
Datum: 19.06.2013
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 11. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 11 KR 257/12
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2013:0619.L11KR257.12.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 48 KR 55/09
Sachgebiet: Krankenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 07.02.2012 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Streitig ist, ob der Kläger in der Zeit vom 28.12.1995 bis 31.08.2006 sozialversicherungspflichtig war. 2

Der am 00.00.1964 geborene Kläger war vom 19.10.1989 bis zum 30.09.2008 bei der Beklagten gesetzlich kranken- und bei der Beigeladenen zu 3) gesetzlich pflegeversichert, seitdem ist er privat versichert. Bei der Beigeladenen zu 4) handelt es sich um ein Familienunternehmen. Gegründet wurde es mit notariellem Vertrag vom 23.09.1977 vom Vater (X T) und vom Onkel des Klägers (F T). Beide waren Maurermeister. Die Stammeinlage von 100.000 DM hielten der Onkel des Klägers zu 20 % und der Vater zu 80 %. Gesellschafterbeschlüsse wurden nach dem Gesellschaftsvertrag mit einfacher Mehrheit beschlossen, abgestimmt wurde nach Geschäftsanteilen. Nach dem Gesellschaftsvertrag hat die Gesellschaft einen Geschäftsführer, der die Gesellschaft nach außen vertritt. Der Onkel wurde zum Geschäftsführer bestellt. 1984 starb der Vater des Klägers. Seine Anteile an der Beigeladenen zu 4) erbten die Mutter des Klägers, seine drei Geschwister und der Kläger. Die Anteile an der Beigeladenen zu 4) hielten seitdem die Mutter des Klägers zu 40 %, der Onkel (als alleiniger Geschäftsführer) zu 20 %, die drei Geschwister des Klägers und der 3

Kläger zu je 10 %. Später übertrug die Mutter des Klägers Geschäftsanteile an den Onkel des Klägers, sodass sich die Anteile der Mutter auf 34 % reduzierten und die Anteile des Onkels auf 26 % erhöhten. Der Kläger trat am 19.10.1989 nach dem Studium des Bauingenieurwesens und der Abschlussprüfung als Diplom-Ingenieur in die Firma der Beigeladenen zu 4) ein. Am 05.01.1994 wurde ein Anstellungsvertrag rückwirkend für die Zeit seit dem 28.05.1993 geschlossen. Darin wird der Kläger als leitender Angestellter bzw. Bauleiter bezeichnet. Nach dem Vertrag darf er alle Geschäfte und Maßnahmen tätigen, die zu diesem Arbeitsbereich gehören. Bei Geschäften, die darüber hinausgehen, ist die Zustimmung der Geschäftsführung erforderlich. Es wird eine Arbeitszeit von 39 Stunden, ein monatliches Bruttogehalt von 4500,- DM, Urlaubs- und Weihnachtsgeld sowie alle tariflichen Leistungen, die auch der übrigen Belegschaft gewährt werden, vereinbart. Weiterhin werden Tantiemen, Spesen und Auslagenersatz geregelt und eine Kündigungsfrist von sechs Monaten bestimmt. Der Vertrag enthält eine einfache Schriftformklausel, Vertragsänderungen bedürfen der Schriftform sowie der ausdrücklichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Mit Gesellschafterbeschluss vom 28.12.1995 genehmigte die Beigeladene zu 4) die zwischen ihr und dem Kläger bestehenden diversen vertraglichen Vereinbarungen, u.a. den Anstellungsvertrag vom 05.01.1994. Außerdem wird in diesem Beschluss der Kläger als Gesellschafter/Geschäftsführer bezeichnet. Seit dem 05.03.2001 ist der Kläger über das Geschäftskonto der Beigeladenen zu 4) Verfügungsberechtigt. Die Vollmacht wurde von der Geschäftsführung erteilt. Das Betriebsgrundstück der Beigeladenen zu 4) in F, das zunächst dem Vater des Klägers bzw. der Erbengemeinschaft gehörte, befindet sich seit Juni 2006 im alleinigen Eigentum des Klägers

