wirtschaftlich desolaten Situation habe der Beigeladene zu 1) die Variante "Neustart L." erworben, bei der P. Nominee Shareholder für ein Jahr geblieben sei. Als fremdnütziger Treuhänder habe P. aber keinerlei Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) gehabt, abgesehen davon, dass er an einer Bäckerei-Servicegesellschaft in G. auch keinerlei wirtschaftliches Interesse gehabt habe.

Der Beigeladene zu 1) sei jeweils alleiniger Manager der L., der GmbH und der GmbH & Co. KG gewesen. So habe er sich in der Gesellschafterversammlung vom 13. September 2004 selbst als aktuellem Geschäftsführer sowie seiner Frau und seinem Bruder als früheren Geschäftsführern Entlastung erteilt. Er allein habe die Jahresabschlüsse erstellt und über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden. In der Zeit von 2002 bis 2006 habe er der GmbH & Co. KG einen Betrag von EUR 431.925,37 für sich und seine Frau entnommen und als Darlehen ausgewiesen. Er habe am 17. August 2006 den Beschluss gefasst, den Sitz der GmbH & Co. KG nach F. zu verlegen, was allerdings durch die Insolvenz obsolet geworden sei.

Die Beklagte hat demgegenüber daran festgehalten, dass der Beigeladene zu 1) nicht am Kapital des Firmengeflechts beteiligt gewesen sei und nicht die Rechtsmacht gehabt habe, seine Interessen gegenüber den Vorstellungen der Gesellschafter durchzusetzen.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 25. November 2009 den Bevollmächtigten des Klägers am 22. Januar 2010 zugestellt abgewiesen und ausgeführt, bei dem Beigeladenen zu 1) hätten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen. Zwar sei davon auszugehen, dass er bei der Ausführung seiner Arbeit praktisch keinen Weisungen unterworfen gewesen sei, dieser Umstand bleibe aber ohne ausschlaggebende Bedeutung, da er weder an der KG noch an der GmbH beteiligt gewesen sei und auch nicht familiär mit einem Gesellschafter verbunden gewesen sei. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus den getätigten erheblichen Privatentnahmen, da solche Handlungen nicht über eine praktisch weisungsfrei ausgeübte Tätigkeit hinausgingen. Soweit der Kläger seine abweichende Auffassung mit dem auf Treuhandverhältnissen gegründeten Firmengeflecht begründe, seien derartige Treuhandverhältnisse weder notariell noch schriftlich abgeschlossen und somit nicht zweifelsfrei festzustellen.

Der Kläger hat dagegen am 19. Februar 2010 Berufung eingelegt und wiederholt und vertieft zur Begründung sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trägt er vor, die Kapitalausstattung der als Nominee Shareholder fungierenden P.-Firma B1 GmbH Ltd. habe gerade einmal 2 Pfund (= EUR 3,18) betragen. P. habe dem Beigeladenen zu 1) ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) übergeben, das ihm im Innenverhältnis Rechtssicherheit gegeben habe. Irgendwelche Weisungsrechte der B1 GmbH Ltd. habe es nicht gegeben, da diese als Treuhänderin ihrerseits von den Weisungen des Treugebers - des Beigeladenen zu 1) - abhängig gewesen sei. Sie habe weder ein wirtschaftliches Interesse noch das Know How zum Führen einer Bäckerei-Servicegesellschaft im fernen G. gehabt. Der Treuhandvertrag habe keine besonderen Form bedurft, da die deutschen Formvorschriften bei ausländischen Gesellschaften nicht anwendbar seien. P. einziges Interesse liege im Verkauf möglichst vieler Limiteds. Der Beigeladene zu 1) sei stets als Eigentümer seiner Gesellschaften aufgetreten. Er habe die Gesellschafterversammlungen für die L. abgehalten, habe deren Beschlüsse gefasst und namens der L. sich selbst als Geschäftsführer der GmbH Entlastung erteilt, die Jahresabschlüsse aufgestellt, über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden und den Firmensitz verlegt. Die L. habe zu keiner Zeit eigene wirtschaftliche Aktivitäten entwickelt. Nachdem der Beigeladene zu 1) der GmbH und der KG alle finanziellen Mittel für seinen Privatverbrauch entzogen habe, habe er die Insolvenzverfahren beantragt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte und die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 3) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG) Berufung ist auch begründet, da das Sozialgericht die zulässig erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) zu Unrecht abgewiesen hat.

Der Beigeladene zu 1) unterlag im streitigen Zeitraum nicht der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung ist dagegen bereits wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze ([§ 6 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung) nicht eingetreten. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt ([§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss vielmehr eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben, die Dienstleistung muss also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG, Urteil vom 08.12.1987 – [7 RAr 25/86](#) – Juris, m.w.N.) Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Tätigkeit. Vorliegend überwiegen die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit.

Zwar war der Kläger rechtlich im streitigen Zeitraum weder an der GmbH noch an der GmbH & Co. KG oder an der L. beteiligt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt in derartigen Fällen in der Regel eine abhängige Beschäftigung vor (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#); BSG, Urteil vom 24.06.1982 – [12 RK 45/80](#) – Juris). Allerdings gilt auch für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest im Rahmen einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt. Ausnahmsweise können daher auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass eine abhängige Beschäftigung zu verneinen ist. Das Bundessozialgericht hat eine derartige Konstellation insbesondere im Falle des Geschäftsführers einer Familiengesellschaft für möglich gehalten, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass dieser aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hindern und es daher an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlt (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#)).

Eine familienhafte Verbundenheit des Beigeladenen zu 1) zu den Gesellschaftern war im streitigen Zeitraum nur zu einem geringen Teil gegeben, nämlich soweit sein Bruder, T.T., noch bis zum 3. Februar 2004 Kommanditist der GmbH & Co. KG war. Dennoch war der Beigeladene trotz seiner formal fehlenden Kapitalbeteiligung während des streitigen Zeitraums durchgehend selbständig tätig. Denn es fehlte hier an der unabdingbaren Voraussetzung seiner Unterordnung unter das Weisungsrecht eines anderen, da es niemanden gab, der die Arbeitgeberfunktion hätte ausüben können. Der Beigeladene zu 1) gab vielmehr selbst die Ordnung des Betriebes vor und war tatsächlich und wirtschaftlich wie ein Alleininhaber tätig.

Komplementärin der GmbH & Co. KG war im streitigen Zeitraum die eigens zu diesem Zweck gegründete L ... Kommanditisten waren zunächst – bis zum 3. Februar 2004 – der Bruder des Beigeladenen zu 1) und sodann ebenfalls die L ... Als deren Alleingesellschafter trat zwar formal die B1 GmbH Ltd. des P. auf, dies hatte jedoch allein den Hintergrund, die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung des Beigeladenen zu 1) im Hinblick auf die laufenden Konkurs- beziehungsweise Insolvenzverfahren zu verschleiern.

P. bietet im Internet (www.deutschelimited.com) deutschen Unternehmern die Gründung von englischen Limiteds innerhalb von 24 Stunden mit variablen Zusatzleistungen an. Es gibt verschiedene Angebotsmodelle, die sich danach unterscheiden, ob der Kunde eine gute oder schlechte Bonität besitzt. Für Kunden mit schlechter Bonität – insbesondere nach geschäftlicher Insolvenz – bot er seinerzeit das Konzept "Neustart L." zum Preis von EUR 599 an, dessen Inhalt im Wesentlichen die Gründung einer englischen L. sowie die treuhänderische Stellung des Shareholder (Aktionärs) war. Der Kunde erhielt formal die Position eines Direktors (Geschäftsführers) und bekam ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) ausgehändigt, mit dem eine Übertragung auf andere Personen jederzeit ohne Notarbesuch möglich war. Hierdurch wurde – wie auf der Internetseite ausdrücklich hervorgehoben wurde – sichergestellt, dass der Kunde im Innenverhältnis die

Rechtssicherheit erhielt, dass ihm die Gesellschaft gehörte. Geworben wird damit, dass P. bereits an der Gründung und Übernahme von zahlreichen (im Zeitpunkt der Entscheidung über 3200) Gesellschaften mitgewirkt habe. Dessen einziges wirtschaftliches Interesse bestand und besteht also darin, durch die dort angebotenen Dienstleistungen Einnahmen zu erzielen, die in Form von Festpreisen vorgegeben sind. Darüber hinausgehende Interessen an den gegründeten Gesellschaften oder ihren wirtschaftlichen Aktivitäten hat er dagegen nicht. Sein Dienstleistungsangebot beschränkt sich auf die Gründung und Übertragung der Gesellschaft sowie auf verschiedene administrative Zusatzleistungen (z.B. Erstellung der englischen Bilanzen, Versendung von Meldungen an englische Behörden etc.). Soweit er beziehungsweise eine weitere von ihm gegründete Gesellschaft als "treuhänderischer Shareholder" auftritt, ist er lediglich Strohmann für den Kunden. Einfluss auf die Geschicke der gegründeten Gesellschaften nahm und nimmt er nicht, deren Leitung ist allein Sache des jeweiligen Erwerbers, wobei dessen Stellung als Treugeber rechtlich durch seine Bestellung als Direktor sowie durch Übertragung des stock transfer form abgesichert wird. Die betriebliche Ordnung wird somit in keiner Weise durch P. vorgegeben, sondern allein durch den "Direktor" - hier also den Beigeladenen zu 1) - der auch allein das wirtschaftliche Unternehmerrisiko trägt.

Dieser Sachverhalt wird durch die vom Kläger eingereichte schriftliche Erklärung des Beigeladenen zu 1) vom 17. Januar 2011 bestätigt, mit der dieser angegeben hat, dass ihm die Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG durchgehend allein gehört hätten und es zu keiner Zeit jemanden gegeben habe, der ihm Anweisungen hätte erteilen können. Hintergrund der gewählten Konstruktion war, dass sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co. KG während eines laufenden Konkursverfahrens gegründet wurden. Der Erwerb der L. erfolgte kurz nachdem ein weiterer Insolvenzantrag gestellt worden war. Seine Ehefrau und sein Bruder hielten die Anteile jeweils nur kurz, bis sie auf die L. übertragen wurden. Dass dies jeweils auf Anweisung des Beigeladenen zu 1) erfolgte, hat dieser ebenfalls mit seiner schriftlichen Erklärung vom 17. Januar 2011 bestätigt.

Dass er demgegenüber bei seinem an die Beklagte gerichteten Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status abweichende Angaben gemacht hat, kann nicht zu einer anderen Bewertung führen, da diese im zeitlichen Zusammenhang mit der Beantragung von Insolvenz- und Arbeitslosengeld erfolgten. Auch dem geschlossenen "Anstellungsvertrag", der arbeitnehmertypische Regelungen wie ein festes monatliches Gehalt, Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, enthält, kann vor diesem Hintergrund keine maßgebliche Bedeutung zukommen.

Dass der Beigeladene zu 1) alleinverantwortlich handelte und keinerlei Weisungen unterworfen war, wird auch durch die von ihm getätigten erheblichen Privatentnahmen bestätigt, die letztlich zur Ausplünderung des Unternehmens geführt haben und völlig unbeanstandet blieben. Er hat ferner ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung der GmbH vom 13. September 2004 diese abgehalten und namens der L. sich selbst sowie seiner Frau und seinem Bruder als Geschäftsführer Entlastung erteilt.

Eine andere rechtliche Beurteilung folgt schließlich auch nicht aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. Januar 2006 ([B 12 KR 30/04 R - Juris](#)), in dem für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit darauf abgestellt wird, wer - unabhängig von ihrer tatsächlichen Ausübung - die Rechtsmacht hat, auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, denn auch diese Rechtsmacht lag bei dem Beigeladenen zu 1). Dadurch, dass er im Besitz des Aktienübertragungszertifikats war, hätte er jederzeit die Anteile auf sich übertragen können und somit ihm nicht genehme Weisungen verhindern können.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) und 3, [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Landessozialgericht Hamburg

Urteil im Namen des Volkes In dem Rechtsstreit

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Hamburg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. März 2012 durch

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufgehoben. Unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 wird festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006.

