

## L 9 KR 78/23

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 28 KR 391/22  
Datum  
25.01.2023  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 9 KR 78/23  
Datum  
04.07.2024  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. **Der Begriff des Arbeitnehmers im AAG wird nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts bestimmt.**
2. **Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH ist grundsätzlich kein Arbeitnehmer iSd AAG.**
3. **Auf die vom Bundessozialgericht für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von GmbH-Geschäftsführern entwickelten Kriterien kommt es im Rahmen der arbeitsrechtlichen Einordnung des Geschäftsführers nicht an.**
4. **Erstattungsleistungen nach [§ 1 AAG](#) sind unabhängig davon zurückzufordern, ob einer der in [§ 4 Abs. 2 Satz 1 AAG](#) ausdrücklich aufgeführten Fälle vorliegt.**

**Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 25. Januar 2023 wird zurückgewiesen.**

**Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Tatbestand**

Die Beteiligten streiten über die Rückforderung erstatteter Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (U1-Verfahren) an den Geschäftsführer der Klägerin.

Die Klägerin ist eine im Jahr 2017 errichtete GmbH mit Sitz in B. Alleinige Gesellschafterin ist Frau N Ö. Gegenstand des Unternehmens sind der Garten- und Landschaftsbau, Winterdienst und die Erbringung von Bauleistungen aller Art.

Zum alleinigen Geschäftsführer der Klägerin ist Herr R Ö bestellt. Er ist nach Ziffer IV des Gesellschaftsvertrags vom 14. März 2017 von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit und berechtigt, die Gesellschaft allein zu vertreten. Der mit Herrn Ö am 4. Mai 2017 geschlossene Geschäftsführervertrag enthält folgende Regelungen:

### **§ 1 Bestellung zum Geschäftsführer, Dienstaufgaben, Ort der Tätigkeit**

1. Der Geschäftsführer wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 14.03.2017 mit Wirkung zum 23.05.2017 zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Dieser Vertrag regelt allein die dienstvertraglichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer.

2. Der Geschäftsführer führt die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags sowie der Weisungen der Gesellschafterversammlung. Er arbeitet in der Anfangsphase auch vor Ort mit und betreut als Bauleiter die Projekte.
3. Der Geschäftsführer übt seine Tätigkeit in erster Linie in B aus. Soweit es die Erfüllung seiner Aufgaben erfordert oder falls entsprechende Weisungen der Gesellschafterversammlung vorliegen, verpflichtet sich der Geschäftsführer dazu, vorübergehend oder auch dauerhaft an anderen Orten, auch im Ausland, tätig [zu] sein.
4. Zustimmungspflichtige Geschäfte / Keine Befreiung von [§ 181 BGB](#)

4.1 Die Befugnis zur Geschäftsführung umfasst die Vornahme aller Maßnahmen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft.

4.2 Zur Vornahme von Rechtsgeschäften, welche über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen, bedarf es stets der vorherigen Zustimmung des Gesellschafters.

- Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken;
- Aufnahme neuer und Aufgabe bestehender Geschäftszweige;
- Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen und Zweigbetrieben;
- Erwerb und Veräußerung von Betrieben und dauernden Beteiligungen;
- Abschluss, Änderung und Aufhebung von Betriebsüberlassungsverträgen und Ergebnisübernahmeverträgen;
- Aufnahme und Rückzahlung von Krediten;
- Vereinbarung von Kreditlinien für Kontokorrent- und Wechselkredite sowie Änderungen einer solchen Vereinbarung;
- Gewährung von Krediten;
- Gewährung von Sicherheiten für Dritte, insbesondere Übernahme von Bürgschaften und Garantien;
- Erteilung und Widerruf von Prokuren und Handlungsvollmachten;
- Abschluss, Änderung und Beendigung von Dienstverträgen mit Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Angestellten in vergleichbaren Positionen sowie allgemein der Abschluss befristeter oder unbefristeter Arbeitsverträge.