Unter dem 28.12.2007 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Feststellung, dass er seit dem 19.10.1989 keine abhängige Beschäftigung ausgeübt habe und folglich nicht der Sozialversicherung unterliege. Außerdem beantragte er die Erstattung der Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung. Im "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen eines Antragsverfahrens gemäß § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV" vom 26.02.2008 gab der Kläger an, dass das Stimmrecht nicht aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung (Treuhandvertrag) zu Gunsten eines Dritten ausgeübt werde und er nicht durch Sonderrechte Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern könne. Die Beigeladenen zu 4) werde von Herrn F T als alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer nach außen vertreten werde. Er, der Kläger, sei nicht vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB befreit. Die Frage, ob er als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse habe, verneinte er. Die Frage, ob seine Tätigkeit - aufgrund von familienhaften Rücksichtnahmen - durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Geschäftsführern geprägt sei, bejahte er. Er verneinte, dass er wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht (Weisungsrecht) der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterliege und verneinte außerdem die Frage, ob dieses Weisungsrecht von der Gesellschaft in der Praxis tatsächlich laufend ausgeübt werde. Er könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten. Dies sei von betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eignen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Er könne selbständig Personal einstellen und/oder entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Die Verbuchung seiner Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. In der weiteren Begründung seines Antrags vom 11.07.2008 teilte der Kläger weiter mit, dass er so wie es die Geschäftslage erlaube habe, Gelder zu seinem Lebensunterhalt entnommen habe. Über die Tantiemen sei er spätestens 1994 maßgeblich am Erfolg des Unternehmens beteiligt. Ein weiteres Risiko bestehe in der Bankbürgschaft für Avalkredite, die durch die Grundschuld auf dem geerbten Grundstück gesichert seien. Die Bürgschaft decke im Durchschnitt Verbindlichkeiten in Höhe

4

von 50.000,00 EUR. Er habe frei über seine Arbeitszeit und über seinen Urlaub bestimmt. Er verfüge über eine umfassende mündlich erteilte Handlungsvollmacht und seit 2001 auf über eine schriftlich bestätigte Bankvollmacht hinsichtlich des Kontos der Beigeladenen zu 4) mit einem Kontokorrentkredit über 52.000,00 EUR. Die Gesellschafterversammlung erteile ihm keine Weisungen bzgl. seiner Tätigkeit. Seine Mutter sei Hausfrau und habe sich nie um den Betrieb gekümmert. Ihr 40%-iger Anteil sichere ihr über die Ausschüttung eine Altersversorgung, deshalb seien auch noch keine Anteile übertragen worden. Die Schwester sei lernbehindert und arbeite in einer Behindertenwerkstatt, der Bruder Hubertus habe Großhandelskaufmann gelernt und sei in einem anderen Betrieb tätig. Der weitere Bruder Ulrich habe nach einer Schlosserlehre noch eine Maurerlehre absolviert und solle, nach dem endgültigen Ausscheiden des Onkels, ihn bei der Leitung des Unternehmens unterstützen, da die Arbeit alleine nicht zu schaffen sei. Er arbeite seit 1995 im Betrieb als Maurer auf Baustellen.

Im Jahre 2008 wurde der Kläger zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) bestellt, der Onkel des Klägers und der Kläger waren seitdem jeweils alleine vertretungsberechtigt. Die entsprechende Eintragung in das Handelsregister erfolgte am 20.03.2008. Am 25.10.2008 starb die Mutter des Klägers. Ihre Anteile an der Beigeladenen zu 4) gingen an den Kläger, der nunmehr 44 % der Anteile an der Beigeladenen zu 4) hielt.

5

Mit Bescheid vom 10.02.2009 stellte die Beklagte fest, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 4) in der Zeit vom 19.10.1989 bis zum 19.03.2008 um eine abhängige und damit sozialversicherungspflichtige Beschäftigung gehandelt habe und dass erst ab dem 20.03.2008 die Tätigkeit nicht mehr der Sozialversicherungspflicht unterliege. Zur Begründung führte sie aus, dass der Kläger in der ersten Zeit keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft gehabt habe. Einfluss hätten Mehrheitsgesellschafter oder Gesellschafter-Geschäftsführer mit Sperrminorität, nicht aber ein Minderheitsgesellschafter ohne Geschäftsführerposition. Die Weisungsgebundenheit bei Diensten höherer Art sei stets sehr stark eingeschränkt. Indizien für eine abhängige Beschäftigung seien die Zahlung und Verbuchung von Lohn und das Abführen von Lohnsteuer. Auch die Regelung des Arbeitsvertrages spreche für eine Arbeitnehmereigenschaft. Der Kläger sei zu Beginn der Tätigkeit angemeldet worden, jahrelang seien Pflichtbeiträge entrichtet worden, auch hätten Prüfungen der Rentenversicherungsträger stattgefunden.