Der 1964 geborene Beigeladene zu 1) betrieb von 1990 bis 1995 als selbständiger Bäckermeister eine Bäckerei in G., die er wegen Zahlungsunfähigkeit schließen musste. Am 4. April 1996 wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren wurde am 17. Juli 2001 aufgehoben. Von 1996 bis 2000 übte er teilweise sozialversicherungsfreie, teilweise keine Tätigkeiten aus.

Am 8. August 2000 wurde die H. Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: GmbH) in das Handelsregister eingetragen, deren Alleingesellschafterin die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), M.T., war. Am 27. September 2000 wurde die durch Gesellschaftsvertrag vom 31. März 2000 gegründete H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG (im Folgenden: GmbH & Co. KG) in das Handelsregister eingetragen, deren Komplementärin die GmbH und deren Kommanditistin M.T. war.

Am 9. September 2002 stellte das Finanzamt Ratzeburg einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beigeladenen zu 1). Das Amtsgericht Schwarzenbek lehnte die Eröffnung mit Beschluss vom 21. März 2003 (1b IN 210/02) mangels Masse ab.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 25. September 2002 wurde die "B." mit Sitz in E. und W. (im Folgenden: L.) gegründet. Alleingesellschafterin war nach dem Gesellschaftsvertrag eine GmbH Ltd. aus M., für die ein Herr P. unterzeichnete. Der Beigeladene zu 1) wurde als Direktor/Geschäftsführer der L. bestellt.

Am 27. September 2002 übertrug M.T. ihre Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG an den Bruder des Beigeladenen zu 1), T.T., der auch jeweils zum Geschäftsführer bestellt wurde. Dieser wiederum übertrug die Anteile der GmbH am 25. November 2002 und an der GmbH & Co. KG am 3. Februar 2004 an die L ... Der Beigeladene zu 1) wurde als Geschäftsführer der GmbH bestellt. Ebenfalls mit Wirkung ab 25. November 2002 kam es zum Abschluss des "Anstellungsvertrages" als Geschäftsführer zwischen der GmbH & Co. KG und dem Beigeladenen zu 1). Darin war unter anderem ein festes Monatsgehalt von EUR 4.090,34 vereinbart, welches durch Nachtragsvereinbarung vom 22. November 2002 auf EUR 4.500 erhöht wurde. Vereinbart waren außerdem eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Monate, ein Jahresurlaubsanspruch von 30 Tagen sowie eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. In der Folgezeit bis zum 31. Mai 2006 tätigte der Beigeladene zu 1) Entnahmen in Höhe von insgesamt EUR 431.925,37, die er als Darlehen für sich und seine Ehefrau deklarierte.

Am 1. September 2006 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH & Co. KG. Am 10. November 2006 stellte er außerdem einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Am 27. Oktober 2006 beantragte er Insolvenzgeld, worauf ihm von der Beigeladenen zu 3) ein Vorschuss von EUR 6.500 gezahlt wurde. Am 1. November 2006 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld, welches ihm mit Bescheid vom 29. November 2006 antragsgemäß bewilligt wurde. Zwar hob die Beigeladene zu 3) die Bewilligung ab 1. Januar 2007 zunächst auf, bewilligte sodann aufgrund des Widerspruchsbescheides der Beklagten jedoch erneut Arbeitslosengeld bis 11. Januar 2007 sowie für die Zeit vom 19. Januar bis 1. Mai 2007.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 3. November 2006 (1a IN 286/06) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 2. Mai 2007 (1b IN 98/07) wurde außerdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beigeladenen zu 1) eröffnet.

Anfang November 2006 stellte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Antrag auf Überprüfung seines versicherungsrechtlichen Status als Geschäftsführer der GmbH & Co. KG ab 25. November 2002. Im Feststellungsbogen gab er unter anderem an, dass das Stimmrecht aufgrund eines Treuhandvertrages zu Gunsten eines Dritten ausgeübt werde und er dem Weisungsrecht des P. unterliege. Abgesehen vom Verkauf des Unternehmens und von Neuabschlüssen von Projekten könne er seine Tätigkeit frei gestalten. Er könne mit Ausnahme der leitenden Angestellten selbst Personal einstellen und entlassen, müsse seinen Urlaub genehmigen lassen und könne mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Er erhalte eine monatlich gleichbleibende Vergütung und im Falle der Arbeitsunfähigkeit eine Entgeltfortzahlung für sechs Wochen. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Eine Gewinnbeteiligung oder Tantiemen erhalte er nicht.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 21. November 2006 gegenüber dem Beigeladenen zu 1) und gegenüber der GmbH & Co. KG fest, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 25. November 2002 der Sozialversicherungspflicht unterliege. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch und führte aus, der Beigeladene zu 1) sei tatsächlich alleiniger Inhaber aller Geschäftsanteile der GmbH & Co. KG gewesen. Der angebliche Inhaber sei wohlwollend ausgedrückt lediglich sein Treuhänder gewesen. Weisungen durch die L. an den Beigeladenen zu 1) habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Die getätigten Entnahmen in Höhe von EUR 431.925,37 hätten weit mehr als das 17-fache des Gesellschaftskapitals von EUR 25.000 ausgemacht und seien daher eine Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens gewesen. Dies wäre ihm als weisungsgebundenem Arbeitnehmer nie möglich gewesen, ohne dass ein Gesellschafter eingeschritten wäre. Die Gründung der GmbH & Co. KG im März 2000 mit seiner Frau als Gesellschafterin sei allein erfolgt, weil er zu diesem Zeitpunkt wegen des seit 1996 laufenden Konkursverfahrens nach außen hin nicht in Erscheinung treten könne. Nach Aufhebung des Verfahrens im Juli 2001 sei der neue Insolvenzantrag durch das Finanzamt Ratzeburg bereits im September 2002 gestellt und im März 2003 mangels Masse abgelehnt worden. Dass der Beigeladene zu 1) während dieser Zeit nicht in öffentlichen Registern habe erscheinen wollen, sei nur allzu verständlich. Er habe die Konstruktion der Gründung einer GmbH & Co. KG durch seine Ehefrau, die zwischenzeitliche Übertragung an seinen Bruder und die Weiterübertragung an die L. nur gewählt, um Vollstreckungsversuche seiner persönlichen Gläubiger zu verhindern und sich als "Arbeitnehmer" einen Einstieg in die Sozialversicherung zu verschaffen. Zu keiner Zeit habe es einen Gesellschafter gegeben, der ihm irgendetwas hätte vorschreiben können.

Die Beigeladene zu 2) vertrat in einer Stellungnahme vom 21. Februar 2007 die Auffassung, dass bei Fremdgeschäftsführern ohne Beteiligung an der Gesellschaft grundsätzlich eine abhängige Beschäftigung vorliege. Eine Ausnahme komme zwar bei Familiengesellschaften in Betracht, ein vergleichbarer Sachverhalt liege hier aber nicht vor.

Die Beklagte wies daraufhin den Widerspruch des Klägers durch Widerspruchsbescheid vom 23. März 2007 zurück. Der Beigeladene zu 1) sei weder durch verwandtschaftliche Beziehungen mit dem Gesellschafter der L. -P. - verbunden noch sei er am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligt, sodass ihm jedwede Möglichkeit gefehlt habe, Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Er sei über den Arbeitsvertrag in den Betrieb eingegliedert gewesen und könne aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Entscheidungen entgegen arbeitgeberseitigen Interessen treffen. Der Arbeitsvertrag enthalte arbeitnehmertypische Elemente, der Beigeladene zu 1) habe ein festes Gehalt bezogen und im Feststellungsbogen selbst angegeben, dass das Weisungsrecht durch die L. ausgeübt werde. Wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze bestehe keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, wohl aber in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Der Kläger hat dagegen am 26. April 2007 Klage erhoben und vorgetragen, der Beigeladene zu 1) sei wirtschaftlich alleiniger Inhaber des Firmengeflechts, bestehend aus L., GmbH und GmbH & Co. KG gewesen. Dies habe er gegenüber dem Kläger auch zugegeben. Seine Erklärungen im Feststellungsbogen hätten nur dazu gedient, Insolvenz- und Arbeitslosengeld zu erhalten. Der angeblich weisungsberechtigte P. befasse sich seit 1999 mit der Gründung und dem Verkauf britischer L. Companies, wobei er in seinem Internet-Auftritt Wert auf die Feststellung lege, dass ihn die Bonität seiner Kunden nicht interessiere. Er biete sich ausdrücklich als Partner für einen Neustart nach Insolvenz an und offeriere eine "Neustart L." bei schlechter Bonität sowie eine "Normal L." bei guter Bonität. Bei der "Neustart L." beinhalte das Angebot, dass P. für das erste Jahr "Nominee-Shareholder" mit Treuhandvertrag bleibe. Wegen der Gestellung eines Treuhänders koste diese für Pleitiers bestimmte L. mit EUR 599 mehr als die einem solventen Erwerber vorbehaltene Variante der "Normal L." mit EUR 419. Entsprechend seiner wirtschaftlich desolaten Situation habe der Beigeladene zu 1) die Variante "Neustart L." erworben, bei der P. Nominee Shareholder für ein Jahr geblieben sei. Als fremdnütziger Treuhänder habe P. aber keinerlei Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) gehabt, abgesehen davon, dass er an einer Bäckerei-Servicegesellschaft in G. auch keinerlei wirtschaftliches Interesse gehabt habe.

Der Beigeladene zu 1) sei jeweils alleiniger Manager der L., der GmbH und der GmbH & Co. KG gewesen. So habe er sich in der Gesellschafterversammlung vom 13. September 2004 selbst als aktuellem Geschäftsführer sowie seiner Frau und seinem Bruder als früheren Geschäftsführern Entlastung erteilt. Er allein habe die Jahresabschlüsse erstellt und über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden. In der Zeit von 2002 bis 2006 habe er der GmbH & Co. KG einen Betrag von EUR 431.925,37 für sich und seine Frau entnommen und als Darlehen ausgewiesen. Er habe am 17. August 2006 den Beschluss gefasst, den Sitz der GmbH & Co. KG nach F. zu verlegen, was allerdings durch die Insolvenz obsolet geworden sei.

Die Beklagte hat demgegenüber daran festgehalten, dass der Beigeladene zu 1) nicht am Kapital des Firmengeflechts beteiligt gewesen sei und nicht die Rechtsmacht gehabt habe, seine Interessen gegenüber den Vorstellungen der Gesellschafter durchzusetzen.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 25. November 2009 den Bevollmächtigten des Klägers am 22. Januar 2010 zugestellt abgewiesen und ausgeführt, bei dem Beigeladenen zu 1) hätten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen. Zwar sei davon auszugehen, dass er bei der Ausführung seiner Arbeit praktisch keinen Weisungen unterworfen gewesen sei, dieser Umstand bleibe aber ohne ausschlaggebende Bedeutung, da er weder an der KG noch an der GmbH beteiligt gewesen sei und auch nicht familiär mit einem Gesellschafter verbunden gewesen sei. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus den getätigten erheblichen Privatentnahmen, da solche Handlungen nicht über eine praktisch weisungsfrei ausgeübte Tätigkeit hinausgingen. Soweit der Kläger seine abweichende Auffassung mit dem auf Treuhandverhältnissen gegründeten Firmengeflecht begründe, seien derartige Treuhandverhältnisse weder notariell noch schriftlich abgeschlossen und somit nicht zweifelsfrei festzustellen.

