L 5 KR 3/09

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Lübeck (SHS)
Aktenzeichen
S 3 KR 384/07
Datum
13.11.2008
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 5 KR 3/09
Datum
24.02.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 13. November 2008 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten haben die Beteiligten einander für beide Rechtszüge nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen. &8195;

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger bei der Beigeladenen zu 2) versicherungspflichtig beschäftigt ist.

Der 1961 geborene Kläger ist zusammen mit dem 1960 geborenen V. M. Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2), einer gGmbH. Er ist von Beruf Krankenpfleger, hatte von 1984 bis 1996 als solcher gearbeitet und war von 1996 bis 1999 Pflegedienstleiter in dem eingetragenen Verein F. a. P ... Dieser Verein ist alleiniger Gesellschafter der Beigeladenen zu 2). Er hat 7 Mitglieder, nämlich den Kläger, V. M., deren beide Ehefrauen sowie drei weitere nahestehende Mitglieder. Die beiden Geschäftsführer und ihre Ehefrauen bilden den vierköpfigen Vorstand des Vereins. Im Juli 2000 hat der Kläger eine Bürgschaftserklärung für einen Kredit der Beigeladenen zu 2) in Höhe von 25.000,00 DM abgegeben; deren Grundkapital beträgt 25.000,00 EUR.

Der Geschäftsführervertrag des Klägers mit der Beigeladenen zu 2) ist unbefristet abgeschlossen, endet mit Vollendung seines 65. Lebensjahres und ist nur aus wichtigem Grund kündbar. Der Kläger ist alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit (§ 1). Er hat seine gesamte Arbeitskraft der Beigeladenen zu 2) zur Verfügung zu stellen, ist nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden, hat ihr jedoch jederzeit nach den Erfordernissen zur Verfügung zu stehen. Eine Nebentätigkeit ist ihm grundsätzlich erlaubt. Er ist an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden und Dienstvorgesetzter sämtlicher Arbeitnehmer der Gesellschaft. Zustimmungspflichtig sind der Erwerb, die Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, Sachinvestitionen über 10.000,00 DM, Übernahme von Bürgschaften und die Erteilung von geschäftsunüblichen Kreditaufträgen, die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, der Erwerb, die Veräußerung, Belastung und Veränderung von Beteiligungen sowie nicht geschäftsübliche Rechtsgeschäfte (§ 3). Das Jahresgehalt wurde auf 102.000,00 DM zu monatlichen Teilbeträgen in Höhe von 8.500,00 DM festgesetzt (§ 4). Der Kläger hat einen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen (§ 6) sowie einen Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall (§ 7). Er unterliegt einem Wettbewerbsverbot (§ 8). Die Änderung des Vertrages bedarf der Schriftform (§ 10).

Die Beigeladene zu 2) ist aufgrund des Gesellschaftsvertrages vom 12. April 1999 gegründet und am 27. Oktober 1999 in das Handelsregister eingetragen worden. Sie ist ein gemeinnütziges Unternehmen; der Gesetzeszweck ist auf die Pflege und Unterstützung von Personen gerichtet, die infolge ihres körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes auf die Hilfe anderer angewiesen sind sowie alle damit direkt im Zusammenhang stehenden Geschäfte (§ 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages). Gesellschafterbeschlüsse bedürfen nach § 8 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages der einfachen Mehrheit, einer qualifizierten Mehrheit von 75 % bedarf die Erhöhung des Stammkapitals, die Auflösung der Gesellschaft, die Änderung der für Gesellschafterbeschlüsse erforderlichen Mehrheiten und die Änderung der Regelung über die Gewinnverteilung (§ 8 Abs. 4).