## **§ 2 Vertragsdauer, Kündbarkeit, Rentenaltersklausel, dauernde Arbeitsunfähigkeit, Tod**

1. Das Dienstverhältnis beginnt zum 23.05.2017 und ist unbefristet. Es verlängert sich automatisch um ein Jahr, wenn das Auslaufen des Vertrags nicht spätestens sechs Monate vor Vertragsbeendigung schriftlich von einer der Vertragsparteien bestätigt wird.
2. Das Dienstverhältnis ist ordentlich nicht kündbar. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt.
3. Das Dienstverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, spätestens mit Ablauf des Monats, in dem der Geschäftsführer die Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht.
4. Ist der Geschäftsführer entsprechend einer ärztlichen Bescheinigung dauerhaft nicht mehr in der Lage, seine Dienstpflichten aus diesem Vertrag zu erfüllen, endet das Dienstverhältnis mit Ablauf des Monats, in dem ein Arzt diese Feststellung getroffen hat. Die dauernde Dienstunfähigkeit wird unwiderleglich vermutet, wenn eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ohne Unterbrechung neun Monate oder länger andauert. Im Falle einer Beendigung des Dienstverhältnisses wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit hat der Geschäftsführer Anspruch auf eine Abfindung in Höhe eines halben Jahresgrundgehältes im Sinne von § 5 Abs. 1.
5. Endet das Dienstverhältnis durch den Tod des Geschäftsführers, hat seine Witwe Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 3 für den Sterbemonat sowie die folgenden drei Monate. Ist eine Witwe nicht vorhanden, sind die Erben des Geschäftsführers anspruchsberechtigt.

## **§ 3 Arbeitszeit**

Der Geschäftsführer stellt seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft.

## **§ 4 Recht zur Freistellung, Vergütung nach Abberufung**

1. Nach Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung sowie im Falle der Abberufung als Geschäftsführer kann die Gesellschaft den Geschäftsführer unter Fortzahlung der Vergütung von der Pflicht zur Dienstleistung freistellen.
2. Im Falle der Abberufung steht dem Geschäftsführer ab dem auf die Abberufung folgenden Monate keine variable Vergütung gemäß § 5 Abs. 2 mehr zu.

## **§ 5 Jahresgrundgehalt, Zielvereinbarungsprämie, Sonderzahlungen, Dienstwagen, Abführung von Lohnsteuer und Sozialabgaben**

1. Der Geschäftsführer erhält eine monatliche Bruttovergütung von EUR.
2. Darüber hinaus hat der Geschäftsführer Anspruch auf eine variable erfolgsabhängige Gehaltserhöhung, was in Absprache und Zustimmung mit dem GF vollzogen werden kann (auch mündlich).
3. Über die vorstehenden Ansprüche hinaus hat der Geschäftsführer Anspruch auf folgende Sonderzahlungen:

a) Weihnachtsgeld

4. Die Gesellschaft behält von den dem Geschäftsführer zustehenden finanziellen Leistungen entsprechend den steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Gesetzen Lohnsteuer und Sozialabgaben ein und führt diese an die zuständigen Stellen ab.

#### **§ 6 Urlaub**

1. Der Geschäftsführer hat Anspruch auf bezahlten Urlaub im Umfang von 26 Arbeitstagen pro Kalenderjahr.
2. Kann der Urlaub im laufenden Jahr aufgrund dringender betrieblicher oder in der Person des Geschäftsführers liegender Gründe nicht genommen werden, wird er auf das nächste Kalenderjahr übertragen. Der übertragene Urlaub ist dann spätestens bis zum 31. März des Folgejahres zu nehmen; andernfalls verfällt er. Der übertragene Urlaubsanspruch verfällt am 31. März des Folgejahres auch dann, wenn der Urlaub infolge einer Erkrankung nicht genommen werden kann.

#### **§ 7 Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit**

Der Geschäftsführer hat im Falle einer ärztlich festgestellten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Monaten. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung umfasst sämtliche finanziellen Leistungen gemäß § 5.

#### **§ 8 Nebentätigkeit**

1. Der Geschäftsführer darf eine - selbständige oder unselbständige - bezahlte Nebentätigkeit nur nach vorheriger schriftlicher Genehmigung der Gesellschaft aufnehmen. Dies gilt auch für unbezahlte Nebentätigkeiten, wenn diese üblicherweise nur gegen Vergütung ausgeübt werden.
2. Unbezahlte Nebentätigkeiten hat der Geschäftsführer vor Aufnahme der Gesellschaft anzuzeigen. Die Gesellschaft kann dem Geschäftsführer die Ausübung unbezahlter Nebentätigkeit bei berechtigten Interessen untersagen.

#### **§ 9 Geheimhaltung**

Der Geschäftsführer ist dazu verpflichtet, über alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie über Angelegenheiten, die die Gesellschaft als vertraulich bezeichnet hat, dritten Personen gegenüber Stillschweigen zu bewahren. Diese Pflicht gilt auch über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus.