Der Kläger hat dagegen am 19. Februar 2010 Berufung eingelegt und wiederholt und vertieft zur Begründung sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trägt er vor, die Kapitalausstattung der als Nominee Shareholder fungierenden P.-Firma B1 GmbH Ltd. habe gerade einmal 2 Pfund (= EUR 3,18) betragen. P. habe dem Beigeladenen zu 1) ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) übergeben, das ihm im Innenverhältnis Rechtssicherheit gegeben habe. Irgendwelche Weisungsrechte der B1 GmbH Ltd. habe es nicht gegeben, da diese als Treuhänderin ihrerseits von den Weisungen des Treugebers - des Beigeladenen zu 1) - abhängig gewesen sei. Sie habe weder ein wirtschaftliches Interesse noch das Know How zum Führen einer Bäckerei-Servicegesellschaft im fernen G. gehabt. Der Treuhandvertrag habe keiner besonderen Form bedurft, da die deutschen Formvorschriften bei ausländischen Gesellschaften nicht anwendbar seien. P. einziges Interesse liege im Verkauf möglichst vieler Limiteds. Der Beigeladene zu 1) sei stets als Eigentümer seiner Gesellschaften aufgetreten. Er habe die Gesellschafterversammlungen für die L. abgehalten, habe deren Beschlüsse gefasst und namens der L. sich selbst als Geschäftsführer der GmbH Entlastung erteilt, die Jahresabschlüsse aufgestellt, über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden und den Firmensitz verlegt. Die L. habe zu keiner Zeit eigene wirtschaftliche Aktivitäten entwickelt. Nachdem der Beigeladene zu 1) der GmbH und der KG alle finanziellen Mittel für seinen Privatverbrauch entzogen habe, habe er die Insolvenzverfahren beantragt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte und die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 3) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige (§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG) Berufung ist auch begründet, da das Sozialgericht die zulässig erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) zu Unrecht abgewiesen hat.

Der Beigeladene zu 1) unterlag im streitigen Zeitraum nicht der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung ist dagegen bereits wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze (§ 6

[Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung) nicht eingetreten. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt ([§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss vielmehr eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben, die Dienstleistung muss also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG, Urteil vom 08.12.1987 – [7 RAr 25/86](#) – Juris, m.w.N.) Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Tätigkeit. Vorliegend überwiegen die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit.

Zwar war der Kläger rechtlich im streitigen Zeitraum weder an der GmbH noch an der GmbH & Co. KG oder an der L. beteiligt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt in derartigen Fällen in der Regel eine abhängige Beschäftigung vor (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#); BSG, Urteil vom 24.06.1982 – [12 RK 45/80](#) – Juris). Allerdings gilt auch für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest im Rahmen einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt. Ausnahmsweise können daher auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass eine abhängige Beschäftigung zu verneinen ist. Das Bundessozialgericht hat eine derartige Konstellation insbesondere im Falle des Geschäftsführers einer Familiengesellschaft für möglich gehalten, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass dieser aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hindern und es daher an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlt (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#)).

Eine familienhafte Verbundenheit des Beigeladenen zu 1) zu den Gesellschaftern war im streitigen Zeitraum nur zu einem geringen Teil gegeben, nämlich soweit sein Bruder, T.T., noch bis zum 3. Februar 2004 Kommanditist der GmbH & Co. KG war. Dennoch war der Beigeladene trotz seiner formal fehlenden Kapitalbeteiligung während des streitigen Zeitraums durchgehend selbständig tätig. Denn es fehlte hier an der unabdingbaren Voraussetzung seiner Unterordnung unter das Weisungsrecht eines anderen, da es niemanden gab, der die Arbeitgeberfunktion hätte ausüben können. Der Beigeladene zu 1) gab vielmehr selbst die Ordnung des Betriebes vor und war tatsächlich und wirtschaftlich wie ein Alleininhaber tätig.

Komplementärin der GmbH & Co. KG war im streitigen Zeitraum die eigens zu diesem Zweck gegründete L ... Kommanditisten waren zunächst – bis zum 3. Februar 2004 – der Bruder des Beigeladenen zu 1) und sodann ebenfalls die L ... Als deren Alleingesellschafter trat zwar formal die B1 GmbH Ltd. des P. auf, dies hatte jedoch allein den Hintergrund, die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung des Beigeladenen zu 1) im Hinblick auf die laufenden Konkurs- beziehungsweise Insolvenzverfahren zu verschleiern.

P. bietet im Internet (www.deuschelimited.com) deutschen Unternehmern die Gründung von englischen Limiteds innerhalb von 24 Stunden mit variablen Zusatzleistungen an. Es gibt verschiedene Angebotsmodelle, die sich danach unterscheiden, ob der Kunde eine gute oder schlechte Bonität besitzt. Für Kunden mit schlechter Bonität – insbesondere nach geschäftlicher Insolvenz – bot er seinerzeit das Konzept "Neustart L." zum Preis von EUR 599 an, dessen Inhalt im Wesentlichen die Gründung einer englischen L. sowie die treuhänderische Stellung des Shareholder (Aktionärs) war. Der Kunde erhielt formal die Position eines Direktors (Geschäftsführers) und bekam ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) ausgehändigt, mit dem eine Übertragung auf andere Personen jederzeit ohne Notarbesuch möglich war. Hierdurch wurde – wie auf der Internetseite ausdrücklich hervorgehoben wurde – sichergestellt, dass der Kunde im Innenverhältnis die Rechtssicherheit erhielt, dass ihm die Gesellschaft gehörte. Geworben wird damit, dass P. bereits an der Gründung und Übernahme von zahlreichen (im Zeitpunkt der Entscheidung über 3200) Gesellschaften mitgewirkt habe. Dessen einziges wirtschaftliches Interesse bestand und besteht also darin, durch die dort angebotenen Dienstleistungen Einnahmen zu erzielen, die in Form von Festpreisen vorgegeben sind. Darüber hinausgehende Interessen an den gegründeten Gesellschaften oder ihren wirtschaftlichen Aktivitäten hat er dagegen nicht. Sein Dienstleistungsangebot beschränkt sich auf die Gründung und Übertragung der Gesellschaft sowie auf verschiedene administrative Zusatzleistungen (z.B. Erstellung der englischen Bilanzen, Versendung von Meldungen an englische Behörden etc.). Soweit er beziehungsweise eine weitere von ihm gegründete Gesellschaft als "treuhänderischer Shareholder" auftritt, ist er lediglich Strohmann für den Kunden. Einfluss auf die Geschicke der gegründeten Gesellschaften nahm und nimmt er nicht, deren Leitung ist allein Sache des jeweiligen Erwerbers, wobei dessen Stellung als Treugeber rechtlich durch seine Bestellung als Direktor sowie durch Übertragung des stock transfer form abgesichert wird. Die betriebliche Ordnung wird somit in keiner Weise durch P. vorgegeben, sondern allein durch den "Direktor" – hier also den Beigeladenen zu 1) – der auch allein das wirtschaftliche Unternehmerrisiko trägt.

Dieser Sachverhalt wird durch die vom Kläger eingereichte schriftliche Erklärung des Beigeladenen zu 1) vom 17. Januar 2011 bestätigt, mit der dieser angegeben hat, dass ihm die Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG durchgehend allein gehört hätten und es zu keiner Zeit jemanden gegeben habe, der ihm Anweisungen hätte erteilen können. Hintergrund der gewählten Konstruktion war, dass sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co. KG während eines laufenden Konkursverfahrens gegründet wurden. Der Erwerb der L. erfolgte kurz nachdem ein weiterer Insolvenzantrag gestellt worden war. Seine Ehefrau und sein Bruder hielten die Anteile jeweils nur kurz, bis sie auf die L. übertragen wurden. Dass dies jeweils auf Anweisung des Beigeladenen zu 1) erfolgte, hat dieser ebenfalls mit seiner schriftlichen Erklärung vom 17. Januar 2011 bestätigt.

Dass er demgegenüber bei seinem an die Beklagte gerichteten Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status abweichende Angaben gemacht hat, kann nicht zu einer anderen Bewertung führen, da diese im zeitlichen Zusammenhang mit der Beantragung von Insolvenz- und Arbeitslosengeld erfolgten. Auch dem geschlossenen "Anstellungsvertrag", der arbeitnehmertypische Regelungen wie ein festes monatliches Gehalt, Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, enthält, kann vor diesem Hintergrund

keine maßgebliche Bedeutung zukommen.

Dass der Beigeladene zu 1) alleinverantwortlich handelte und keinerlei Weisungen unterworfen war, wird auch durch die von ihm getätigten erheblichen Privatentnahmen bestätigt, die letztlich zur Ausplünderung des Unternehmens geführt haben und völlig unbeanstandet blieben. Er hat ferner ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung der GmbH vom 13. September 2004 diese abgehalten und namens der L. sich selbst sowie seiner Frau und seinem Bruder als Geschäftsführer Entlastung erteilt.

Eine andere rechtliche Beurteilung folgt schließlich auch nicht aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. Januar 2006 ([B 12 KR 30/04 R - Juris](#)), in dem für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit darauf abgestellt wird, wer – unabhängig von ihrer tatsächlichen Ausübung – die Rechtsmacht hat, auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, denn auch diese Rechtsmacht lag bei dem Beigeladenen zu 1). Dadurch, dass er im Besitz des Aktienübertragungszertifikats war, hätte er jederzeit die Anteile auf sich übertragen können und somit ihm nicht genehme Weisungen verhindern können.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) und 3, [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Landessozialgericht Hamburg

Urteil Im Namen des Volkes In dem Rechtsstreit

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Hamburg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. März 2012 durch

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufgehoben. Unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 wird festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006.

Der 1964 geborene Beigeladene zu 1) betrieb von 1990 bis 1995 als selbständiger Bäckermeister eine Bäckerei in G., die er wegen Zahlungsunfähigkeit schließen musste. Am 4. April 1996 wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren wurde am 17. Juli 2001 aufgehoben. Von 1996 bis 2000 übte er teilweise sozialversicherungsfreie, teilweise keine Tätigkeiten aus.

Am 8. August 2000 wurde die H. Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: GmbH) in das Handelsregister eingetragen, deren Alleingesellschafterin die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), M.T., war. Am 27. September 2000 wurde die durch Gesellschaftsvertrag vom 31. März 2000 gegründete H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG (im Folgenden: GmbH & Co. KG) in das Handelsregister eingetragen, deren Komplementärin die GmbH und deren Kommanditistin M.T. war.

Am 9. September 2002 stellte das Finanzamt Ratzeburg einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beigeladenen zu 1). Das Amtsgericht Schwarzenbek lehnte die Eröffnung mit Beschluss vom 21. März 2003 (1b IN 210/02) mangels Masse ab.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 25. September 2002 wurde die "B." mit Sitz in E. und W. (im Folgenden: L.) gegründet. Alleingesellschafterin war nach dem Gesellschaftsvertrag eine GmbH Ltd. aus M., für die ein Herr P. unterzeichnete. Der Beigeladene zu 1) wurde als Direktor/Geschäftsführer der L. bestellt.

Am 27. September 2002 übertrug M.T. ihre Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG an den Bruder des Beigeladenen zu 1), T.T., der auch jeweils zum Geschäftsführer bestellt wurde. Dieser wiederum übertrug die Anteile der GmbH am 25. November 2002 und an der GmbH & Co. KG am 3. Februar 2004 an die L. ... Der Beigeladene zu 1) wurde als Geschäftsführer der GmbH bestellt. Ebenfalls mit Wirkung ab 25. November 2002 kam es zum Abschluss des "Anstellungsvertrages" als Geschäftsführer zwischen der GmbH & Co. KG und dem Beigeladenen zu 1). Darin war unter anderem ein festes Monatsgehalt von EUR 4.090,34 vereinbart, welches durch Nachtragsvereinbarung vom 22. November 2002 auf EUR 4.500 erhöht wurde. Vereinbarung waren außerdem eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Monate, ein Jahresurlaubsanspruch von 30 Tagen sowie eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. In der Folgezeit bis zum 31. Mai 2006 tätigte der Beigeladene zu 1) Entnahmen in Höhe von insgesamt EUR 431.925,37, die er als Darlehen für sich und seine Ehefrau deklarierte.

Am 1. September 2006 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH & Co. KG. Am 10. November 2006 stellte er außerdem einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Am

27. Oktober 2006 beantragte er Insolvenzgeld, worauf ihm von der Beigeladenen zu 3) ein Vorschuss von EUR 6.500 gezahlt wurde. Am 1. November 2006 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld, welches ihm mit Bescheid vom 29. November 2006 antragsgemäß bewilligt wurde. Zwar hob die Beigeladene zu 3) die Bewilligung ab 1. Januar 2007 zunächst auf, bewilligte sodann aufgrund des Widerspruchsbescheides der Beklagten jedoch erneut Arbeitslosengeld bis 11. Januar 2007 sowie für die Zeit vom 19. Januar bis 1. Mai 2007.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 3. November 2006 (1a IN 286/06) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 2. Mai 2007 (1b IN 98/07) wurde außerdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beigeladenen zu 1) eröffnet.