Für den Kläger und den Mitgeschäftsführer M. wurden Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Am 13. September 2005 beantragten sie bei der Beigeladenen zu 1) die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status. Nachdem die Beigeladene zu 1) sich am 23. September 2005 für unzuständig erklärt hatte, stellte der Kläger bei der Beklagten am 6. Oktober 2005 einen gleichgerichteten Antrag, ebenso der Mitgeschäftsführer M. bei der für ihn zuständigen Einzugsstelle. Die Feststellung von dessen Versicherungspflicht durch die Einzugsstelle wurde durch rechtskräftiges Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 28. Februar 2008 aufgehoben und die Einzugsstelle verpflichtet, festzustellen, dass der Geschäftsführer M. nicht versicherungspflichtig sei ([S 3 KR 531/06](#); SG Lübeck). In jenem Verfahren war der Kläger dieses Verfahrens beigeladen.

Der Kläger trug gegenüber der Beklagten vor, er sei zwar Fremdgeschäftsführer, jedoch nicht versicherungspflichtig, da er und der Mitgeschäftsführer sowie deren beide Ehefrauen den Vorstand des alleinigen Gesellschafters der Beigeladenen zu 2) bildeten. Da die beiden Paare den Trägerverein beherrschten, sei es faktisch bedeutungslos, dass er – der Kläger – als Geschäftsführer den Weisungen der Mitgliederversammlung des Gesellschafters unterliege. Die Ehefrauen der beiden Geschäftsführer nähmen praktisch keinen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft. Seine Ehefrau sei Leiterin der Qualitätskontrolle und bei der Beigeladenen zu 2) versicherungspflichtig beschäftigt. Die Ehefrau des Mitgeschäftsführers M. sei bei einem anderen Arbeitgeber angestellt und habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung. Er und der Mitgeschäftsführer seien als Einrichtungsleiter ausgebildet und in fachlicher Hinsicht allein qualifiziert, die Gesellschaft zu führen. Ergänzend führte er aus, seine regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit betrage zwar 38,5 Wochenstunden, die tatsächliche durchschnittliche Arbeitszeit jedoch 70 bis 75 Stunden. Mit Bescheid vom 5. Dezember 2005 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 2) sozialversicherungspflichtig beschäftigt sei. Seine Tätigkeit sei arbeitsvertraglich geregelt. Er verfüge über keine Mehrheitsbeteiligung, sei in den Betrieb eingegliedert und habe Beschlüsse der Gesellschafter auszuführen. In vielfacher Hinsicht könne er die Tätigkeit der Gesellschaft nicht alleine und frei bestimmen, insbesondere bei den Rechtsgeschäften, zu denen er eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfe. Er erhalte eine monatliche Vergütung und eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall von sechs Wochen. Die Tatsache, dass der Kläger, der Mitgeschäftsführer und deren Ehefrauen den Vorstand der Gesellschafterin der Beigeladenen zu 2) bildeten, ändere daran nichts.

