

## L 2 KR 48/03

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
2  
1. Instanz  
SG Potsdam (BRB)  
Aktenzeichen  
S 7 KR 26/00  
Datum  
29.03.2001  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 2 KR 48/03  
Datum  
30.11.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Unter Abänderung des Urteils des Sozialgerichts Potsdam vom 29. März 2001 und Aufhebung des Bescheides vom 13. Oktober 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Februar 2000 wird festgestellt, dass der Kläger seit 01. August 1999 in der Tätigkeit bei der K. Bau GmbH versicherungspflichtig zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung ist. Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Verfahrens vor dem Bundessozialgericht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger ab 01. August 1999 aufgrund abhängiger Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1. in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig ist.

Der im ... 1944 geborene Kläger, der den Beruf des Bauingenieurs erlernte, war nach seinen Angaben seit 1972 im Baugewerbe tätig. Von 1990 bis zum 31. August 1999 war er Inhaber einer unter seinem Namen betriebenen Einzelfirma des Baugewerbes. Diese Firma musste ihre Tätigkeit wegen Zahlungsunfähigkeit einstellen.

Bereits am 03. Juni 1999 hatte die Ehefrau des Klägers, Frau M. K., die K. Bau GmbH, die Beigeladene zu 1., zusammen mit Herrn S. M. gegründet. Bei dem Gesellschafter M. handelte es sich um einen Mitarbeiter der (früheren) Einzelfirma des Klägers. Vom Gesellschaftskapital hielt die Ehefrau des Klägers 24 900,00 EUR, der Gesellschafter M. 100,00 EUR. Der Kläger wurde in dem vor dem Notar P. K. in P. geschlossenen Gesellschaftsvertrag vom 03. Juni 1999 zum alleinvertretenden Geschäftsführer bestellt und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit.

Der Kläger beantragte aufgrund dieser Tätigkeit die Feststellung der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung und gab in dem Fragebogen der Beklagten hierzu an, bei der K. Bau GmbH handele es sich nicht um eine Umwandlung seiner illiquiden Einzelfirma, sondern um die Neugründung einer anderen Firma, in der er Gesellschaftsbeschlüsse weder herbeiführen noch verhindern könne und in der er als einziger Geschäftsführer nicht allein über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge. Seine Tätigkeit sei nicht von familienhaften Rücksichtnahmen gekennzeichnet und er sei nicht nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages zur Mitarbeit verpflichtet. Vielmehr sei die Mitarbeit in einem besonderen Arbeitsvertrag geregelt, den er vorlegte. In dem beigefügten vom 02. August 1999 datierenden Vertrag wird der Kläger als Arbeitnehmer mit einem Monatsbruttogehalt von 2 200,00 DM als Geschäftsführer eingestellt. Die wöchentliche Arbeitszeit betrage 40 Stunden, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sechs Wochen und der Jahresurlaub 24 Arbeitstage. Der Kläger werde als Geschäftsführer der GmbH eingesetzt und vertrete die Gesellschaft nach außen, die Anweisungen des bestimmenden Gesellschafters M. K. seien einzuhalten und Entscheidungen über ein Finanzvolumen von über 10 000,00 DM seien nur mit deren Zustimmung zu treffen. Mit Bescheid vom 13. Oktober 1999 gegenüber der Beigeladenen zu 1. stellte die Beklagte fest, ihre Prüfung habe ergeben, dass der Kläger als Geschäftsführer der K. Bau GmbH nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis im Sinne der Sozialversicherung zu dieser Gesellschaft stehe. Er könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten, sei als Geschäftsführer der GmbH alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Darüber hinaus sei seine Tätigkeit durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zur Gesellschafterin Frau M. K., seiner Ehefrau, geprägt, so dass eine so genannte Familien-GmbH vorliege, kein Beschäftigungsverhältnis im Sinne der Sozialversicherung.