#### **§ 10 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot**

1. Der Geschäftsführer verpflichtet sich dazu, für die Dauer von sechs Monaten [alternativ: andere Zeitdauer bis maximal 24 Monate] nach Beendigung dieses Vertrages nicht in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, das mit der Gesellschaft in direktem oder indirektem Wettbewerb steht. Dem Geschäftsführer ist es auch untersagt, während dieser Zeit ein solches Unternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen; ausgenommen ist ein Anteilsbesitz, der aufgrund seiner geringen Größe keinen Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens erlaubt. Das Wettbewerbsverbot gilt räumlich für Deutschland [alternativ: für Europa, für einzeln benannte Länder, weltweit].
2. Der Geschäftsführer erhält für die Dauer des Wettbewerbsverbots gemäß Abs. 1 eine Karenzentschädigung von 100 Prozent der zuletzt bezogenen Grundvergütung gemäß § 5 Abs. 1.

#### **§ 11 Nebenabreden, Vertragsänderungen**

1. Die in diesem Vertrag getroffenen Vereinbarungen regeln die Vertragsbeziehungen der Parteien abschließend. Nebenabreden wurden nicht getroffen.
2. Vertragsänderungen sind nur wirksam, wenn sie schriftlich getroffen werden. Das gilt auch für die Abbedingung dieser Schriftformabrede.
3. Das Schriftformerfordernis nach Abs. 2 gilt nicht, wenn Vertragsänderungen individuell vereinbart werden. Individuell ausgehandelte Vertragsänderungen sind formlos wirksam.

#### **§ 12 Schlussbestimmungen**

Dem Geschäftsführer wurde eine Ausfertigung dieses Vertrags ausgehändigt.

Auf entsprechende Anträge der Klägerin nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) erstattete die Beklagte für die Zeit vom 22. März 2018 bis 30. März 2018, 19. Dezember 2018 bis 21. Dezember 2018, 28. Juni 2019 bis 30. Juni 2019, 1. Juli 2019 bis 5. Juli 2019, 16. September 2019 bis 20. September 2019, 9. Dezember 2019 bis 20. Dezember 2019, 9. April 2020 bis 26. April 2020, 24. Juli 2020 bis 31. Juli 2020, 1. August 2020 bis 9. August 2020, 1. September 2020 bis 13. September 2020, 10. November 2020 bis 28. November 2020, 18. Januar 2021 bis 31. Januar 2021, 1. Februar 2021 bis 7. Februar 2021, 8. Februar 2021 bis 14. Februar 2021, 20. April 2021 bis 30. April 2021, 1. Mai 2021 bis 4. Mai 2021 und 2. Juli 2021 bis 18. Juli 2021 – jeweils durch Auszahlung ohne gesonderten Verwaltungsakt – Arbeitgeberaufwendungen in Höhe von insgesamt 17.822,53 Euro, die der Klägerin jeweils durch Entgeltfortzahlung (im Krankheitsfall) an ihren Geschäftsführer entstanden waren.

Die Beklagte forderte diesen Betrag nach Anhörung mit Bescheid vom 9. Dezember 2021 von der Klägerin zurück. Zur Begründung teilte sie mit: Die Erstattungsanträge nach dem AAG seien zu Unrecht gestellt worden. Herr Ö sei als Fremdgeschäftsführer kein Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts. Die Erstattung nach dem AAG sei daher ausgeschlossen.

Den dagegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 16. Februar 2022 zurück. Der Geschäftsführer der Klägerin sei Fremdgeschäftsführer, da er nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sei. Fremdgeschäftsführer seien vom Verfahren des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen nach [§ 1 Abs. 1 AAG](#) (U1-Verfahren) ausgenommen, da sie als Organmitglieder juristischer Personen arbeitsrechtlich nicht zu den Arbeitnehmern zählten. Dies ergebe sich auch aus den Grundsätzlichen Hinweisen des GKV-Spitzenverbandes zum U1-Verfahren. Für GmbH-Geschäftsführer seien weder Umlagen zu entrichten, noch bestehe für an sie geleistete Arbeitgeberaufwendungen ein Erstattungsanspruch. Die Rückforderung zu Unrecht gezahlter Erstattungsbeträge ergebe sich aus [§ 4 Abs. 2 AAG](#). Ob einer der Tatbestände des [§ 4 Abs. 2 Satz 1 AAG](#) erfüllt sei, könne offen bleiben. Nach dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 31. Mai 2016 ([B 1 KR 17/15](#)) seien Krankenkassen generell, außer in einem hier nicht vorliegenden Bagatellfall, zur Rückforderung von ohne Rechtsgrund erbrachten Leistungen zwingend verpflichtet. Die Rückforderung sei auch dann nicht zu beanstanden, wenn der Klägerin definitiv kein Schuldvorwurf gemacht werden könne. Der Rückforderungsanspruch sei auch nicht verjährt.