6

Am 18.02.2009 legte der Kläger gegen den Bescheid Widerspruch ein. Zur Begründung trug er vor, es handle sich nicht um den Normalfall eines in einer GmbH beschäftigten Minderheitengesellschafters. Alle Gesellschaftsanteile seien im Besitz von Familienangehörigen gewesen. Es handle sich somit um eine Familien-GmbH, die in der Rechtsprechung einen Sonderstatuts genieße, weil für Zwecke der Beurteilung der beherrschenden Gesellschaftsstellung Familienangehörige zusammenzurechnen seien. Er habe also sehr wohl die Möglichkeit gehabt, Weisungen des Geschäftsführers an sich über die von ihm dominierte Gesellschafterversammlung zu verhindern, wenn dies tatsächlich erforderlich gewesen wäre. Zumindest nach der Einarbeitungszeit habe er über die überwiegende Sachkenntnis auch gegenüber seinem Onkel verfügt, da er einen Diplom-Abschluss als Bauingenieur gehabt habe und der Onkel im Bereich der EDV-gestützten Abrechnung und Bauplanung aufgrund der fortschreitenden Technisierung keine Kenntnisse vorweisen konnte. Dementsprechend gehe der Hinweis auf die funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess eines anderen fehl. Das bloße Vorliegen eines Arbeitsvertrages spräche ohnehin dann nicht für eine abhängige Beschäftigung, wenn diese nicht auf dem Vertrag beruhe. Der Vertrag sei nahezu fünf Jahre nach Beginn der Tätigkeit abgeschlossen worden. Die Regelungen zum Gehalt, Urlaubs- und Weihnachtsgeld seien nicht stringent

7

umgesetzt worden. Das Betriebsgrundstück stehe sei 2006 in seinem Eigentum. Auch die Verfügung über eine eigene Betriebsstätte deute nach der Rechtsprechung auf eine selbständige Tätigkeit hin. Zudem hätten nach den vorgelegten Betriebsprüfungsberichten keine explizite Überprüfung der Tätigkeit des Klägers stattgefunden.

Am 11.03.2009 verstarb der Onkel des Klägers. Testamentarischer Alleinerbe war der Kläger, der zuvor vom Onkel adoptiert worden war. 8

Die Beklagte wies den Widerspruch des Klägers mit Widerspruchsbescheid vom 21.04.2009 zurück. Der Kläger habe allein für sich betrachtet keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft gehabt, da er nicht über die erforderliche Mehrheit des Stammkapitals verfügt habe und somit habe auch ohne seine Mitwirkung die Mehrheit hätte erreicht werden können. Er sei somit nicht in der Lage gewesen, sich gegenüber ihm nicht genehmen Weisungen der Gesellschaft in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort seiner Tätigkeit zur Wehr zu setzen. Hinsichtlich der Weisungsgebundenheit werde nicht bestritten, dass dem Kläger aufgrund seiner Erfahrung im Arbeitsleben bzw. aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter gewisse Entscheidungsfreiheiten eingeräumt worden seien. Eine generelle Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber werde dadurch allerdings nicht außer Kraft gesetzt. Es sei nicht nachzuvollziehen, warum der Anstellungsvertrag nicht entsprechend den dort schriftlich niedergelegten Bestimmungen tatsächlich gelebt worden sein solle. Für den Kläger sei zu Beginn seiner Tätigkeit eine Anmeldung vorgenommen worden. Auch in der Folgezeit seien die erforderlichen Jahresmeldungen erstellt worden. 9

Mit seiner am 11.05.2009 erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt. Er ist der Ansicht, dass es sich bei seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 4) bereits ab dem 28.12.1995 nicht um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung gehandelt habe. Zur Begründung hat er sein Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren wiederholt und vertieft. Der schriftliche Arbeitsvertrag habe nicht der tatsächlichen Handhabung in Bezug auf das Aufgabengebiet und die Arbeitszeit entsprochen, er sei stillschweigend abgeändert worden. In dem Gesellschafterbeschluss aus dem Jahre 1995 werde er als Gesellschafter-Geschäftsführer bezeichnet. Die offizielle Geschäftsführerbestellung sei vergessen worden. Etwaige Weisungen des Geschäftsführers, die es nicht gegeben habe, hätte er über einen Beschluss der von ihm dominierten Gesellschafterversammlung beeinflussen können, wobei dabei die Anteile seiner Mutter und Schwester zu seinen zu rechnen seien. Bereits vor dem Tod der Mutter habe eine erbvertragliche Regelung bestanden, dass er die Anteile der Mutter vollständig übernehmen werde. 10

Der Kläger hat beantragt, 11

unter teilweiser Aufhebung des Bescheides vom 10. 02.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.04.2009 festzustellen, dass es sich bei seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 4) vom 28.12.1995 bis zum 19.03.2008 um eine nichtversicherungspflichtige Tätigkeit handelt. 12