Dagegen legte der Kläger am 19. Januar 2006 Widerspruch ein. Zur Begründung führte er aus, eine nicht versicherungspflichtige Tätigkeit eines Geschäftsführers sei nicht nur dann anzunehmen, wenn er eine Kapitalmehrheit in dem Unternehmen besitze, sondern könne auch dann vorliegen, wenn er am Gesellschaftskapital gar nicht beteiligt sei. Maßgeblich hierfür sei, dass er das Unternehmen nicht wie ein fremdes, sondern wie ein eigenes führe. Entscheidend sei ferner, ob die Gesellschafter unabhängig von ihrer rechtlichen Möglichkeit auch tatsächlich von ihrer Weisungsbefugnis auf den Geschäftsführer Gebrauch gemacht hätten. Er könne seine Arbeit in jeder Hinsicht zeitlich und organisatorisch aufgrund der Bestimmungen des Geschäftsführervertrages ausüben. Er habe noch nie vom Gesellschafter Weisungen bezüglich der Arbeitszeit oder der Ausführung der Arbeit erhalten. Tatsächlich arbeite er länger als arbeitsvertraglich vereinbart. Die Arbeitsleistung verrichte er teilweise zuhause, teilweise im Filialbetrieb in Volksdorf und teilweise im Hauptbetrieb in H-A. Er leite die Beigeladene zu 2). Faktisch führten er und der Mitgeschäftsführer M. auch die Geschäfte in dem Vorstand des Gesellschafters, in dem sie zusammen einen Stimmanteil von 50 % hätten. Ohne ihre Zustimmung sei damit keine Entscheidung auf Gesellschafterseite möglich. Die Ehefrauen übten ihr Stimmrecht nicht abweichend von dem der beiden Geschäftsführer aus. Mangels berufliche Qualifikation und Sachkenntnis wären sie nicht dazu in der Lage, ihnen – den Geschäftsführern – Weisungen zu erteilen. Die Grundsätze familiärer Rücksichtnahme innerhalb von Gesellschaften kommen hierbei zum Tragen. Wesentliche Entscheidungen, wie z. B. den Ankauf eines Pflegedienstes in H-V für 250.000,00 DM, eine Darlehensaufnahme über 25.000,00 DM, für die er die Bürgschaft abgegeben habe, den Ankauf mehrerer Firmenfahrzeuge hätten die Geschäftsführer alleine getroffen. Weder er noch der Mitgeschäftsführer unterlägen einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis. Seit 1999 hätten sich weder der Mitgliederbestand noch der Vorstand des Gesellschafters geändert, der Vorstand werde immer für drei Jahre gewählt. Er entscheide auch über die Aufnahme neuer Mitglieder. Faktisch hätten die beiden Geschäftsführer damit die Entscheidungsmacht darüber, ob neue Mitglieder in den Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) aufgenommen würden. Mit Widerspruchsbescheid vom 9. Mai 2007 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie aus, allein die weisungsfreie Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit spreche nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Ein Fremdgeschäftsführer sei nicht in einer von ihm selbst vorgegebenen Ordnung des Betriebs eingegliedert. Er dürfe nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln. Das gelte auch dann, wenn die Gesellschafter ihre Überwachungsaufgaben nicht wahrnähmen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass der Geschäftsführer die Arbeitszeit, den Ort, die Dauer und den Umfang der Arbeit frei bestimmen könne. Der Kläger habe keine Mehrheitsbeteiligung an dem Gesellschafter der Beigeladenen zu 2), sondern lediglich einen Stimmanteil von 25 v. H ... Die Tatsache, dass die Ehefrauen beider Geschäftsführer ebenfalls Stimmrechte hätten, sei unerheblich, ebenso wie die Kontinuität der Vereinsmitglieder. Der Kläger könne die Entscheidungen des Vereinsvorstandes nicht selbst beeinflussen, zumal seine Ehefrau in der GmbH mitarbeite und damit nicht nur einen oberflächlichen Einblick in die Unternehmensabläufe habe. Die Tatsache, dass er sich für eine Schuld der Beigeladenen zu 2) verbürgt habe, ändere an der Bewertung der Umstände ebenfalls nichts. Demgegenüber sprächen das feste Gehalt und der Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall für eine abhängige Beschäftigung des Klägers, der kein eigenes Unternehmerrisiko trage.

Gegen die Entscheidung hat der Kläger am 7. Juni 2007 beim Sozialgericht Lübeck Klage erhoben. Zur Begründung hat er ausgeführt, der Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) verfüge über keinen Verwaltungsrat, der die Geschäfte führe. Vielmehr ge- stalteten er und der Mitgeschäftsführer die gesamte Ordnung des Betriebes der Beigeladenen zu 2). Bei der Betriebskonstellation seien die vereinsrechtlichen Belange des Gesellschafters und die Familienkonstellation zu berücksichtigen. In dem Vorstand des Gesellschafters hätten seine Frau und er ebenso wie der Mitgeschäftsführer und dessen Ehefrau jeweils 50 v. H. der Stimmrechte. Die Ehefrauen übten ihr formales Stimmrecht jedoch nicht aktiv aus. Selbst wenn sie dies täten, könnten sie gegenüber den Geschäftsführern keine Mehrheit erlangen und ihnen gegenüber Weisungen durchsetzen. Die familiären Konstellationen führten dazu, dass die Geschäftsführer trotz geringerer Beteiligung am Kapital faktisch den Betrieb führten. Die Mitgliederversammlung des Gesellschafters sei nicht in der Lage, eine Fremdsteuerung über den Betrieb der Beigeladenen zu 2) auszuüben. Die Geschäftsführer hätten tatsächlich in den letzten Jahren auch alle Geschäfte ohne Beteiligung des Gesellschafters abgewickelt. Die Tatsache, dass sein Geschäftsführervertrag bis zum 65. Lebensjahr abgeschlossen sei, zeige, dass er die faktische Möglichkeit gehabt habe, den Vertragsinhalt nach seinen Interessen zu gestalten.