Dagegen hat die Klägerin am 9. März 2022 Klage zum Sozialgericht Berlin erhoben. Sie hat geltend gemacht: Aus den Grundsätzlichen Hinweisen des GKV-Spitzenverbandes zum U1-Verfahren lasse sich für die Rechtsauffassung der Beklagten nichts herleiten. Vielmehr sei [§ 14 Kündigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#) zu beachten. Daraus ergebe sich, dass zwar Organmitglieder, nicht aber Fremdgeschäftsführer von der Anwendung der Arbeitnehmer-Schutzvorschriften des Kündigungsschutzgesetzes ausgeschlossen seien.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil ohne mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2023 abgewiesen. Die zulässige Klage sei unbegründet. Die Klägerin sei nach [§ 4 Abs. 2 AAG](#) zur Rückzahlung der Erstattungsbeträge verpflichtet. Die Klägerin habe auf Kosten der Beklagten ohne Rechtsgrund Erstattungsleistungen nach [§ 1 AAG](#) für die Entgeltfortzahlungen an ihren Geschäftsführer erhalten. Der Geschäftsführer der Klägerin sei kein Arbeitnehmer und deshalb nicht Inhaber eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach [§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz \(EntgFG\)](#) gewesen. Die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft richte sich in diesem Zusammenhang allein nach arbeitsrechtlichen und nicht nach sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten. Geschäftsführer als Vertretungsorgane juristischer Personen und arbeitgeberähnliche Personen gehörten nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#)) grundsätzlich nicht zu dem Kreis, auf den das EntgFG Anwendung finde. Entsprechend würden in den Grundsätzlichen Hinweisen des GKV-Spitzenverbandes zum U1-Verfahren GmbH-Geschäftsführer ausdrücklich als Personen benannt, die keine Arbeitnehmer i.S.d. AAG seien. Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung komme eine Weisungsgebundenheit eines GmbH-Geschäftsführers nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht, in denen ein über das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht hinausgehendes Weisungsrecht auch bezüglich der Umstände, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen habe, bestehe, und die Gesellschaft dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierende Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen könne. Entsprechende Regelungen seien im Gesellschaftsvertrag der Klägerin nicht enthalten.

Gegen das ihr am 26. Januar 2023 zugestellte Urteil des Sozialgerichts hat die Klägerin am 27. Februar 2023 Berufung eingelegt. Sie bzw. ihr Geschäftsführer hätten weder gewusst noch hätten sie wissen müssen, dass keine Ansprüche nach dem EntFG bestehen. Der Geschäftsführer habe guten Gewissens davon ausgehen können, Arbeitnehmer zu sein. Er habe einen Arbeitsvertrag unterschrieben. Auf die Frage des Verschuldens gehe das sozialgerichtliche Urteil nicht ein. Darüber hinaus seien weder [§ 4 Abs. 2 AAG](#) noch [§ 4 AAG](#) in Verbindung mit den Grundsätzlichen Hinweisen des GKV-Spitzenverbandes vom 7. November 2017 und 19. September 2019 Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Klägerin der gewährte Zuschuss nicht zustehe. Soweit das Sozialgericht arbeitsrechtliche Grundsätze für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft heranziehe, bleibe unverständlich, weshalb nur die Zuständigkeitsregelungen im Arbeitsgerichtsgesetz ([§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG](#); BSG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#)) maßgeblich sein sollten und nicht [§ 14 KSchG](#). [§ 14 KSchG](#) sei die speziellere Norm. Das Arbeitsrecht sei in seiner Gänze heranzuziehen. Nicht alle Geschäftsführer seien per Definition von der Arbeitnehmereigenschaft ausgeschlossen. Die Frage des Weisungsrechts sei durch das Sozialgericht nicht geklärt worden. Das Sozialgericht habe zumindest den Arbeitsvertrag und die tatsächlich bestehenden Lebensverhältnisse ermitteln und in seine Urteilsgründe einbeziehen müssen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 25. Januar 2023 und den Bescheid der Beklagten vom 9. Dezember 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Februar 2022 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das Sozialgericht habe die Rückforderung der erstatteten Arbeitgeberaufwendungen zutreffend für rechtmäßig erachtet.