Gegen diesen Bescheid legte der Kläger selbst am 28. Oktober 1999 Widerspruch ein und verwies zur Begründung darauf, er sei am Stammkapital nicht beteiligt und es handele sich um keine Familien-GmbH. Er sei mit dem anderen Gesellschafter nicht verwandt und gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17. Februar 2000 wies die Beklagte den Widerspruch zurück und begründete dies insbesondere damit, dass der Kläger mit der Mehrheitsgesellschafterin der GmbH familiär verbunden sei, so dass von einer so genannten Familien GmbH auszugehen sei, bei der es an dem typischen Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern fehle. Dadurch, dass er zuvor als Alleinunternehmer Bauausführungen betrieben habe, ergebe sich auch, dass er über die entsprechenden Branchenkenntnisse verfüge und somit Kopf und Seele auch der neugegründeten GmbH sei. Als Ehemann der Hauptgesellschafterin trage er auch das Unternehmerrisiko mit.

Hiergegen hat sich die am 07. März 2000 vor dem Sozialgericht Potsdam erhobene Klage gerichtet, zu deren Begründung der Kläger sich zunächst auf das Vorbringen im Verwaltungsverfahren bezogen hat.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 13. Oktober 1999 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Februar 2000 zu verurteilen, festzustellen, dass er ab dem 01. August 1999 bei der K. Bau GmbH versicherungspflichtig Beschäftigter ist.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich hierzu auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden bezogen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 29. März 2001 hat der Kläger auf Befragen durch das Gericht angegeben, die gewerberechtliche Anmeldung für die K. Bau GmbH sei unter seinem Namen erfolgt. Der Gesellschafter M. sei als Maurer bei der Beigeladenen zu 1. tätig. Seine Ehefrau, die Hauptgesellschafterin, arbeite nicht dort, sondern als Betriebswirtin in einer Agrar-GmbH. Ihm obliege die Tätigkeit auf den Baustellen und dort würden von ihm der Arbeitsablauf und die Arbeitseinteilung bestimmt. Die Buchführung und Auftragsannahme erfolgten durch die Gesellschafter. Von seiner vorherigen Einzelfirma sei von der Beigeladenen zu 1. kein Anlagevermögen übernommen worden. Zwar sei der Geschäftssitz der gleiche, es handele sich aber um angemietete Räume. Die Gesellschafter bestimmten, welche Baustellen beziehungsweise Objekte übernommen würden. Ihm obliege dann nur die Baudurchführung.

Mit Urteil vom 29. März 2001 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, auch wenn der Kläger kein Kapital der GmbH halte, so sei er doch, da es sich um eine Familien-GmbH handele, persönlich an dem Betriebsergebnis interessiert und trage ein Unternehmerrisiko. Daher liege bei Prüfung der Einzelumstände des Falles keine weisungsgebundene Tätigkeit als Arbeitnehmer, bestimmt vom Interessengegensatz der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, vor. Auch sei die Beigeladene zu 1. nur durch die Anmeldung des Gewerbes auf den Namen des Klägers überhaupt in der Lage, ihre Tätigkeit durchzuführen.

Gegen dieses den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 02. Mai 2001 zugestellte Urteil richtet sich deren Berufung vom 05. Juni 2001, dem Dienstag nach dem Pfingstmontag dieses Jahres.

Nachdem diese Berufung trotz Aufforderungen des Senats vom 15. Juni 2001 und Erinnerungen vom 21. August, 28. September, 29. Oktober und 19. November 2001 nicht begründet worden war, hat der Senat dem Kläger mit Schreiben vom 19. September 2002 Gelegenheit gegeben, innerhalb von drei Wochen zur beabsichtigten Zurückweisung der Berufung durch Beschluss Stellung zu nehmen. Dieses Schreiben konnte dem Prozessbevollmächtigten des Klägers erst am 06. November 2002 zugestellt werden, der daraufhin am 27. November 2002 eine Berufungsbegründung mit Beweisanträgen vorgelegt hat. Das Landessozialgericht jedoch hatte mit Beschluss vom gleichen Tage die Berufung bereits zurückgewiesen.