Der Kläger hat schriftsätzlich beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 5. Dezember 2005 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 9. Mai 2005 aufzuheben und festzustellen, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht vorliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat auf die angefochtenen Bescheide Bezug genommen und erneut darauf hingewiesen, dass der Kläger kein unternehmerisches Risiko trage. Allein die Übernahme einer Bürgschaft hindere die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht.

Das Sozialgericht hat mit Zustimmung der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung am 13. November 2008 die angefochtenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verurteilt, festzustellen, dass die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Fa. a.P. gGmbH seit dem 11. August 2003 nicht versicherungspflichtig sei. Es hat dabei auf die Tatsache abgestellt, dass seit dem 11. August 2003 der Vorstand des Gesellschafters der Beigeladenen zu 2) aus den Geschäftsführern und ihren Ehefrauen besteht. Der Kläger habe bereits aufgrund des Geschäftsführeranstellungsvertrages eine nahezu uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit für seine Tätigkeit. Seine Entscheidungsfreiheit werde durch keine Regelungen wesentlich eingeschränkt. Entgegen anderen Arbeitsverhältnissen sei sein Geschäftsführervertrag nur außerordentlich kündbar und ende im Übrigen erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres. Auch faktisch ständen seiner freien Geschäftsführertätigkeit keine Umstände entgegen. Das Direktions- und Weisungsrecht könne nur vom Vorstand des Gesellschafters ausgeübt werden, es sei aber nicht davon auszugehen, dass ein Direktionsrecht tatsächlich ausgeübt werde. Denn der Vorstand bestehe zur Hälfte seiner Mitglieder aus den beiden Geschäftsführern und zu einer weiteren Hälfte aus deren Ehefrauen und fasse im Übrigen seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit. Damit seien die Geschäftsführer in der Lage, ihnen nicht passende Beschlüsse zu verhindern. Ferner seien die familiären Beziehungen innerhalb des Vorstandes des Gesellschafters zu berücksichtigen. Schließlich hätten der Kläger und der Mitgeschäftsführer allein vertiefte Branchenkenntnisse. Wenigstens mittelbar trage der Kläger ein unternehmerisches Risiko, da er für die Hälfte der Stammeinlage eine Bürgschaft übernommen habe.

Gegen das ihr am 10. Dezember 2008 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, die am 8. Januar 2009 beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht eingegangen ist. Die Beteiligten wiederholen und vertiefen den erstinstanzlichen Vortrag. Die Beklagte führt aus, die Übernahme einer Bürgschaft begründe noch kein unternehmerisches Risiko, wie es für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit erforderlich wäre.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 13. November 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er führt aus, die Gewinne des Unternehmens der Beigeladenen zu 2) könnten zwar nicht beliebig verwendet werden. Die Tätigkeit als deren Geschäftsführer stelle aber seine wirtschaftliche Existenz dar. Gehe es dem Unternehmen schlecht, beeinträchtige dies seine eigene wirtschaftliche Position. Im Falle der Insolvenz sei er aufgrund der Bürgschaft unmittelbar betroffen.