Anfang November 2006 stellte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Antrag auf Überprüfung seines versicherungsrechtlichen Status als Geschäftsführer der GmbH & Co. KG ab 25. November 2002. Im Feststellungsbogen gab er unter anderem an, dass das Stimmrecht aufgrund eines Treuhandvertrages zu Gunsten eines Dritten ausgeübt werde und er dem Weisungsrecht des P. unterliege. Abgesehen vom Verkauf des Unternehmens und von Neuabschlüssen von Projekten könne er seine Tätigkeit frei gestalten. Er könne mit Ausnahme der leitenden Angestellten selbst Personal einstellen und entlassen, müsse seinen Urlaub genehmigen lassen und könne mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Er erhalte eine monatlich gleichbleibende Vergütung und im Falle der Arbeitsunfähigkeit eine Entgeltfortzahlung für sechs Wochen. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Eine Gewinnbeteiligung oder Tantiemen erhalte er nicht.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 21. November 2006 gegenüber dem Beigeladenen zu 1) und gegenüber der GmbH & Co. KG fest, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 25. November 2002 der Sozialversicherungspflicht unterliege. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch und führte aus, der Beigeladene zu 1) sei tatsächlich alleiniger Inhaber aller Geschäftsanteile der GmbH & Co. KG gewesen. Der angebliche Inhaber sei wohlwollend ausgedrückt lediglich sein Treuhänder gewesen. Weisungen durch die L. an den Beigeladenen zu 1) habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Die getätigten Entnahmen in Höhe von EUR 431.925,37 hätten weit mehr als das 17-fache des Gesellschaftskapitals von EUR 25.000 ausgemacht und seien daher eine Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens gewesen. Dies wäre ihm als weisungsgebundenem Arbeitnehmer nie möglich gewesen, ohne dass ein Gesellschafter eingeschritten wäre. Die Gründung der GmbH & Co. KG im März 2000 mit seiner Frau als Gesellschafterin sei allein erfolgt, weil er zu diesem Zeitpunkt wegen des seit 1996 laufenden Konkursverfahrens nach außen hin nicht in Erscheinung treten könne. Nach Aufhebung des Verfahrens im Juli 2001 sei der neue Insolvenzantrag durch das Finanzamt Ratzeburg bereits im September 2002 gestellt und im März 2003 mangels Masse abgelehnt worden. Dass der Beigeladene zu 1) während dieser Zeit nicht in öffentlichen Registern habe erscheinen wollen, sei nur allzu verständlich. Er habe die Konstruktion der Gründung einer GmbH & Co. KG durch seine Ehefrau, die zwischenzeitliche Übertragung an seinen Bruder und die Weiter-Übertragung an die L. nur gewählt, um Vollstreckungsversuche seiner persönlichen Gläubiger zu verhindern und sich als "Arbeitnehmer" einen Einstieg in die Sozialversicherung zu verschaffen. Zu keiner Zeit habe es einen Gesellschafter gegeben, der ihm irgendetwas hätte vorschreiben können.

Die Beigeladene zu 2) vertrat in einer Stellungnahme vom 21. Februar 2007 die Auffassung, dass bei Fremdgeschäftsführern ohne Beteiligung an der Gesellschaft grundsätzlich eine abhängige Beschäftigung vorliege. Eine Ausnahme komme zwar bei Familiengesellschaften in Betracht, ein vergleichbarer Sachverhalt liege hier aber nicht vor.

Die Beklagte wies daraufhin den Widerspruch des Klägers durch Widerspruchsbescheid vom 23. März 2007 zurück. Der Beigeladene zu 1) sei weder durch verwandtschaftliche Beziehungen mit dem Gesellschafter der L. -P. - verbunden noch sei er am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligt, sodass ihm jedwede Möglichkeit gefehlt habe, Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Er sei über den Arbeitsvertrag in den Betrieb eingegliedert gewesen und könne aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Entscheidungen entgegen arbeitgeberseitigen Interessen treffen. Der Arbeitsvertrag enthalte arbeitnehmertypische Elemente, der Beigeladene zu 1) habe ein festes Gehalt bezogen und im Feststellungsbogen selbst angegeben, dass das Weisungsrecht durch die L. ausgeübt werde. Wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze bestehe keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, wohl aber in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Der Kläger hat dagegen am 26. April 2007 Klage erhoben und vorgetragen, der Beigeladene zu 1) sei wirtschaftlich alleiniger Inhaber des Firmengeflechts, bestehend aus L., GmbH und GmbH & Co. KG gewesen. Dies habe er gegenüber dem Kläger auch zugegeben. Seine Erklärungen im Feststellungsbogen hätten nur dazu gedient, Insolvenz- und Arbeitslosengeld zu erhalten. Der angeblich weisungsberechtigte P. befasse sich seit 1999 mit der Gründung und dem Verkauf britischer L. Companies, wobei er in seinem Internet-Auftritt Wert auf die Feststellung lege, dass ihn die Bonität seiner Kunden nicht interessiere. Er biete sich ausdrücklich als Partner für einen Neustart nach Insolvenz an und offeriere eine "Neustart L." bei schlechter Bonität sowie eine "Normal L." bei guter Bonität. Bei der "Neustart L." beinhalte das Angebot, dass P. für das erste Jahr "Nominee-Shareholder" mit Treuhandvertrag bleibe. Wegen der Gestellung eines Treuhänders koste diese für Pleitiers bestimmte L. mit EUR 599 mehr als die einem solventen Erwerber vorbehaltene Variante der "Normal L." mit EUR 419. Entsprechend seiner wirtschaftlich desolaten Situation habe der Beigeladene zu 1) die Variante "Neustart L." erworben, bei der P. Nominee Shareholder für ein Jahr geblieben sei. Als fremdnütziger Treuhänder habe P. aber keinerlei Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) gehabt, abgesehen davon, dass er an einer Bäckerei-Servicegesellschaft in G. auch keinerlei wirtschaftliches Interesse gehabt habe.

Der Beigeladene zu 1) sei jeweils alleiniger Manager der L., der GmbH und der GmbH & Co. KG gewesen. So habe er sich in der Gesellschafterversammlung vom 13. September 2004 selbst als aktuellem Geschäftsführer sowie seiner Frau und seinem Bruder als früheren Geschäftsführern Entlastung erteilt. Er allein habe die Jahresabschlüsse erstellt und über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden. In der Zeit von 2002 bis 2006 habe er der GmbH & Co. KG einen Betrag von EUR 431.925,37 für sich und seine Frau entnommen und als Darlehen ausgewiesen. Er habe am 17. August 2006 den Beschluss gefasst, den Sitz der GmbH & Co. KG nach F. zu verlegen, was allerdings durch die Insolvenz obsolet geworden sei.

Die Beklagte hat demgegenüber daran festgehalten, dass der Beigeladene zu 1) nicht am Kapital des Firmengeflechts beteiligt gewesen sei und nicht die Rechtsmacht gehabt habe, seine Interessen gegenüber den Vorstellungen der Gesellschafter durchzusetzen.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 25. November 2009 den Bevollmächtigten des Klägers am 22. Januar 2010 zugestellt abgewiesen und ausgeführt, bei dem Beigeladenen zu 1) hätten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen. Zwar sei davon auszugehen, dass er bei der Ausführung seiner Arbeit praktisch keinen Weisungen unterworfen gewesen sei, dieser Umstand bleibe aber ohne ausschlaggebende Bedeutung, da er weder an der KG noch an der GmbH beteiligt gewesen sei und auch nicht familiär mit einem Gesellschafter verbunden gewesen sei. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus den getätigten erheblichen Privatentnahmen, da solche Handlungen nicht über eine praktisch weisungsfrei ausgeübte Tätigkeit hinausgingen. Soweit der Kläger seine abweichende Auffassung mit dem auf Treuhandverhältnissen gegründeten Firmengeflecht begründe, seien derartige Treuhandverhältnisse weder notariell noch schriftlich abgeschlossen und somit nicht zweifelsfrei festzustellen.

Der Kläger hat dagegen am 19. Februar 2010 Berufung eingelegt und wiederholt und vertieft zur Begründung sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trägt er vor, die Kapitalausstattung der als Nominee Shareholder fungierenden P.-Firma B1 GmbH Ltd. habe gerade einmal 2 Pfund (= EUR 3,18) betragen. P. habe dem Beigeladenen zu 1) ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) übergeben, das ihm im Innenverhältnis Rechtssicherheit gegeben habe. Irgendwelche Weisungsrechte der B1 GmbH Ltd. habe es nicht gegeben, da diese als Treuhänderin ihrerseits von den Weisungen des Treugebers – des Beigeladenen zu 1) – abhängig gewesen sei. Sie habe weder ein wirtschaftliches Interesse noch das Know How zum Führen einer Bäckerei-Servicegesellschaft im fernen G. gehabt. Der Treuhandvertrag habe keiner besonderen Form bedurft, da die deutschen Formvorschriften bei ausländischen Gesellschaften nicht anwendbar seien. P. einziges Interesse liege im Verkauf möglichst vieler Limiteds. Der Beigeladene zu 1) sei stets als Eigentümer seiner Gesellschaften aufgetreten. Er habe die Gesellschafterversammlungen für die L. abgehalten, habe deren Beschlüsse gefasst und namens der L. sich selbst als Geschäftsführer der GmbH Entlastung erteilt, die Jahresabschlüsse aufgestellt, über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden und den Firmensitz verlegt. Die L. habe zu keiner Zeit eigene wirtschaftliche Aktivitäten entwickelt. Nachdem der Beigeladene zu 1) der GmbH und der KG alle finanziellen Mittel für seinen Privatverbrauch entzogen habe, habe er die Insolvenzverfahren beantragt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte und die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 3) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG) Berufung ist auch begründet, da das Sozialgericht die zulässig erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) zu Unrecht abgewiesen hat.

Der Beigeladene zu 1) unterlag im streitigen Zeitraum nicht der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung ist dagegen bereits wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze ([§ 6 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung) nicht eingetreten. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt ([§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss vielmehr eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben, die Dienstleistung muss also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG, Urteil vom 08.12.1987 – [7 RA 25/86](#) – Juris, m.w.N.) Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Tätigkeit. Vorliegend überwiegen die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit.

Zwar war der Kläger rechtlich im streitigen Zeitraum weder an der GmbH noch an der GmbH & Co. KG oder an der L. beteiligt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt in derartigen Fällen in der Regel eine abhängige Beschäftigung vor (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#); BSG, Urteil vom 24.06.1982 – [12 RK 45/80](#) – Juris). Allerdings gilt auch für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest im Rahmen einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt. Ausnahmsweise können daher auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass eine abhängige Beschäftigung zu verneinen ist. Das Bundessozialgericht hat eine derartige Konstellation insbesondere im Falle

des Geschäftsführers einer Familiengesellschaft für möglich gehalten, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass dieser aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hindern und es daher an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlt (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#)).

Eine familienhafte Verbundenheit des Beigeladenen zu 1) zu den Gesellschaftern war im streitigen Zeitraum nur zu einem geringen Teil gegeben, nämlich soweit sein Bruder, T.T., noch bis zum 3. Februar 2004 Kommanditist der GmbH & Co. KG war. Dennoch war der Beigeladene trotz seiner formal fehlenden Kapitalbeteiligung während des streitigen Zeitraums durchgehend selbständig tätig. Denn es fehlte hier an der unabdingbaren Voraussetzung seiner Unterordnung unter das Weisungsrecht eines anderen, da es niemanden gab, der die Arbeitgeberfunktion hätte ausüben können. Der Beigeladene zu 1) gab vielmehr selbst die Ordnung des Betriebes vor und war tatsächlich und wirtschaftlich wie ein Alleininhaber tätig.