Die Beteiligten haben mit Schreiben vom 11. April 2023 und 15. Juni 2023 einer Entscheidung des Senats durch Urteil ohne mündliche

Verhandlung zugestimmt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Verwaltungsakten des Beklagten und auf den der Gerichtsakte verwiesen, der vorgelegen hat und Gegenstand der Beratung und Entscheidung gewesen ist.

### Entscheidungsgründe

Der Senat konnte gemäß [§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz](#) (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten dieser Verfahrensweise zugestimmt haben.

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die Berufung der Klägerin ist gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz](#) (SGG) statthaft und zulässig.

Gegenstand des Verfahrens sind das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 25. Januar 2023 sowie der Bescheid der Beklagten vom 9. Dezember 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Februar 2022, mit dem die Beklagte die für den Zeitraum 22. März 2018 bis 18. Juli 2021 erbrachten Erstattungsleistungen zurückgefordert hat.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Sozialgericht hat die Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 SGG](#)) der Klägerin zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 9. Dezember 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Februar 2022 ist rechtmäßig. Die Klägerin ist zur Rückzahlung der von der Beklagten erbrachten Erstattungsleistungen in Höhe von 17.822,53 Euro verpflichtet.

1) Rechtsgrundlage des Rückforderungsanspruchs der Beklagten ist der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch i.V.m. [§ 4 Abs. 2 AAG](#) (vgl. BSG, Urteil vom 31. Mai 2016, [B 1 KR 17/15 R](#), zitiert nach juris, Rn. 26 ff.).

Der im öffentlichen Recht ohne ausdrückliche Normierung seit langem anerkannte öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch setzt voraus, dass im Rahmen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses Leistungen ohne rechtlichen Grund erbracht oder sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen vorgenommen worden sind. Die Regelung des [§ 4 Abs. 2 AAG](#) setzt den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch als Rechtsgrundlage voraus und ergänzt ihn um folgende Regelungen: „Die Krankenkasse hat Erstattungsbeträge vom Arbeitgeber insbesondere zurückzufordern, soweit der Arbeitgeber 1. schuldhaft falsche oder unvollständige Angaben gemacht hat oder 2. Erstattungsbeträge gefordert hat, obwohl er wusste oder wissen musste, dass ein Anspruch nach [§ 3 Abs. 1](#) und 2 oder [§ 9 Abs. 1](#) des Entgeltfortzahlungsgesetzes [...] nicht besteht. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass er durch die zu Unrecht gezahlten Beträge nicht mehr bereichert sei. Von der Rückforderung kann abgesehen werden, wenn der zu Unrecht gezahlte Betrag gering ist und der entstehende Verwaltungsaufwand unverhältnismäßig groß sein würde.“ Abgesehen von den Bagatellfällen hat die nach dem AAG zuständige Stelle danach jede ohne Rechtsgrund erfolgte Erstattungsleistung zwingend zurückzufordern. Diese eigene, abschließende Regelung des AAG geht den allgemeinen Vorschriften des [§ 50 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#) vor ([§ 37 Satz 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch – SGB I](#)) und schließt deren Anwendung aus. Der Arbeitgeber, der Leistungen des Aufwenausgleichs empfangen hat, kann sich nicht auf Vertrauensschutz wegen bloß einfacher Fahrlässigkeit oder Gutgläubigkeit berufen. Die Einrede der Entreicherung in entsprechender Anwendung des [§ 818 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) ist ausgeschlossen. Auch ist die Rückforderung nicht daran geknüpft, dass einer der in [§ 4 Abs. 2 Satz 1 AAG](#) ausdrücklich aufgeführten Fälle erfüllt ist. Mit der bewussten Einfügung des Wortes „insbesondere“ wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass neben den dort zwingend vorgeschriebenen Fällen die Rückforderung von Erstattungsbeträgen aus anderen Gründen nicht ausgeschlossen werden soll (vgl. zum Ganzen BSG, Urteil vom 31. Mai 2016, [B 1 KR 17/15 R](#), zitiert nach juris, Rn. 26 ff.; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20. Juli 2021, [L 11 KR 714/20](#), zitiert nach juris, Rn. 66 ff.).