In der mündlichen Verhandlung hat der Senat den Kläger angehört. Die Verwaltungsakte der Beklagten, die den Mitgeschäftsführer M. betreffende Verfahrensakte [S 3 KR 531/06](#) und die Verfahrensakte dieses Verfahrens haben dem Senat vorgelegen. Zur Ergänzung der Einzelheiten wird darauf Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Lübeck ist zulässig und begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht die Entscheidung der Beklagten aufgehoben. Diese ist rechtmäßig, denn der Kläger ist bei der Beigeladenen zu 2) als Geschäftsführer versicherungspflichtig beschäftigt.

Die Klage ist zulässig, obwohl der Kläger in dem Verfahren [S 3 KR 531/06](#) des Sozialgerichts Lübeck beigeladen war. Dies hindert die Anfechtung der angefochtenen Bescheide der Beklagten durch den Kläger nicht, denn jenes Verfahren [S 3 KR 531/06](#) betraf die Frage, ob der Mitgeschäftsführer M. versicherungspflichtig beschäftigt war. Selbst wenn die Verhältnisse zwischen den beiden Geschäftsführern gleich gelagert gewesen sein sollten, ist der Streitgegenstand nicht identisch, sodass keine Rechtskrafterstreckung vorliegt.

Die Beklagte ist nach [§ 28h Abs. 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) für die Entscheidung über die Versicherungspflicht des Klägers zuständig. Nach dieser Vorschrift entscheidet die Einzugsstelle (gemäß [§ 28h Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die Krankenkasse) über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung. Sie erlässt auch den Widerspruchsbescheid. Zwar können die Beteiligten gemäß [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, sofern nicht bereits die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger ein Überprüfungsverfahren eingeleitet hat. Das derart eingeleitete Anfrageverfahren wird von dem zuständigen Rentenversicherungsträger durchgeführt. Um ein solches Überprüfungsverfahren handelt es sich hier jedoch nicht. Denn es ging dem Kläger und der Beigeladenen zu 2) nicht vordringlich um die abstrakte Feststellung, ob der Kläger bei der Beigeladenen zu 2) versicherungspflichtig beschäftigt ist, sondern um die konkrete Feststellung, nicht mehr – wie bisher – sozialversicherungs- und beitragspflichtig tätig zu sein.

Die Feststellung der Versicherungspflicht des Klägers durch die Beklagte ist zutreffend. Die Sozialversicherungspflicht setzt eine abhängige Beschäftigung im Sinne des [§ 7 SGB IV](#) voraus. Das folgt für die Arbeitslosenversicherung aus [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch, für die gesetzliche Krankenversicherung aus [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, für die Rentenversicherung aus [§ 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch und für die soziale Pflegeversicherung aus [§ 20 Abs. 1 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch. Nach diesen Vorschriften sind Angestellte oder Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, in diesen Versicherungszweigen versicherungspflichtig. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), der gemäß [§ 1 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) auch für die Arbeitslosenversicherung gilt, ist die Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für die Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Beschäftigter ist, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Die persönliche Abhängigkeit erfordert die Eingliederung in den Betrieb und damit die Unterordnung unter das vor allem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassende Weisungsrecht des Arbeitgebers. Das Weisungsrecht kann zwar erheblich eingeschränkt sein, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Die Beschäftigung setzt eine fremdbezogene Tätigkeit voraus, die Dienstleistung muss also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung eines Betriebes aufgehen. Dies hat vor allem bei der Verrichtung von Diensten höherer Art Bedeutung und bei solchen Tätigkeiten, die weitgehend eigenverantwortlich ausgeübt werden. Hier wandelt sich die Weisungsunterworfenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit um in eine