Die Beklagte hat beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Zur Begründung hat sie auf den ergangenen Widerspruchsbescheid verwiesen. Die vermeintlichen Geschäftsführeraufgaben, also die Einführung der EDV-gestützten Kalkulationen und Abrechnung sowie die Rationalisierung von Arbeitsabläufen, könnten auch von leitenden Angestellten wahrgenommen werden. Die offizielle Geschäftsführerbestellung 15

sei nicht vergessen worden, da noch 1994 ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden sei, in dem der Kläger als Bauleiter bezeichnet werde. Eine GmbH hafte für ihre Verbindlichkeiten mit dem Vermögen der Gesellschaft, die Haftung der Gesellschafter sei auf die Einlagen begrenzt. Die zusätzliche Haftung des Klägers als Miteigentümer bzw. Eigentümer des Betriebsgrundstückes für Kredite der Beigeladenen zu 4) sei zu vernachlässigen, er trage kein Unternehmerrisiko.

Die Beigeladene zu 3) hat ebenfalls beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Sozialgericht (SG) hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen T, der seit den 90er Jahren als Steuerberater und Wirtschaftsberater für die Beigeladene zu 4) tätig ist.

Mit Urteil vom 07.02.2012 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers im streitigen Zeitraum um eine abhängige Beschäftigung gemäß § 7 Abs.1 Satz 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) gehandelt habe. Er sei vom Arbeitgeber persönlich abhängig gewesen, da er in den Betrieb eingegliedert gewesen sei und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrechts des Arbeitsgebers unterlegen habe. Bei Tätigkeiten eines Gesellschafter-Geschäftsführers komme es für die Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung darauf an, ob aufgrund der Gesellschafterstellung maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft genommen werden könne. Dies werde von der Rechtsprechung regelmäßig angenommen, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer über einen Anteil von mindestens 50 % des Stammkapitals verfüge oder eine Sperrminorität habe. Beim Kläger überwögen Umstände, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen. Er sei in der streitigen Zeit nicht Geschäftsführer gewesen und habe auch als Gesellschafter keine Sperrminorität oder gar eine Mehrheit des Stammkapitals gehabt. Die Anteile seiner Mutter und seiner Schwester könnten rechnerisch nicht zu seinen eigenen gezählt werden. Der Zeuge T habe eine Stimmbindung nicht bestätigt. Weder die Mutter noch die Schwester hätten auf die Ausübung ihrer Rechte verzichtet. Im Konfliktfall hätte der Kläger die Gesellschafterversammlung nicht dominieren können. Beim Fehlen einer Sperrminorität bzw. Mehrheit der Gesellschaftsanteile müssten besondere Umstände hinzutreten, an die hohe Anforderungen zu stellen seien, wie beispielsweise alleinige Branchenkenntnisse. Diese lägen nicht vor, weil der Onkel als Maurermeister die erforderlichen Branchenkenntnisse gehabt habe und bis zu seinem Tod die Geschäfte geführt habe. Der Kläger sei auch persönlich abhängig und in den Betrieb eingegliedert gewesen. Er habe kein Unternehmerrisiko getragen. Hiergegen spräche ein festes monatliches Entgelt sowie ein Anspruch auf Fortzahlung bei Urlaub und im Krankheitsfall. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Tätigkeit ursprünglich als abhängige Beschäftigung qualifiziert worden sei und Betriebsprüfungen bisher offenbar ohne Beanstandungen geblieben seien.

Gegen das ihm am 30.03.2012 zugestellte Urteil hat der Kläger am 30.04.2012 Berufung eingelegt. Er trägt vor, dass seine Qualifikation deutlich höher gewesen sei als die seines Onkels. Zwischen dem Onkel und ihm habe ein Vater-Sohn-Verhältnis bestanden. Der Onkel habe zu seinen Gunsten Tantiemen abgetreten, weil er auch seine Wochenenden für die Firma geopfert habe und es ohne ihn nicht möglich gewesen wäre, das Unternehmen zu halten. Deswegen sei am 05.01.1994 der Vertrag über seine "Bauleiter"-Tätigkeit unterzeichnet worden. Berücksichtigt werden müsse auch, dass die übrigen Erben des Firmengründers von ihm abhängig gewesen seien und jedenfalls mehr als die Hälfte des Kapitals faktisch in seiner Verfügung gestanden habe. Anders als in dem vom Bundessozialgericht (BSG) am 29.08.2012 - B 12 R KR 257/12 - entschiedenen Sachverhalt