2) Ausgehend davon hat die Beklagte zu Recht die der Klägerin erstatteten Arbeitgeberaufwendungen zurückgefordert.

a) Die Klägerin hat auf Kosten der Beklagten ohne Rechtsgrund Erstattungsleistungen nach [§ 1 Abs. 1 AAG](#) für Entgeltfortzahlungen an ihren Geschäftsführer erhalten. Denn der Geschäftsführer der Klägerin war kein „Arbeitnehmer“ im Sinne dieser Vorschrift.

aa) Der Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach [§ 1 Abs. 1 AAG](#) knüpft an den Anspruch des bei ihm beschäftigten Arbeitnehmers nach [§ 3 Abs. 1](#) und 2, [§ 9 Abs. 1 EntgFG](#) an. Der Begriff des Arbeitnehmers im AAG wird daher nicht eigenständig, sondern nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts bestimmt (vgl. BSG, Urteil vom 26. September 2017, [B 1 KR 31/16 R](#), zitiert nach juris, Rn. 16; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20. Juli 2021, [L 11 KR 714/20](#), zitiert nach juris, Rn. 71).

Ausgehend davon ist Arbeitnehmer, wer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen (vgl. BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#), zitiert nach juris, Rn. 23).

Geschäftsführer als Vertretungsorgane der juristischen Person (GmbH) und arbeitgeberähnliche Personen sind grundsätzlich keine Arbeitnehmer (vgl. BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#), zitiert nach juris m.w.N.; Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, EFZG, § 1 Rn. 2). Der Geschäftsführer einer GmbH wird für diese in aller Regel auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig (vgl. BAG, Urteil vom 27. April 2021, [2 AZR 540/20](#), zitiert nach juris, Rn. 20). Sein Dienstvertrag ist auf eine Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramts gerichtet. Er verkörpert als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ([§ 35 Abs. 1](#) des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG) den Arbeitgeber. Er nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgebergleiche Person, im Fall des Fremdgeschäftsführers jedenfalls aber eine arbeitgeberähnliche Person (vgl. BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#), zitiert nach juris, Rn. 39).

Eine Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie auf einen Status als Arbeitnehmer schließen lässt, kann

allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen; ein Arbeitsverhältnis setzt voraus, dass die Gesellschaft eine – über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende – Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat, und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmen kann (vgl. zum Ganzen BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#), zitiert nach juris, Rn. 24 m.w.N.; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20. Juli 2021, [L 11 KR 714/20](#), zitiert nach juris, Rn. 72).

Aus den Grundsätzlichen Hinweisen des GKV-Spitzenverbandes zum Umlageverfahren ergibt sich entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin nichts anderes. Die Hinweise vom 7. November 2017 verweisen unter Ziffer 2.2.2.2 im Wesentlichen auf den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des EntgFG, ohne den (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH einzuordnen. In den Hinweisen vom 19. November 2019 wird unter 2.1 ausdrücklich klargestellt, dass Fremdgeschäftsführer vom U1-Verfahren ausgenommen seien, weil sie als Organmitglieder juristischer Personen arbeitsrechtlich nicht zu den Arbeitnehmern zählten.

Soweit die Klägerin darüber hinaus geltend macht, der (bereits vom Sozialgericht herangezogene) Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Januar 2019 ([9 AZB 23/18](#)) betreffe nur den Arbeitnehmerbegriff des [§ 5](#) Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) und es sei von einem weiter gefassten allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszugehen, der auch [§ 14 KSchG](#) berücksichtigen müsse, folgt dem der Senat ebenfalls nicht. Der Beschluss vom 21. Januar 2019 enthält (im Rahmen der Prüfung des [§ 5 ArbGG](#)) allgemeine arbeitsrechtliche Aussagen zur Arbeitnehmereigenschaft des Fremdgeschäftsführers einer GmbH, die insbesondere mit früheren Entscheidungen zum EntgFG und Kündigungsrecht belegt werden (vgl. juris Rn. 24, mit Verweis auf BAG, Urteile vom 24. November 2005, [2 AZR 614/04](#), und vom 26. Mai 1999, [5 AZR 664/98](#)), und kann daher ohne Weiteres auch für den vorliegenden Fall herangezogen werden. Im Übrigen regelt [§ 14 Abs. 1 KSchG](#) gerade, dass die Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, gelten. Die Regelung des [§ 14 Abs. 2 KSchG](#), wonach der allgemeine Kündigungsschutz (mit Ausnahme des [§ 3 KSchG](#)) auf „Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte“ Anwendung findet, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, gilt nicht für GmbH-Geschäftsführer. Der Begriff „Geschäftsführer“ ist hier nicht mit dem des GmbH-Rechts nach [§ 35 GmbHG](#) gleichzusetzen. Denn diese Personen fallen bereits unter Abs. 1 Nr. 1 des [§ 14 KSchG](#). In dem Begriff liegt vielmehr eine Umschreibung für solche Personen, die allein oder im Zusammenwirken mit anderen Mitarbeitern leitende unternehmerische (Teil-)Aufgaben, etwa im kaufmännischen, organisatorischen, technischen oder personellen Bereich wahrnehmen (vgl. Wendel, in: BeckOGK, Stand 1. Dezember 2023, KSchG, § 14, Rn. 48; vgl. Volkening, in: BeckOK ArbR, Stand 1. März 2024, KSchG, § 14 Rn. 16).