Da dieser Beschluss somit vor Ablauf der am 06. November 2002 beginnenden Dreiwochenfrist ergangen war, hat das Bundessozialgericht ihn mit Beschluss vom 29. Juli 2003 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Potsdam vom 29. März 2001 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 13. Oktober 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Februar 2000 zu verurteilen, festzustellen, dass der Kläger seit dem 01. August 1999 versicherungspflichtig in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Die beigeladenen Sozialversicherungsträger haben sich nicht im Verfahren geäußert.

Der Senat hat im Erörterungstermin vom 19. Mai 2004 die Gesellschafter K. und M. vernommen. Die Gesellschafterin K. hat im Wesentlichen ausgeführt, sie sei vollzeitbeschäftigt und kümmere sich um die Angelegenheiten der K. Bau GmbH nach Feierabend, während der Kläger das bautechnische Geschäft erledige. Über größere Entscheidungen, zum Beispiel die Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern, entschieden der Kläger und sie dann gemeinsam. Sie habe die Gesellschafteranteile eingezahlt und lebe mit dem Kläger im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Im Einzelnen mache sie auch von ihrer Direktionsbefugnis Gebrauch: Sie habe dem Kläger untersagt, mit einer bestimmten Firma weiter Geschäfte zu tätigen. Sie seien seit 34 Jahren verheiratet und sie sei Betriebswirtin, ihr Mann Bauingenieur. Dementsprechend solle sie die ökonomische und er die praktische Seite der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1. führen. Nehme er Urlaub, müsse er dies mit ihr absprechen. Der Gesellschafter M. hat dargelegt, der Kläger habe ihn gefragt, ob er Mitgesellschafter der neuen Gesellschaft mit dessen Frau werden wolle. Das habe er in der Hoffnung getan, seinen Arbeitsplatz zu erhalten. Seine Anweisungen erhalte er vom Kläger. Er wisse allerdings, dass dieser Besprechungen mit seiner Frau habe. Er gehe davon aus, dass diese bei

Meinungsverschiedenheiten letztlich die Entscheidungen treffe. Auf den jährlichen Gesellschafterversammlungen werde der Geschäftsbericht vorgelegt und es werde über Probleme der Firma gesprochen. Entscheidungen würden dort nicht getroffen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitsstandes wird auf die Gerichtsakten sowie die Verwaltungsakten der Beklagten, den Streitgegenstand betreffend, Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte Berufung ist form- und fristgerecht erhoben, somit insgesamt zulässig.

Sie ist auch begründet. Der Kläger ist als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. abhängig bei dieser beschäftigt und unterliegt daher der Sozialversicherungspflicht.

Zur Feststellung der Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung (gesetzliche Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung) ist gemäß [§ 28 i](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) die Krankenkasse, von der die Krankenversicherung durchgeführt wird, als Einzugsstelle zuständig. Dies ist vorliegend die Beklagte.

Versicherungspflichtig sind gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) sowie [§ 24 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) Arbeitnehmer. Arbeitnehmer sind Personen, die einer Beschäftigung in Form nichtselbstständiger Arbeit nachgehen ([§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)). Dabei ist die Versicherungs- beziehungsweise Beitragspflicht nach den Grundsätzen zu beurteilen, die Lehre und Rechtsprechung zum entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis in der Sozialversicherung entwickelt haben. Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung. Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies insbesondere bei Dienst höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, die Dienstleistung 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, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebs ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbstständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt.

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig und deshalb beitragspflichtig beschäftigt ist oder nicht. Dabei ist zu beachten, dass das GmbH-Recht die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter, in unterschiedlichster Weise zu regeln erlaubt. Die Regelung des sachlichen Umfangs der Geschäftsführungsbefugnis ermöglicht daher Varianten, die von einer weisungsfreien Geschäftsführung bis zu einer durchgehend weisungsgebundenen reichen, wobei letztere zur Folge hat, dass die Gesellschafter mit Hilfe des Weisungsrechtes die Geschäfte der GmbH im Wesentlichen selbst führen. Dass der Geschäftsführer auch in den letztgenannten Fällen gesetzlicher Vertreter der GmbH ist ([§ 35 Abs. 1 GmbH-Gesetz](#)), schließt eine abhängige Beschäftigung nicht aus. Gegen eine abhängige Beschäftigung des Geschäftsführers einer GmbH lässt sich auch nicht einwenden, dass der Geschäftsführer gegenüber den Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktion wahrnimmt; denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Anders als Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft können daher GmbH-Geschäftsführer zu den in abhängiger Beschäftigung stehenden Personen gehören (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#) m. w. N.).