Komplementärin der GmbH & Co. KG war im streitigen Zeitraum die eigens zu diesem Zweck gegründete L ... Kommanditisten waren zunächst - bis zum 3. Februar 2004 - der Bruder des Beigeladenen zu 1) und sodann ebenfalls die L ... Als deren Alleingesellschafter trat zwar formal die B1 GmbH Ltd. des P. auf, dies hatte jedoch allein den Hintergrund, die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung des Beigeladenen zu 1) im Hinblick auf die laufenden Konkurs- beziehungsweise Insolvenzverfahren zu verschleiern.

P. bietet im Internet (www.deutschelimited.com) deutschen Unternehmern die Gründung von englischen Limiteds innerhalb von 24 Stunden mit variablen Zusatzleistungen an. Es gibt verschiedene Angebotsmodelle, die sich danach unterscheiden, ob der Kunde eine gute oder schlechte Bonität besitzt. Für Kunden mit schlechter Bonität - insbesondere nach geschäftlicher Insolvenz - bot er seinerzeit das Konzept "Neustart L." zum Preis von EUR 599 an, dessen Inhalt im Wesentlichen die Gründung einer englischen L. sowie die treuhänderische Stellung des Shareholder (Aktionärs) war. Der Kunde erhielt formal die Position eines Direktors (Geschäftsführers) und bekam ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) ausgehändigt, mit dem eine Übertragung auf andere Personen jederzeit ohne Notarbesuch möglich war. Hierdurch wurde - wie auf der Internetseite ausdrücklich hervorgehoben wurde - sichergestellt, dass der Kunde im Innenverhältnis die Rechtssicherheit erhielt, dass ihm die Gesellschaft gehörte. Geworben wird damit, dass P. bereits an der Gründung und Übernahme von zahlreichen (im Zeitpunkt der Entscheidung über 3200) Gesellschaften mitgewirkt habe. Dessen einziges wirtschaftliches Interesse bestand und besteht also darin, durch die dort angebotenen Dienstleistungen Einnahmen zu erzielen, die in Form von Festpreisen vorgegeben sind. Darüber hinausgehende Interessen an den gegründeten Gesellschaften oder ihren wirtschaftlichen Aktivitäten hat er dagegen nicht. Sein Dienstleistungsangebot beschränkt sich auf die Gründung und Übertragung der Gesellschaft sowie auf verschiedene administrative Zusatzleistungen (z.B. Erstellung der englischen Bilanzen, Versendung von Meldungen an englische Behörden etc.). Soweit er beziehungsweise eine weitere von ihm gegründete Gesellschaft als "treuhänderischer Shareholder" auftritt, ist er lediglich Strohmännchen für den Kunden. Einfluss auf die Geschicke der gegründeten Gesellschaften nahm und nimmt er nicht, deren Leitung ist allein Sache des jeweiligen Erwerbers, wobei dessen Stellung als Treugeber rechtlich durch seine Bestellung als Direktor sowie durch Übertragung des stock transfer form abgesichert wird. Die betriebliche Ordnung wird somit in keiner Weise durch P. vorgegeben, sondern allein durch den "Direktor" - hier also den Beigeladenen zu 1) - der auch allein das wirtschaftliche Unternehmerrisiko trägt.

Dieser Sachverhalt wird durch die vom Kläger eingereichte schriftliche Erklärung des Beigeladenen zu 1) vom 17. Januar 2011 bestätigt, mit der dieser angegeben hat, dass ihm die Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG durchgehend allein gehört hätten und es zu keiner Zeit jemanden gegeben habe, der ihm Anweisungen hätte erteilen können. Hintergrund der gewählten Konstruktion war, dass sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co. KG während eines laufenden Konkursverfahrens gegründet wurden. Der Erwerb der L. erfolgte kurz nachdem ein weiterer Insolvenzantrag gestellt worden war. Seine Ehefrau und sein Bruder hielten die Anteile jeweils nur kurz, bis sie auf die L. übertragen wurden. Dass dies jeweils auf Anweisung des Beigeladenen zu 1) erfolgte, hat dieser ebenfalls mit seiner schriftlichen Erklärung vom 17. Januar 2011 bestätigt.

Dass er demgegenüber bei seinem an die Beklagte gerichteten Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status abweichende Angaben gemacht hat, kann nicht zu einer anderen Bewertung führen, da diese im zeitlichen Zusammenhang mit der Beantragung von Insolvenz- und Arbeitslosengeld erfolgten. Auch dem geschlossenen "Anstellungsvertrag", der arbeitnehmertypische Regelungen wie ein festes monatliches Gehalt, Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, enthält, kann vor diesem Hintergrund keine maßgebliche Bedeutung zukommen.

Dass der Beigeladene zu 1) alleinverantwortlich handelte und keinerlei Weisungen unterworfen war, wird auch durch die von ihm getätigten erheblichen Privatentnahmen bestätigt, die letztlich zur Ausplünderung des Unternehmens geführt haben und völlig unbeanstandet blieben. Er hat ferner ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung der GmbH vom 13. September 2004 diese abgehalten und namens der L. sich selbst sowie seiner Frau und seinem Bruder als Geschäftsführer Entlastung erteilt.

Eine andere rechtliche Beurteilung folgt schließlich auch nicht aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. Januar 2006 ([B 12 KR 30/04 R - Juris](#)), in dem für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit darauf abgestellt wird, wer - unabhängig von ihrer tatsächlichen Ausübung - die Rechtsmacht hat, auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, denn auch diese Rechtsmacht lag bei dem Beigeladenen zu 1). Dadurch, dass er im Besitz des Aktienübertragungszertifikats war, hätte er jederzeit die Anteile auf sich übertragen können und somit ihm nicht genehme Weisungen verhindern können.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) und [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Landessozialgericht Hamburg

Urteil im Namen des Volkes In dem Rechtsstreit

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Hamburg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. März 2012 durch

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufgehoben. Unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 wird festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006.

Der 1964 geborene Beigeladene zu 1) betrieb von 1990 bis 1995 als selbständiger Bäckermeister eine Bäckerei in G., die er wegen Zahlungsunfähigkeit schließen musste. Am 4. April 1996 wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren wurde am 17. Juli 2001 aufgehoben. Von 1996 bis 2000 übte er teilweise sozialversicherungsfreie, teilweise keine Tätigkeiten aus.

Am 8. August 2000 wurde die H. Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: GmbH) in das Handelsregister eingetragen, deren Alleingesellschafterin die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), M.T., war. Am 27. September 2000 wurde die durch Gesellschaftsvertrag vom 31. März 2000 gegründete H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG (im Folgenden: GmbH & Co. KG) in das Handelsregister eingetragen, deren Komplementärin die GmbH und deren Kommanditistin M.T. war.

Am 9. September 2002 stellte das Finanzamt Ratzeburg einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beigeladenen zu 1). Das Amtsgericht Schwarzenbek lehnte die Eröffnung mit Beschluss vom 21. März 2003 (1b IN 210/02) mangels Masse ab.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 25. September 2002 wurde die "B." mit Sitz in E. und W. (im Folgenden: L.) gegründet. Alleingesellschafterin war nach dem Gesellschaftsvertrag eine GmbH Ltd. aus M., für die ein Herr P. unterzeichnete. Der Beigeladene zu 1) wurde als Direktor/Geschäftsführer der L. bestellt.

Am 27. September 2002 übertrug M.T. ihre Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG an den Bruder des Beigeladenen zu 1), T.T., der auch jeweils zum Geschäftsführer bestellt wurde. Dieser wiederum übertrug die Anteile der GmbH am 25. November 2002 und an der GmbH & Co. KG am 3. Februar 2004 an die L ... Der Beigeladene zu 1) wurde als Geschäftsführer der GmbH bestellt. Ebenfalls mit Wirkung ab 25. November 2002 kam es zum Abschluss des "Anstellungsvertrages" als Geschäftsführer zwischen der GmbH & Co. KG und dem Beigeladenen zu 1). Darin war unter anderem ein festes Monatsgehalt von EUR 4.090,34 vereinbart, welches durch Nachtragsvereinbarung vom 22. November 2002 auf EUR 4.500 erhöht wurde. Vereinbart waren außerdem eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Monate, ein Jahresurlaubsanspruch von 30 Tagen sowie eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. In der Folgezeit bis zum 31. Mai 2006 tätigte der Beigeladene zu 1) Entnahmen in Höhe von insgesamt EUR 431.925,37, die er als Darlehen für sich und seine Ehefrau deklarierte.

Am 1. September 2006 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH & Co. KG. Am 10. November 2006 stellte er außerdem einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Am 27. Oktober 2006 beantragte er Insolvenzgeld, worauf ihm von der Beigeladenen zu 3) ein Vorschuss von EUR 6.500 gezahlt wurde. Am 1. November 2006 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld, welches ihm mit Bescheid vom 29. November 2006 antragsgemäß bewilligt wurde. Zwar hob die Beigeladene zu 3) die Bewilligung ab 1. Januar 2007 zunächst auf, bewilligte sodann aufgrund des Widerspruchsbescheides der Beklagten jedoch erneut Arbeitslosengeld bis 11. Januar 2007 sowie für die Zeit vom 19. Januar bis 1. Mai 2007.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 3. November 2006 (1a IN 286/06) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 2. Mai 2007 (1b IN 98/07) wurde außerdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beigeladenen zu 1) eröffnet.

Anfang November 2006 stellte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Antrag auf Überprüfung seines versicherungsrechtlichen Status als Geschäftsführer der GmbH & Co. KG ab 25. November 2002. Im Feststellungsbogen gab er unter anderem an, dass das Stimmrecht aufgrund eines Treuhandvertrages zu Gunsten eines Dritten ausgeübt werde und er dem Weisungsrecht des P. unterliege. Abgesehen vom Verkauf des Unternehmens und von Neuabschlüssen von Projekten könne er seine Tätigkeit frei gestalten. Er könne mit Ausnahme der leitenden Angestellten selbst Personal einstellen und entlassen, müsse seinen Urlaub genehmigen lassen und könne mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Er erhalte eine monatlich gleichbleibende Vergütung und im Falle der Arbeitsunfähigkeit eine Entgeltfortzahlung für sechs Wochen. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Eine Gewinnbeteiligung oder Tantiemen erhalte er nicht.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 21. November 2006 gegenüber dem Beigeladenen zu 1) und gegenüber der GmbH & Co. KG fest, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 25. November 2002 der Sozialversicherungspflicht unterliege. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch und führte aus, der Beigeladene zu 1) sei tatsächlich alleiniger Inhaber aller Geschäftsanteile der GmbH & Co. KG gewesen. Der angebliche Inhaber sei wohlwollend ausgedrückt lediglich sein Treuhänder gewesen. Weisungen durch die L. an den Beigeladenen zu 1) habe es zu

keinem Zeitpunkt gegeben. Die getätigten Entnahmen in Höhe von EUR 431.925,37 hätten weit mehr als das 17-fache des Gesellschaftskapitals von EUR 25.000 ausgemacht und seien daher eine Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens gewesen. Dies wäre ihm als weisungsgebundenem Arbeitnehmer nie möglich gewesen, ohne dass ein Gesellschafter eingeschritten wäre. Die Gründung der GmbH & Co. KG im März 2000 mit seiner Frau als Gesellschafterin sei allein erfolgt, weil er zu diesem Zeitpunkt wegen des seit 1996 laufenden Konkursverfahrens nach außen hin nicht in Erscheinung habe treten können. Nach Aufhebung des Verfahrens im Juli 2001 sei der neue Insolvenzantrag durch das Finanzamt Ratzeburg bereits im September 2002 gestellt und im März 2003 mangels Masse abgelehnt worden. Dass der Beigeladene zu 1) während dieser Zeit nicht in öffentlichen Registern habe erscheinen wollen, sei nur allzu verständlich. Er habe die Konstruktion der Gründung einer GmbH & Co. KG durch seine Ehefrau, die zwischenzeitliche Übertragung an seinen Bruder und die Weiter-Übertragung an die L. nur gewählt, um Vollstreckungsversuche seiner persönlichen Gläubiger zu verhindern und sich als "Arbeitnehmer" einen Einstieg in die Sozialversicherung zu verschaffen. Zu keiner Zeit habe es einen Gesellschafter gegeben, der ihm irgendetwas hätte vorschreiben können.