Ebenso wenig kommt es bei der vorzunehmenden arbeitsrechtlichen Einordnung des Geschäftsführers der Klägerin auf die vom Bundessozialgericht für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von GmbH-Geschäftsführern entwickelten Kriterien (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 10. Dezember 2019, [B 12 KR 9/18 R](#), zitiert nach juris, Rn. 13) an (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20. Juli 2021, [L 11 KR 714/20](#), zitiert nach juris, Rn. 75).

bb) Unter Zugrundelegung des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs war der Geschäftsführer der Klägerin kein Arbeitnehmer. Es liegen keine Umstände vor, die es ausnahmsweise rechtfertigen würden, das Anstellungsverhältnis mit dem Geschäftsführer der Klägerin als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.

(aaa) Die Regelungen des Geschäftsführervertrages vom 4. Mai 2017 weisen das Vertragsverhältnis als Dienstverhältnis und nicht als Arbeitsverhältnis aus (§ 1: „Dienstaufgaben“, „dienstvertragliche Beziehungen“; § 2: „Dienstverhältnis“; § 3: „Pflicht zur Dienstleistung“; § 9: „Dienstverhältnis“).

Darüber hinaus unterwirft der insgesamt typische Geschäftsführervertrag den Geschäftsführer nicht so starken – insbesondere arbeitsbegleitenden und verfahrensorientierten – Bindungen und Weisungen, dass eine Zuordnung zum Status eines Arbeitnehmers ausnahmsweise geboten wäre. Insoweit gilt:

Die Regelung in [§ 1 Abs. 2](#) des Vertrages, wonach der Geschäftsführer die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages sowie der Weisungen der Gesellschafterversammlung ausübt, gibt allein die nach [§ 37 Abs. 1 GmbHG](#) möglichen internen Beschränkungen der Befugnisse eines Geschäftsführers wieder (vgl. BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#), zitiert nach juris, Rn. 26). [§ 1 Abs. 4](#) des Vertrages mit seiner Aufzählung von besonderen zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften sichert lediglich das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht der Gesellschafter und grenzt die ordentliche Verwaltung (Geschäftsführung) von der außerordentlichen Verwaltung ab; zu Maßnahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs bleibt der Geschäftsführer ohne Einschränkung befugt (vgl. dazu LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20. Juli 2021, [L 11 KR 714/20](#), zitiert nach juris, Rn. 73). Soweit [§ 3](#) des Vertrages vorsieht, dass der Geschäftsführer seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellt, ist dies ebenfalls kein Indiz für ein Arbeitsverhältnis, sondern Folge der Organstellung des Geschäftsführers (vgl. BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#), zitiert nach juris, Rn. 26). Ebenso wenig lassen sich [§ 8](#) des Vertrages, demzufolge der Geschäftsführer eine bezahlte Nebentätigkeit nur nach vorheriger schriftlicher Genehmigung der Gesellschaft aufnehmen darf, beachtliche Anhaltspunkte für ein Arbeitsverhältnis entnehmen. Dabei handelt es sich nicht um ein Nebentätigkeitsverbot, sondern um einen Erlaubnisvorbehalt, der den Dienstgeber nicht berechtigt, die Aufnahme einer Nebentätigkeit willkürlich zu verwehren; im Ergebnis wird dem Geschäftsführer dadurch lediglich aufgegeben, die Klägerin vor Aufnahme einer Nebentätigkeit zu unterrichten (vgl. BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, [9 AZB 23/18](#), zitiert nach juris, Rn. 26).