so genannte funktionsgerecht dienende Teilnahme am fremd vorgegebenen Arbeitsprozess (grundlegend dazu BSG, Urteil vom 29. März 1962 - [3 RK 74/57](#) = [BSGE 16, 289](#); Urteil des Senats vom 26. April 2006, L 5 KR 37/05). Wenn ein Weisungsrecht in diesem Sinne vorhanden ist, der Betreffende seine Tätigkeit im Sinne einer selbst vorgegebenen Arbeitsorganisation verrichten kann oder wenn er sich nur in die von ihm selbst vorgegebene Ordnung des Betriebes einfügt, liegt keine abhängige, sondern eine selbstständige Tätigkeit vor, die regelmäßig durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet ist (vgl. BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 [12/3/12 RK 39/74](#) = [BSGE 75, 199](#); Urteile des Senats vom 23. Juli 1998, L 1 KR 11/95 und vom 10. Dezember 2008, L 5 KR 15/08). Die Kriterien für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung gegeneinander abzuwägen. Jedes Kriterium hat dabei lediglich indizielle Wirkung. Die Abgrenzung ist ausgehend von der Rechtslage vorzunehmen, die zwischen den Beteiligten des Arbeitsprozesses bestanden hat. Maßgeblich sind die Vertragsvereinbarungen oder, wenn solche nicht getroffen worden sind, der weitere rechtliche Rahmen, innerhalb dessen die Arbeiten verrichten werden. Eine im Widerspruch hierzu stehende tatsächliche Ausgestaltung der Beziehungen und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten des Arbeitsprozesses geht der insoweit nur formalen Vereinbarung vor, soweit eine formlose Abbedingung rechtlich möglich ist. Andererseits ist es unerheblich, wenn eine Rechtsposition tatsächlich nicht ausgeübt worden ist, solange sie nicht wirksam abbedungen ist. Entscheidend ist hierbei auf die jeweilige Rechtsmacht der am Arbeitsprozess Beteiligten abzustellen (BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) = [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#)).

Trotz seiner Organstellung gemäß [§ 35 Abs. 1](#) GmbH-Gesetz ist ein GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich abhängig Beschäftigter (Urteil des Senats vom 15. Mai 2009, L 5 KR 91/08). Dies gilt auch, obwohl er regelmäßig bestimmendes Organ der Gesellschaft ist und die Arbeitsabläufe einrichtet, wie es auch offensichtlich bei dem Kläger der Fall war. Denn auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene unterliegt er den Weisungen der Gesellschafterversammlung, die zwar nicht das Tagesgeschäft, aber die gesellschaftsrechtlichen und damit unternehmerischen Geschicke der GmbH bestimmen. Dass Geschäftsführer im Hinblick auf das tägliche Geschäft von den Gesellschaftern keine Weisungen erhalten, entspricht ihrer vorgegebenen Stellung im Unternehmen. Die Position eines GmbH-Geschäftsführers kann sich jedoch dann ändern, wenn er in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Mitgesellschafter auch maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Einzelweisungen, die an ihn in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer gerichtet sind, im Bedarfsfalle jederzeit verhindern kann. Diese Grundsätze gelten selbst dann, wenn alle Gesellschafter der GmbH zugleich Geschäftsführer sind (BSG vom 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) = [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#)). Unerheblich ist es daher, dass der Kläger und der Mitgeschäftsführer M. einen Stimmanteil von 50 % im Vorstand des Gesellschafters haben sowie auch der hälftige Stimmanteil des Klägers und seiner Ehefrau gemeinsam. Die Tatsache, dass die Beigeladene zu 2) eine gemeinnützige GmbH ist, ändert daran nichts. Eine derartige gesellschaftsrechtliche Position, mit der er fremde Weisungen von sich in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer verhindern kann, hat der Kläger nicht inne. Er ist nicht Gesellschafter der Beigeladenen zu 2), sondern lediglich ein Vorstandsmitglied des Gesellschafters. Die Grundsätze, die für die Abwehr von Weisungsrechten innerhalb einer GmbH aufgestellt sind, müssen jedoch in gleicher Weise auf die Verhältnisse innerhalb des Gesellschafters der Beigeladenen zu 2) übertragen werden. Hierbei handelt es sich um einen Verein, der sieben Mitglieder hat. Die Willensbildung des Vereins erfolgt über dessen Vorstand ([§ 26 Abs. 2 BGB](#)). Den oben dargestellten Kriterien gemäß hat der Kläger keine selbstständige Position, da er im Vorstand von den übrigen drei Vorstandsmitgliedern überstimmt werden kann. Der Vorstand des Gesellschafters der Beigeladenen zu 2) fasst seine Beschlüsse regelmäßig mit einfacher Mehrheit. Der Kläger hat lediglich 25 % der Stimmanteile in dem Gremium.