Die Beigeladene zu 2) vertrat in einer Stellungnahme vom 21. Februar 2007 die Auffassung, dass bei Fremdgeschäftsführern ohne Beteiligung an der Gesellschaft grundsätzlich eine abhängige Beschäftigung vorliege. Eine Ausnahme komme zwar bei Familiengesellschaften in Betracht, ein vergleichbarer Sachverhalt liege hier aber nicht vor.

Die Beklagte wies daraufhin den Widerspruch des Klägers durch Widerspruchsbescheid vom 23. März 2007 zurück. Der Beigeladene zu 1) sei weder durch verwandtschaftliche Beziehungen mit dem Gesellschafter der L. -P. - verbunden noch sei er am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligt, sodass ihm jedwede Möglichkeit gefehlt habe, Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Er sei über den Arbeitsvertrag in den Betrieb eingegliedert gewesen und könne aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Entscheidungen entgegen arbeitgeberseitigen Interessen treffen. Der Arbeitsvertrag enthalte arbeitnehmertypische Elemente, der Beigeladene zu 1) habe ein festes Gehalt bezogen und im Feststellungsbogen selbst angegeben, dass das Weisungsrecht durch die L. ausgeübt werde. Wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze bestehe keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, wohl aber in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Der Kläger hat dagegen am 26. April 2007 Klage erhoben und vorgetragen, der Beigeladene zu 1) sei wirtschaftlich alleiniger Inhaber des Firmengeflechts, bestehend aus L., GmbH und GmbH & Co. KG gewesen. Dies habe er gegenüber dem Kläger auch zugegeben. Seine Erklärungen im Feststellungsbogen hätten nur dazu gedient, Insolvenz- und Arbeitslosengeld zu erhalten. Der angeblich weisungsberechtigte P. befasse sich seit 1999 mit der Gründung und dem Verkauf britischer L. Companies, wobei er in seinem Internet-Auftritt Wert auf die Feststellung lege, dass ihn die Bonität seiner Kunden nicht interessiere. Er biete sich ausdrücklich als Partner für einen Neustart nach Insolvenz an und offeriere eine "Neustart L." bei schlechter Bonität sowie eine "Normal L." bei guter Bonität. Bei der "Neustart L." beinhalte das Angebot, dass P. für das erste Jahr "Nominee-Shareholder" mit Treuhandvertrag bleibe. Wegen der Gestellung eines Treuhänders koste diese für Pleitiers bestimmte L. mit EUR 599 mehr als die einem solventen Erwerber vorbehaltene Variante der "Normal L." mit EUR 419. Entsprechend seiner wirtschaftlich desolaten Situation habe der Beigeladene zu 1) die Variante "Neustart L." erworben, bei der P. Nominee Shareholder für ein Jahr geblieben sei. Als fremdnütziger Treuhänder habe P. aber keinerlei Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) gehabt, abgesehen davon, dass er an einer Bäckerei-Servicegesellschaft in G. auch keinerlei wirtschaftliches Interesse gehabt habe.

Der Beigeladene zu 1) sei jeweils alleiniger Manager der L., der GmbH und der GmbH & Co. KG gewesen. So habe er sich in der Gesellschafterversammlung vom 13. September 2004 selbst als aktuellem Geschäftsführer sowie seiner Frau und seinem Bruder als früheren Geschäftsführern Entlastung erteilt. Er allein habe die Jahresabschlüsse erstellt und über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden. In der Zeit von 2002 bis 2006 habe er der GmbH & Co. KG einen Betrag von EUR 431.925,37 für sich und seine Frau entnommen und als Darlehen ausgewiesen. Er habe am 17. August 2006 den Beschluss gefasst, den Sitz der GmbH & Co. KG nach F. zu verlegen, was allerdings durch die Insolvenz obsolet geworden sei.

Die Beklagte hat demgegenüber daran festgehalten, dass der Beigeladene zu 1) nicht am Kapital des Firmengeflechts beteiligt gewesen sei und nicht die Rechtsmacht gehabt habe, seine Interessen gegenüber den Vorstellungen der Gesellschafter durchzusetzen.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 25. November 2009 den Bevollmächtigten des Klägers am 22. Januar 2010 zugestellt abgewiesen und ausgeführt, bei dem Beigeladenen zu 1) hätten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen. Zwar sei davon auszugehen, dass er bei der Ausführung seiner Arbeit praktisch keinen Weisungen unterworfen gewesen sei, dieser Umstand bleibe aber ohne ausschlaggebende Bedeutung, da er weder an der KG noch an der GmbH beteiligt gewesen sei und auch nicht familiär mit einem Gesellschafter verbunden gewesen sei. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus den getätigten erheblichen Privatentnahmen, da solche Handlungen nicht über eine praktisch weisungsfrei ausgeübte Tätigkeit hinausgingen. Soweit der Kläger seine abweichende Auffassung mit dem auf Treuhandverhältnissen gegründeten Firmengeflecht begründe, seien derartige Treuhandverhältnisse weder notariell noch schriftlich abgeschlossen und somit nicht zweifelsfrei festzustellen.

Der Kläger hat dagegen am 19. Februar 2010 Berufung eingelegt und wiederholt und vertieft zur Begründung sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trägt er vor, die Kapitalausstattung der als Nominee Shareholder fungierenden P.-Firma B1 GmbH Ltd. habe gerade einmal 2 Pfund (= EUR 3,18) betragen. P. habe dem Beigeladenen zu 1) ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) übergeben, das ihm im Innenverhältnis Rechtssicherheit gegeben habe. Irgendwelche Weisungsrechte der B1 GmbH Ltd. habe es nicht gegeben, da diese als Treuhänderin ihrerseits von den Weisungen des Treugebers - des Beigeladenen zu 1) - abhängig gewesen sei. Sie habe weder ein wirtschaftliches Interesse noch das Know How zum Führen einer Bäckerei-Servicegesellschaft im fernen G. gehabt. Der Treuhandvertrag habe keiner besonderen Form bedurft, da die deutschen Formvorschriften bei ausländischen Gesellschaften nicht anwendbar seien. P. einziges Interesse liege im Verkauf möglichst vieler Limiteds. Der Beigeladene zu 1) sei stets als Eigentümer seiner Gesellschaften aufgetreten. Er habe die Gesellschafterversammlungen für die L. abgehalten, habe deren Beschlüsse gefasst und namens der L. sich selbst als Geschäftsführer der GmbH Entlastung erteilt, die Jahresabschlüsse aufgestellt, über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden und den Firmensitz verlegt. Die L. habe zu keiner Zeit eigene wirtschaftliche Aktivitäten entwickelt. Nachdem der Beigeladene zu 1) der GmbH und der KG alle finanziellen Mittel für seinen Privatverbrauch entzogen habe, habe er die Insolvenzverfahren beantragt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte und die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 3) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG) Berufung ist auch begründet, da das Sozialgericht die zulässig erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) zu Unrecht abgewiesen hat.

Der Beigeladene zu 1) unterlag im streitigen Zeitraum nicht der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung ist dagegen bereits wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze ([§ 6 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung) nicht eingetreten. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt ([§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss vielmehr eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben, die Dienstleistung muss also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG, Urteil vom 08.12.1987 – [7 RAr 25/86](#) – Juris, m.w.N.) Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Tätigkeit. Vorliegend überwiegen die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit.

Zwar war der Kläger rechtlich im streitigen Zeitraum weder an der GmbH noch an der GmbH & Co. KG oder an der L. beteiligt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt in derartigen Fällen in der Regel eine abhängige Beschäftigung vor (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#); BSG, Urteil vom 24.06.1982 – [12 RK 45/80](#) – Juris). Allerdings gilt auch für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest im Rahmen einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt. Ausnahmsweise können daher auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass eine abhängige Beschäftigung zu verneinen ist. Das Bundessozialgericht hat eine derartige Konstellation insbesondere im Falle des Geschäftsführers einer Familiengesellschaft für möglich gehalten, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass dieser aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hindern und es daher an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlt (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#)).

Eine familienhafte Verbundenheit des Beigeladenen zu 1) zu den Gesellschaftern war im streitigen Zeitraum nur zu einem geringen Teil gegeben, nämlich soweit sein Bruder, T.T., noch bis zum 3. Februar 2004 Kommanditist der GmbH & Co. KG war. Dennoch war der Beigeladene trotz seiner formal fehlenden Kapitalbeteiligung während des streitigen Zeitraums durchgehend selbständig tätig. Denn es fehlte hier an der unabdingbaren Voraussetzung seiner Unterordnung unter das Weisungsrecht eines anderen, da es niemanden gab, der die Arbeitgeberfunktion hätte ausüben können. Der Beigeladene zu 1) gab vielmehr selbst die Ordnung des Betriebes vor und war tatsächlich und wirtschaftlich wie ein Alleininhaber tätig.

Komplementärin der GmbH & Co. KG war im streitigen Zeitraum die eigens zu diesem Zweck gegründete L ... Kommanditisten waren zunächst – bis zum 3. Februar 2004 – der Bruder des Beigeladenen zu 1) und sodann ebenfalls die L ... Als deren Alleingesellschafter trat zwar formal die B1 GmbH Ltd. des P. auf, dies hatte jedoch allein den Hintergrund, die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung des Beigeladenen zu 1) im Hinblick auf die laufenden Konkurs- beziehungsweise Insolvenzverfahren zu verschleiern.

P. bietet im Internet (www.deutschelimited.com) deutschen Unternehmern die Gründung von englischen Limiteds innerhalb von 24 Stunden mit variablen Zusatzleistungen an. Es gibt verschiedene Angebotsmodelle, die sich danach unterscheiden, ob der Kunde eine gute oder schlechte Bonität besitzt. Für Kunden mit schlechter Bonität – insbesondere nach geschäftlicher Insolvenz – bot er seinerzeit das Konzept "Neustart L." zum Preis von EUR 599 an, dessen Inhalt im Wesentlichen die Gründung einer englischen L. sowie die treuhänderische Stellung des Shareholder (Aktionärs) war. Der Kunde erhielt formal die Position eines Direktors (Geschäftsführers) und bekam ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) ausgehändigt, mit dem eine Übertragung auf andere Personen jederzeit ohne Notarbesuch möglich war. Hierdurch wurde – wie auf der Internetseite ausdrücklich hervorgehoben wurde – sichergestellt, dass der Kunde im Innenverhältnis die

Rechtssicherheit erhielt, dass ihm die Gesellschaft gehörte. Geworben wird damit, dass P. bereits an der Gründung und Übernahme von zahlreichen (im Zeitpunkt der Entscheidung über 3200) Gesellschaften mitgewirkt habe. Dessen einziges wirtschaftliches Interesse bestand und besteht also darin, durch die dort angebotenen Dienstleistungen Einnahmen zu erzielen, die in Form von Festpreisen vorgegeben sind. Darüber hinausgehende Interessen an den gegründeten Gesellschaften oder ihren wirtschaftlichen Aktivitäten hat er dagegen nicht. Sein Dienstleistungsangebot beschränkt sich auf die Gründung und Übertragung der Gesellschaft sowie auf verschiedene administrative Zusatzleistungen (z.B. Erstellung der englischen Bilanzen, Versendung von Meldungen an englische Behörden etc.). Soweit er beziehungsweise eine weitere von ihm gegründete Gesellschaft als "treuhänderischer Shareholder" auftritt, ist er lediglich Strohmann für den Kunden. Einfluss auf die Geschicke der gegründeten Gesellschaften nahm und nimmt er nicht, deren Leitung ist allein Sache des jeweiligen Erwerbers, wobei dessen Stellung als Treugeber rechtlich durch seine Bestellung als Direktor sowie durch Übertragung des stock transfer form abgesichert wird. Die betriebliche Ordnung wird somit in keiner Weise durch P. vorgegeben, sondern allein durch den "Direktor" - hier also den Beigeladenen zu 1) - der auch allein das wirtschaftliche Unternehmerrisiko trägt.