Eine untypische, nicht unerhebliche Weisungsunterworfenheit enthält der Geschäftsführervertrag lediglich insofern, als er in [§ 1](#) ein ortsbezogenes Weisungsrecht nicht nur dahingehend regelt, dass der Geschäftsführer in der Anfangsphase vor Ort mitarbeitet, sondern auch dahingehend, dass der Geschäftsführer unter Umständen vorübergehend oder dauerhaft an anderen Orten als B, einschließlich des Auslands, tätig sein muss. Dies rechtfertigt die Annahme eines ausnahmsweise bestehenden Arbeitsverhältnisses aber ebenfalls nicht. Der Senat sieht es im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung des Dienstverhältnisses als entscheidend an, dass das vertraglich vereinbarte Dienstverhältnis im Übrigen von (untypischen) Weisungsbefugnissen sowohl hinsichtlich des Inhalts als auch hinsichtlich der Durchführung und der Zeit frei war.

(bbb) Dass besondere Umstände der Durchführung des Geschäftsführervertrags vorliegen, die die Annahme eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnten, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Es ist nicht erkennbar, dass der Geschäftsführervertrag rechtserheblich abweichend von seinen Regelungen „gelebt“ wurde. Die Klägerin hat hierzu nichts vorgetragen. Daher bestand auch kein Anlass für weitere Ermittlungen.

cc) Ein Rechtsgrund für die gesetzlichen Erstattungsleistungen nach [§ 1 Abs. 1 AAG](#) folgt ferner nicht daraus, dass die Klägerin und ihr Geschäftsführer in § 7 des Geschäftsführervertrages vom 4. Mai 2017 eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (lediglich) vertraglich vereinbart haben. Dies gilt umso mehr, als vertraglich ein Anspruch für die Dauer von sechs Monaten bestehen soll, der weit über den gesetzlichen Anspruch von sechs Wochen ([§ 3 Abs. 1 EntgFG](#)) hinausreicht und sich von diesem somit erheblich unterscheidet.

b) Die übrigen Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs i.V.m. [§ 4 Abs. 2 AAG](#) liegen ebenfalls vor. Auf Vertrauensschutz oder Gutgläubigkeit kann sich die Klägerin, wie dargestellt, nicht berufen (vgl. BSG, Urteil vom 31. Mai 2016, [B 1 KR 17/15 R](#), zitiert nach juris, Rn. 28; Sächsisches Landessozialgericht, Urteil vom 13. August 2014, [L 1 KR 192/11](#), zitiert nach juris, Rn. 48). Die Erstattungsleistungen sind zwingend zurückzufordern, unabhängig davon, ob einer der in [§ 4 Abs. 2 Satz 1 AAG](#) ausdrücklich aufgeführten Fälle vorliegt. Die Einrede der Entreicherung ist ausgeschlossen. Ein Bagatellfall, in dem von einer Rückforderung abgesehen werden kann, scheidet angesichts der Höhe der Erstattungsleistungen von 17.822,53 Euro aus.

Für Fehler bei der konkreten Berechnung des Rückforderungsbetrages bestehen keine Anhaltspunkte. Die Klägerin hat insoweit auch keine Einwände erhoben.

Gründe, die der Geltendmachung des Anspruchs entgegenstehen könnten, wie Verjährung (vgl. dazu LSG Sachsen, Urteil vom 13. August 2014, [L 1 KR 192/11](#), zitiert nach juris, Rn. 66) oder Verwirkung, liegen ebenfalls nicht vor.

Die Berufung war daher zurückzuweisen. Allerdings wird der Beklagte zu klären haben, ob von der Rückforderungssumme noch für den Geschäftsführer bezahlte Umlagebeiträge U1, die nicht Gegenstand des Rechtsstreits sind, in Abzug gebracht werden müssen (vgl. dazu den Bescheid der Beklagten vom 9. Dezember 2021).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) (vgl. BSG, Urteil vom 31. Mai 2016, [B 1 KR 17/15 R](#), zitiert nach juris, Rn. 30; BSG, Urteil vom 27. Oktober 2009, [B 1 KR 12/09 R](#), zitiert nach juris, Rn. 21 f.).

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2024-07-25