Allerdings hat das BSG Ausnahmen von dieser gesellschaftsrechtlichen Betrachtung dann zugelassen, wenn ein externer Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert und weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig sind, was insbesondere bei Familiengesellschaften in Betracht kommen kann (BSG, USK 9975 Seite 419). Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor. Denn der weitere Geschäftsführer M. ist sowohl in der Beigeladenen zu 2) tätig als auch Mitglied des Vorstandes des Gesellschafters. Ferner arbeitet die Ehefrau des Klägers, die Vorstandsvorsitzende des Gesellschafters der Beigeladenen zu 2) ist, bei dieser ebenfalls mit. Die übrigen Vorstandsmitglieder und insbesondere der weitere Geschäftsführer des Beigeladenen zu 2) wären daher auch ohne den Kläger in der Lage, die Beigeladene zu 2) weiterzuführen.

Zu Unrecht beruft sich der Kläger darauf, dass Weisungen in der Vergangenheit nicht erteilt worden sind. Auf diese tatsächliche Ausübung in der Vergangenheit kommt es nicht an, sondern maßgeblich sind die rechtlichen Möglichkeiten. Für die Frage der Versicherungspflicht ist nicht darauf abzustellen, wie im Falle eines einvernehmlichen Wirtschaftens verfahren wird, sondern entscheidend sind die rechtlichen Verhältnisse heranzuziehen, die zum Tragen kommen, wenn unterschiedliche Auffassungen bestehen. In dem Fall wäre der Kläger in der Minderheit und die anderen Vorstandsmitglieder könnten ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2) Weisungen erteilen.

Die wirtschaftlichen Hintergründe sprechen ebenfalls nicht für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers. Zwar trägt er vor, dass die Beigeladene zu 2) seine wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellt. Dies ist jedoch bei jedem Arbeitnehmer der Fall und zeichnet den Kläger nicht nachhaltig gegenüber anderen abhängig Beschäftigten aus. Die Tatsache, dass er für eine Verbindlichkeit der Beigeladenen zu 2) gebürgt hat, führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Die Darlehenshingabe begründet grundsätzlich keine unternehmerische wirtschaftliche Position, da der Darlehensgeber wie ein externer Dritter zu behandeln ist. Nichts Anderes gilt für einen Bürgen, der dann erst verpflichtet wird, wenn der Hauptschuldner nicht in der Lage ist, die Schuld zu tilgen. Wirtschaftlich gesehen hat der Kläger somit zwar ein erhebliches Interesse an dem Fortbestehen der Beigeladenen zu 2), dies geht jedoch nicht über das Interesse eines jeden Arbeitnehmers am Fortbestand der Beschäftigungsfirma und über die Interessen eines dritten Darlehensgebers hinaus.

Schließlich zeigt [§ 3](#) des Geschäftsführervertrages selbst erhebliche Beschränkungen des Klägers auf, die für einen selbstständig tätigen Unternehmer nicht gelten. Unerheblich ist, ob der Kläger für die Beigeladene zu 2) tatsächlich Rechtshandlungen vorgenommen hat, die den Rahmen von [§ 3](#) übersteigen. Denn es kommt auf die vertragliche Rechtsmacht des Klägers an, die gemäß [§ 10](#) des Vertrages nur schriftlich erweitert werden kann.

Nach alledem kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass die überwiegenden Gesichtspunkte für eine abhängige Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zu 2) sprechen, auch wenn er einen sehr großen Einfluss auf deren Geschäftsbetrieb und auch über den Vorstand des Gesellschafters auf den Bestand der Beigeladenen zu 2) auszuüben vermag. Dies verleiht ihm jedoch keine Position, mit der er fremde Weisungen von sich als Geschäftsführer hindern kann.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe im Sinne des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

--

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2010-10-01