Dieser Sachverhalt wird durch die vom Kläger eingereichte schriftliche Erklärung des Beigeladenen zu 1) vom 17. Januar 2011 bestätigt, mit der dieser angegeben hat, dass ihm die Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG durchgehend allein gehört hätten und es zu keiner Zeit jemanden gegeben habe, der ihm Anweisungen hätte erteilen können. Hintergrund der gewählten Konstruktion war, dass sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co. KG während eines laufenden Konkursverfahrens gegründet wurden. Der Erwerb der L. erfolgte kurz nachdem ein weiterer Insolvenzantrag gestellt worden war. Seine Ehefrau und sein Bruder hielten die Anteile jeweils nur kurz, bis sie auf die L. übertragen wurden. Dass dies jeweils auf Anweisung des Beigeladenen zu 1) erfolgte, hat dieser ebenfalls mit seiner schriftlichen Erklärung vom 17. Januar 2011 bestätigt.

Dass er demgegenüber bei seinem an die Beklagte gerichteten Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status abweichende Angaben gemacht hat, kann nicht zu einer anderen Bewertung führen, da diese im zeitlichen Zusammenhang mit der Beantragung von Insolvenz- und Arbeitslosengeld erfolgten. Auch dem geschlossenen "Anstellungsvertrag", der arbeitnehmertypische Regelungen wie ein festes monatliches Gehalt, Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, enthält, kann vor diesem Hintergrund keine maßgebliche Bedeutung zukommen.

Dass der Beigeladene zu 1) alleinverantwortlich handelte und keinerlei Weisungen unterworfen war, wird auch durch die von ihm getätigten erheblichen Privatentnahmen bestätigt, die letztlich zur Ausplünderung des Unternehmens geführt haben und völlig unbeanstandet blieben. Er hat ferner ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung der GmbH vom 13. September 2004 diese abgehalten und namens der L. sich selbst sowie seiner Frau und seinem Bruder als Geschäftsführer Entlastung erteilt.

Eine andere rechtliche Beurteilung folgt schließlich auch nicht aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. Januar 2006 ([B 12 KR 30/04 R - Juris](#)), in dem für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit darauf abgestellt wird, wer - unabhängig von ihrer tatsächlichen Ausübung - die Rechtsmacht hat, auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, denn auch diese Rechtsmacht lag bei dem Beigeladenen zu 1). Dadurch, dass er im Besitz des Aktienübertragungszertifikats war, hätte er jederzeit die Anteile auf sich übertragen können und somit ihm nicht genehme Weisungen verhindern können.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) und 3, [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Landessozialgericht Hamburg

Urteil im Namen des Volkes In dem Rechtsstreit

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Hamburg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. März 2012 durch

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufgehoben. Unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 wird festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006.

Der 1964 geborene Beigeladene zu 1) betrieb von 1990 bis 1995 als selbständiger Bäckermeister eine Bäckerei in G., die er wegen Zahlungsunfähigkeit schließen musste. Am 4. April 1996 wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren wurde am 17. Juli 2001 aufgehoben. Von 1996 bis 2000 übte er teilweise sozialversicherungsfreie, teilweise keine Tätigkeiten aus.

Am 8. August 2000 wurde die H. Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: GmbH) in das Handelsregister eingetragen, deren Alleingesellschafterin die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), M.T., war. Am 27. September 2000 wurde die durch Gesellschaftsvertrag vom 31. März 2000 gegründete H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG (im Folgenden: GmbH & Co. KG) in das Handelsregister eingetragen, deren Komplementärin die GmbH und deren Kommanditistin M.T. war.

Am 9. September 2002 stellte das Finanzamt Ratzeburg einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beigeladenen zu 1). Das Amtsgericht Schwarzenbek lehnte die Eröffnung mit Beschluss vom 21. März 2003 (1b IN 210/02) mangels Masse ab.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 25. September 2002 wurde die "B." mit Sitz in E. und W. (im Folgenden: L.) gegründet. Alleingesellschafterin war nach dem Gesellschaftsvertrag eine GmbH Ltd. aus M., für die ein Herr P. unterzeichnete. Der Beigeladene zu 1) wurde als Direktor/Geschäftsführer der L. bestellt.

Am 27. September 2002 übertrug M.T. ihre Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG an den Bruder des Beigeladenen zu 1), T.T., der auch jeweils zum Geschäftsführer bestellt wurde. Dieser wiederum übertrug die Anteile der GmbH am 25. November 2002 und an der GmbH & Co. KG am 3. Februar 2004 an die L ... Der Beigeladene zu 1) wurde als Geschäftsführer der GmbH bestellt. Ebenfalls mit Wirkung ab 25. November 2002 kam es zum Abschluss des "Anstellungsvertrages" als Geschäftsführer zwischen der GmbH & Co. KG und dem Beigeladenen zu 1). Darin war unter anderem ein festes Monatsgehalt von EUR 4.090,34 vereinbart, welches durch Nachtragsvereinbarung vom 22. November 2002 auf EUR 4.500 erhöht wurde. Vereinbart waren außerdem eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Monate, ein Jahresurlaubsanspruch von 30 Tagen sowie eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. In der Folgezeit bis zum 31. Mai 2006 tätigte der Beigeladene zu 1) Entnahmen in Höhe von insgesamt EUR 431.925,37, die er als Darlehen für sich und seine Ehefrau deklarierte.

Am 1. September 2006 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH & Co. KG. Am 10. November 2006 stellte er außerdem einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Am 27. Oktober 2006 beantragte er Insolvenzgeld, worauf ihm von der Beigeladenen zu 3) ein Vorschuss von EUR 6.500 gezahlt wurde. Am 1. November 2006 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld, welches ihm mit Bescheid vom 29. November 2006 antragsgemäß bewilligt wurde. Zwar hob die Beigeladene zu 3) die Bewilligung ab 1. Januar 2007 zunächst auf, bewilligte sodann aufgrund des Widerspruchsbescheides der Beklagten jedoch erneut Arbeitslosengeld bis 11. Januar 2007 sowie für die Zeit vom 19. Januar bis 1. Mai 2007.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 3. November 2006 (1a IN 286/06) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Schwarzenbek vom 2. Mai 2007 (1b IN 98/07) wurde außerdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beigeladenen zu 1) eröffnet.

Anfang November 2006 stellte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Antrag auf Überprüfung seines versicherungsrechtlichen Status als Geschäftsführer der GmbH & Co. KG ab 25. November 2002. Im Feststellungsbogen gab er unter anderem an, dass das Stimmrecht aufgrund eines Treuhandvertrages zu Gunsten eines Dritten ausgeübt werde und er dem Weisungsrecht des P. unterliege. Abgesehen vom Verkauf des Unternehmens und von Neuabschlüssen von Projekten könne er seine Tätigkeit frei gestalten. Er könne mit Ausnahme der leitenden Angestellten selbst Personal einstellen und entlassen, müsse seinen Urlaub genehmigen lassen und könne mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Er erhalte eine monatlich gleichbleibende Vergütung und im Falle der Arbeitsunfähigkeit eine Entgeltfortzahlung für sechs Wochen. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Eine Gewinnbeteiligung oder Tantiemen erhalte er nicht.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 21. November 2006 gegenüber dem Beigeladenen zu 1) und gegenüber der GmbH & Co. KG fest, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 25. November 2002 der Sozialversicherungspflicht unterliege. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch und führte aus, der Beigeladene zu 1) sei tatsächlich alleiniger Inhaber aller Geschäftsanteile der GmbH & Co. KG gewesen. Der angebliche Inhaber sei wohlwollend ausgedrückt lediglich sein Treuhänder gewesen. Weisungen durch die L. an den Beigeladenen zu 1) habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Die getätigten Entnahmen in Höhe von EUR 431.925,37 hätten weit mehr als das 17-fache des Gesellschaftskapitals von EUR 25.000 ausgemacht und seien daher eine Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens gewesen. Dies wäre ihm als weisungsgebundenem Arbeitnehmer nie möglich gewesen, ohne dass ein Gesellschafter eingeschritten wäre. Die Gründung der GmbH & Co. KG im März 2000 mit seiner Frau als Gesellschafterin sei allein erfolgt, weil er zu diesem Zeitpunkt wegen des seit 1996 laufenden Konkursverfahrens nach außen hin nicht in Erscheinung treten könne. Nach Aufhebung des Verfahrens im Juli 2001 sei der neue Insolvenzantrag durch das Finanzamt Ratzeburg bereits im September 2002 gestellt und im März 2003 mangels Masse abgelehnt worden. Dass der Beigeladene zu 1) während dieser Zeit nicht in öffentlichen Registern habe erscheinen wollen, sei nur allzu verständlich. Er habe die Konstruktion der Gründung einer GmbH & Co. KG durch seine Ehefrau, die zwischenzeitliche Übertragung an seinen Bruder und die Weiterübertragung an die L. nur gewählt, um Vollstreckungsversuche seiner persönlichen Gläubiger zu verhindern und sich als "Arbeitnehmer" einen Einstieg in die Sozialversicherung zu verschaffen. Zu keiner Zeit habe es einen Gesellschafter gegeben, der ihm irgendetwas hätte vorschreiben können.

Die Beigeladene zu 2) vertrat in einer Stellungnahme vom 21. Februar 2007 die Auffassung, dass bei Fremdgeschäftsführern ohne Beteiligung an der Gesellschaft grundsätzlich eine abhängige Beschäftigung vorliege. Eine Ausnahme komme zwar bei Familiengesellschaften in Betracht, ein vergleichbarer Sachverhalt liege hier aber nicht vor.

Die Beklagte wies daraufhin den Widerspruch des Klägers durch Widerspruchsbescheid vom 23. März 2007 zurück. Der Beigeladene zu 1) sei weder durch verwandtschaftliche Beziehungen mit dem Gesellschafter der L. -P. - verbunden noch sei er am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligt, sodass ihm jedwede Möglichkeit gefehlt habe, Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Er sei über den Arbeitsvertrag in den Betrieb eingegliedert gewesen und könne aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Entscheidungen entgegen arbeitgeberseitigen Interessen treffen. Der Arbeitsvertrag enthalte arbeitnehmertypische Elemente, der Beigeladene zu 1) habe ein festes Gehalt bezogen und im Feststellungsbogen selbst angegeben, dass das Weisungsrecht durch die L. ausgeübt werde. Wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze bestehe keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, wohl aber in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Der Kläger hat dagegen am 26. April 2007 Klage erhoben und vorgetragen, der Beigeladene zu 1) sei wirtschaftlich alleiniger Inhaber des Firmengeflechts, bestehend aus L., GmbH und GmbH & Co. KG gewesen. Dies habe er gegenüber dem Kläger auch zugegeben. Seine Erklärungen im Feststellungsbogen hätten nur dazu gedient, Insolvenz- und Arbeitslosengeld zu erhalten. Der angeblich weisungsberechtigte P. befasse sich seit 1999 mit der Gründung und dem Verkauf britischer L. Companies, wobei er in seinem Internet-Auftritt Wert auf die Feststellung lege, dass ihn die Bonität seiner Kunden nicht interessiere. Er biete sich ausdrücklich als Partner für einen Neustart nach Insolvenz an und offeriere eine "Neustart L." bei schlechter Bonität sowie eine "Normal L." bei guter Bonität. Bei der "Neustart L." beinhalte das Angebot, dass P. für das erste Jahr "Nominee-Shareholder" mit Treuhandvertrag bleibe. Wegen der Gestellung eines Treuhänders koste diese für Pleitiers bestimmte L. mit EUR 599 mehr als die einem solventen Erwerber vorbehaltene Variante der "Normal L." mit EUR 419. Entsprechend seiner wirtschaftlich desolaten Situation habe der Beigeladene zu 1) die Variante "Neustart L." erworben, bei der P. Nominee Shareholder für ein Jahr geblieben sei. Als fremdnütziger Treuhänder habe P. aber keinerlei Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) gehabt, abgesehen davon, dass er an einer Bäckerei-Servicegesellschaft in G. auch keinerlei wirtschaftliches Interesse gehabt habe.