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt allerdings nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt ist und allein oder jedenfalls mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH hat das Bundessozialgericht daher grundsätzlich verneint, wenn der Geschäftsführer über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt. Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung des Gesellschafters nicht ausreicht, um kraft Beteiligung die GmbH zu beherrschen, kann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen sein, wenn der Geschäftsführer hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei ist und - wirtschaftlich gesehen - seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern für sein eigenes Unternehmen ausübt.

Demgegenüber wird bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist - wie der Kläger -, in der Regel ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen (BSG, a. a. O.).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das BSG bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen. Es hat sie bei diesem Personenkreis nur unter besonderen Umständen verneint, insbesondere bei Geschäftsführern, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden waren und die Geschäfte faktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führen (Urteil vom 18. Dezember 2001, Aktenzeichen [B 12 KR 10/01 R](#)).

Eine solche Ausnahmekonstellation jedoch, bei der auch beim Fremdgeschäftsführer einer GmbH trotz fehlender Gesellschaftsanteile nicht von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen ist, ist im Fall des Klägers nicht nachgewiesen. Der Kläger kann als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. nicht nach eigenem Gutdünken schalten und walten. Zwar nehmen die Gesellschafterversammlungen als gesetzlich bestimmendes Organ ihre Weisungsbefugnis nicht unmittelbar wahr, jedoch die Hauptgesellschafterin, die Ehefrau des Klägers, erteilt ihm Weisungen. Dies ist auch in dem Arbeitsvertrag des Klägers so vorgesehen und es bleibt der Gesellschafterversammlung unbenommen, die Hauptgesellschafterin dergestalt zu beauftragen. Aufgabe des Klägers ist es, Kunden zu akquirieren und die Bauausführung zu leiten. Bei der Akquirierung von Kunden ist er, zumindest bei größeren Aufträgen, gehalten, diese mit der Hauptgesellschafterin zu besprechen und deren Einverständnis einzuholen. Der Jahresurlaub muss mit der bestimmenden Gesellschafterin abgesprochen werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, der Kläger hat Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

Diese Umstände entsprechen im Wesentlichen den Bedingungen, unter denen typischerweise abhängige Beschäftigungsverhältnisse mit Fremdgeschäftsführern durchgeführt werden. Sie haben für die Klärung der Versicherungspflicht des Klägers ganz erhebliches Gewicht. Dem

gegenüber treten die gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis entsprechenden Umstände - diese sind durchaus vorhanden - zurück. Zum einen bezog der Kläger im Jahre 1999 als Geschäftsführer eine monatliche Vergütung von 2 200,00 DM, was für eine Geschäftsführertätigkeit außerordentlich gering ist. Wenn der Kläger dem jedoch entgegenhält, dass es im Baubereich in Ostdeutschland üblich sei, dass Arbeitnehmer einen geringen Lohn in Kauf nehmen, um überhaupt beschäftigt zu sein, so entspricht dies der bekannten schlechten Situation auf dem hiesigen Arbeitsmarkt. Wenn die Beklagte vorträgt, dass der Kläger als Einziger über die erforderlichen Branchenkenntnisse verfüge, kommt diesem Umstand nach den vom Senat getroffenen Feststellungen kein wesentliches Gewicht mehr zu. Denn auch der Gesellschafter M., der als Maurer bei der Beigeladenen zu 1. beschäftigt ist, verfügt über derartige Kenntnisse und übt eine polierähnliche Tätigkeit aus. Es ist auch nicht lebensfremd, wenn der Gesellschafter M. darauf verweist, dass er als Maurer in gewisser Beziehung sogar über verwertbarere Branchenkenntnisse verfüge als der Kläger, der zwar Bauingenieur sei, jedoch ursprünglich aus dem Bereich des Tischlergewerks komme.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2005-01-18