Der Beigeladene zu 1) sei jeweils alleiniger Manager der L., der GmbH und der GmbH & Co. KG gewesen. So habe er sich in der Gesellschafterversammlung vom 13. September 2004 selbst als aktuellem Geschäftsführer sowie seiner Frau und seinem Bruder als früheren Geschäftsführern Entlastung erteilt. Er allein habe die Jahresabschlüsse erstellt und über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden. In der Zeit von 2002 bis 2006 habe er der GmbH & Co. KG einen Betrag von EUR 431.925,37 für sich und seine Frau entnommen und als Darlehen ausgewiesen. Er habe am 17. August 2006 den Beschluss gefasst, den Sitz der GmbH & Co. KG nach F. zu verlegen, was allerdings durch die Insolvenz obsolet geworden sei.

Die Beklagte hat demgegenüber daran festgehalten, dass der Beigeladene zu 1) nicht am Kapital des Firmengeflechts beteiligt gewesen sei und nicht die Rechtsmacht gehabt habe, seine Interessen gegenüber den Vorstellungen der Gesellschafter durchzusetzen.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 25. November 2009 den Bevollmächtigten des Klägers am 22. Januar 2010 zugestellt abgewiesen und ausgeführt, bei dem Beigeladenen zu 1) hätten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen. Zwar sei davon auszugehen, dass er bei der Ausführung seiner Arbeit praktisch keinen Weisungen unterworfen gewesen sei, dieser Umstand bleibe aber ohne ausschlaggebende Bedeutung, da er weder an der KG noch an der GmbH beteiligt gewesen sei und auch nicht familiär mit einem Gesellschafter verbunden gewesen sei. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus den getätigten erheblichen Privatentnahmen, da solche Handlungen nicht über eine praktisch weisungsfrei ausgeübte Tätigkeit hinausgingen. Soweit der Kläger seine abweichende Auffassung mit dem auf Treuhandverhältnissen gegründeten Firmengeflecht begründe, seien derartige Treuhandverhältnisse weder notariell noch schriftlich abgeschlossen und somit nicht zweifelsfrei festzustellen.

Der Kläger hat dagegen am 19. Februar 2010 Berufung eingelegt und wiederholt und vertieft zur Begründung sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trägt er vor, die Kapitalausstattung der als Nominee Shareholder fungierenden P.-Firma B1 GmbH Ltd. habe gerade einmal 2 Pfund (= EUR 3,18) betragen. P. habe dem Beigeladenen zu 1) ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) übergeben, das ihm im Innenverhältnis Rechtssicherheit gegeben habe. Irgendwelche Weisungsrechte der B1 GmbH Ltd. habe es nicht gegeben, da diese als Treuhänderin ihrerseits von den Weisungen des Treugebers - des Beigeladenen zu 1) - abhängig gewesen sei. Sie habe weder ein wirtschaftliches Interesse noch das Know How zum Führen einer Bäckerei-Servicegesellschaft im fernen G. gehabt. Der Treuhandvertrag habe keiner besonderen Form bedurft, da die deutschen Formvorschriften bei ausländischen Gesellschaften nicht anwendbar seien. P. einziges Interesse liege im Verkauf möglichst vieler Limiteds. Der Beigeladene zu 1) sei stets als Eigentümer seiner Gesellschaften aufgetreten. Er habe die Gesellschafterversammlungen für die L. abgehalten, habe deren Beschlüsse gefasst und namens der L. sich selbst als Geschäftsführer der GmbH Entlastung erteilt, die Jahresabschlüsse aufgestellt, über die Verwendung der Bilanzergebnisse entschieden und den Firmensitz verlegt. Die L. habe zu keiner Zeit eigene wirtschaftliche Aktivitäten entwickelt. Nachdem der Beigeladene zu 1) der GmbH und der KG alle finanziellen Mittel für seinen Privatverbrauch entzogen habe, habe er die Insolvenzverfahren beantragt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. November 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 21. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2007 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der H. Dienstleistungs- und Vertriebs GmbH & Co. KG in der Zeit vom 25. November 2002 bis 31. Oktober 2006 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte und die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 3) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige (§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG) Berufung ist auch begründet, da das Sozialgericht die zulässig erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) zu Unrecht abgewiesen hat.

Der Beigeladene zu 1) unterlag im streitigen Zeitraum nicht der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung ist dagegen bereits wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze (§ 6

[Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung) nicht eingetreten. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt ([§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss vielmehr eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben, die Dienstleistung muss also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG, Urteil vom 08.12.1987 – [7 RAr 25/86](#) – Juris, m.w.N.) Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Tätigkeit. Vorliegend überwiegen die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit.

Zwar war der Kläger rechtlich im streitigen Zeitraum weder an der GmbH noch an der GmbH & Co. KG oder an der L. beteiligt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt in derartigen Fällen in der Regel eine abhängige Beschäftigung vor (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#); BSG, Urteil vom 24.06.1982 – [12 RK 45/80](#) – Juris). Allerdings gilt auch für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest im Rahmen einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt. Ausnahmsweise können daher auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass eine abhängige Beschäftigung zu verneinen ist. Das Bundessozialgericht hat eine derartige Konstellation insbesondere im Falle des Geschäftsführers einer Familiengesellschaft für möglich gehalten, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass dieser aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hindern und es daher an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlt (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [a.a.O.](#)).

Eine familienhafte Verbundenheit des Beigeladenen zu 1) zu den Gesellschaftern war im streitigen Zeitraum nur zu einem geringen Teil gegeben, nämlich soweit sein Bruder, T.T., noch bis zum 3. Februar 2004 Kommanditist der GmbH & Co. KG war. Dennoch war der Beigeladene trotz seiner formal fehlenden Kapitalbeteiligung während des streitigen Zeitraums durchgehend selbständig tätig. Denn es fehlte hier an der unabdingbaren Voraussetzung seiner Unterordnung unter das Weisungsrecht eines anderen, da es niemanden gab, der die Arbeitgeberfunktion hätte ausüben können. Der Beigeladene zu 1) gab vielmehr selbst die Ordnung des Betriebes vor und war tatsächlich und wirtschaftlich wie ein Alleininhaber tätig.

Komplementärin der GmbH & Co. KG war im streitigen Zeitraum die eigens zu diesem Zweck gegründete L ... Kommanditisten waren zunächst – bis zum 3. Februar 2004 – der Bruder des Beigeladenen zu 1) und sodann ebenfalls die L ... Als deren Alleingesellschafter trat zwar formal die B1 GmbH Ltd. des P. auf, dies hatte jedoch allein den Hintergrund, die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung des Beigeladenen zu 1) im Hinblick auf die laufenden Konkurs- beziehungsweise Insolvenzverfahren zu verschleiern.

P. bietet im Internet (www.deuschelimited.com) deutschen Unternehmern die Gründung von englischen Limiteds innerhalb von 24 Stunden mit variablen Zusatzleistungen an. Es gibt verschiedene Angebotsmodelle, die sich danach unterscheiden, ob der Kunde eine gute oder schlechte Bonität besitzt. Für Kunden mit schlechter Bonität – insbesondere nach geschäftlicher Insolvenz – bot er seinerzeit das Konzept "Neustart L." zum Preis von EUR 599 an, dessen Inhalt im Wesentlichen die Gründung einer englischen L. sowie die treuhänderische Stellung des Shareholder (Aktionärs) war. Der Kunde erhielt formal die Position eines Direktors (Geschäftsführers) und bekam ein stock transfer form (Aktienübertragungszertifikat) ausgehändigt, mit dem eine Übertragung auf andere Personen jederzeit ohne Notarbesuch möglich war. Hierdurch wurde – wie auf der Internetseite ausdrücklich hervorgehoben wurde – sichergestellt, dass der Kunde im Innenverhältnis die Rechtssicherheit erhielt, dass ihm die Gesellschaft gehörte. Geworben wird damit, dass P. bereits an der Gründung und Übernahme von zahlreichen (im Zeitpunkt der Entscheidung über 3200) Gesellschaften mitgewirkt habe. Dessen einziges wirtschaftliches Interesse bestand und besteht also darin, durch die dort angebotenen Dienstleistungen Einnahmen zu erzielen, die in Form von Festpreisen vorgegeben sind. Darüber hinausgehende Interessen an den gegründeten Gesellschaften oder ihren wirtschaftlichen Aktivitäten hat er dagegen nicht. Sein Dienstleistungsangebot beschränkt sich auf die Gründung und Übertragung der Gesellschaft sowie auf verschiedene administrative Zusatzleistungen (z.B. Erstellung der englischen Bilanzen, Versendung von Meldungen an englische Behörden etc.). Soweit er beziehungsweise eine weitere von ihm gegründete Gesellschaft als "treuhänderischer Shareholder" auftritt, ist er lediglich Strohmann für den Kunden. Einfluss auf die Geschicke der gegründeten Gesellschaften nahm und nimmt er nicht, deren Leitung ist allein Sache des jeweiligen Erwerbers, wobei dessen Stellung als Treugeber rechtlich durch seine Bestellung als Direktor sowie durch Übertragung des stock transfer form abgesichert wird. Die betriebliche Ordnung wird somit in keiner Weise durch P. vorgegeben, sondern allein durch den "Direktor" – hier also den Beigeladenen zu 1) – der auch allein das wirtschaftliche Unternehmerrisiko trägt.

Dieser Sachverhalt wird durch die vom Kläger eingereichte schriftliche Erklärung des Beigeladenen zu 1) vom 17. Januar 2011 bestätigt, mit der dieser angegeben hat, dass ihm die Anteile an der GmbH und der GmbH & Co. KG durchgehend allein gehört hätten und es zu keiner Zeit jemanden gegeben habe, der ihm Anweisungen hätte erteilen können. Hintergrund der gewählten Konstruktion war, dass sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co. KG während eines laufenden Konkursverfahrens gegründet wurden. Der Erwerb der L. erfolgte kurz nachdem ein weiterer Insolvenzantrag gestellt worden war. Seine Ehefrau und sein Bruder hielten die Anteile jeweils nur kurz, bis sie auf die L. übertragen wurden. Dass dies jeweils auf Anweisung des Beigeladenen zu 1) erfolgte, hat dieser ebenfalls mit seiner schriftlichen Erklärung vom 17. Januar 2011 bestätigt.

Dass er demgegenüber bei seinem an die Beklagte gerichteten Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status abweichende Angaben gemacht hat, kann nicht zu einer anderen Bewertung führen, da diese im zeitlichen Zusammenhang mit der Beantragung von Insolvenz- und Arbeitslosengeld erfolgten. Auch dem geschlossenen "Anstellungsvertrag", der arbeitnehmertypische Regelungen wie ein festes monatliches Gehalt, Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, enthält, kann vor diesem Hintergrund

keine maßgebliche Bedeutung zukommen.

Dass der Beigeladene zu 1) alleinverantwortlich handelte und keinerlei Weisungen unterworfen war, wird auch durch die von ihm getätigten erheblichen Privatentnahmen bestätigt, die letztlich zur Ausplünderung des Unternehmens geführt haben und völlig unbeanstandet blieben. Er hat ferner ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung der GmbH vom 13. September 2004 diese abgehalten und namens der L. sich selbst sowie seiner Frau und seinem Bruder als Geschäftsführer Entlastung erteilt.

Eine andere rechtliche Beurteilung folgt schließlich auch nicht aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. Januar 2006 ([B 12 KR 30/04 R - Juris](#)), in dem für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit darauf abgestellt wird, wer - unabhängig von ihrer tatsächlichen Ausübung - die Rechtsmacht hat, auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, denn auch diese Rechtsmacht lag bei dem Beigeladenen zu 1). Dadurch, dass er im Besitz des Aktienübertragungszertifikats war, hätte er jederzeit die Anteile auf sich übertragen können und somit ihm nicht genehme Weisungen verhindern können.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) und 3, [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2012-03-21