habe es hier eine ausdrückliche Einigung über die faktischen Nichtwahrnehmung gesellschaftlicher Befugnisse gegeben. Im vorliegenden Fall habe die Mutter ihr eigenes und das für die behinderte Tochter verwaltete Stammkapital bereits ausdrücklich an den Kläger gebunden. Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV sei überflüssig, wenn für die Statusfrage auf die Inhaberschaft abgestellt werden. Denn § 7 SGB IV sei gerade die versicherungsrechtliche Beurteilung von Nichtinhabern geschaffen worden. Soweit die Vorinstanz dem Kläger als Mitgesellschafter, der per Gesetz also Mitunternehmer sei, das Unternehmerrisiko abspreche, sei dies so falsch, dass darauf kaum erwidert werden könne außer mit dem Verweis auf Gesellschafts- und allgemeines Zivilrecht.

Der Kläger beantragt, 21

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 07.02.2012 abzuändern und unter Aufhebung des Bescheides vom 10.02.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.04.2009 festzustellen, dass es sich bei seiner Tätigkeit für die Beigeladenen zu 4) vom 28.12.1995 bis 19.03.2008 um eine nichtversicherungspflichtige Tätigkeit gehandelt hat, 22

hilfsweise die Revision zuzulassen. 23

Die Beklagte beantragt, 24

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 25

Die Beklagte ist der Auffassung, dass das SG die Klage zutreffend abgewiesen habe. 26

Die Beigeladenen zu 1) bis 4) stellen keinen Antrag. 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen. Diese waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 28

Entscheidungsgründe: 29

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. 30

Der Bescheid der Beklagten vom 10.02.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.04.2009 ist rechtmäßig. Bei der Tätigkeit des Klägers handelt es im streitgegenständlichen Zeitraum vom 28.12.1995 bis 19.03.2008 um eine versicherungspflichtige Tätigkeit. 31

Beschäftigung ist nach der Legaldefinition des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die 32
nichtseltständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Danach ist Arbeitnehmer, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Die persönliche Abhängigkeit stellt das wesentliche Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses dar und bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV), insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Kennzeichnend für eine selbstständige Tätigkeit sind demgegenüber das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und Arbeitszeit zu bestimmen. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (ständige Rechtsprechung u.a. BSG, Urteile vom 29.08.2012 - B 12 KR 25/10 R - und vom 14.12.1999 - B 2 U 48/98 R - m.w.N.). Deshalb

kann eine an sich bestehende rechtliche Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ausscheidet (BSG, Urteil vom 17.05.2001 - B 12 KR 34/00 R -), andererseits ist die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich, solange die Rechtsposition nicht wirksam abgedungen ist, die Rechtsmacht also noch besteht, selbst wenn von dieser tatsächlich kein Gebrauch gemacht wird (BSG, Urteil vom 08.08.1990 - 11 RAr 77/89 -).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Dies ist grundsätzlich neben seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich (BSG, Urteil vom 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R -, Urteil vom 06.03.2003 - B 11 AL 25/02 R -, Urteil vom 25.01.2006 - B 12 KR 30/04 R -).

33

Im streitgegenständlichen Zeitraum war der Kläger nicht zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4) bestellt. Der Eintrag in das Handelsregister, mit dem der Kläger zum Geschäftsführer bestellt wurde, erfolgte erst am 20.03.2008. Die weitere Prüfung hat also - entgegen der Vorgehensweise des SG - nicht nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen zum Gesellschaftergeschäftsführern, sondern nach den Grundsätzen zum einfachen GmbH-Gesellschafter zu erfolgen.

34

Auch bei einem Gesellschafter ohne Bestellung zum Geschäftsführer schließt ein maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung ein Beschäftigungsverhältnis aus (BSG, Urteile vom 23.06.1994 - 12 RK 72/92 -, 25.01.2006 - B 12 KR 30/04 R -, und 17.05.2001 - B 12 KR 34/00 R -). Einen solchen maßgeblichen Einfluss hatte der Kläger hier nicht. Dafür wäre es erforderlich, dass er einen Anteil von mindestens 50 % an der Gesellschaft gehabt hätte (vgl. BSG, Urteil vom 24.06.1982 - 12 RK 45/80 -). Das war hier im streitgegenständlichen Zeitraum nicht der Fall. Der Kläger hatte nur einen Anteil in Höhe von 10 % an der Beigeladenen zu 4). Daran ändert entgegen der Auffassung des Klägers auch der Umstand nichts, dass seine Mutter im streitgegenständlichen Zeitraum 34 % und seine lernbehinderte Schwester weitere 10 % der Anteile gehalten haben. Zwar trägt der Kläger vor, dass er über diese Anteile verfügen konnte. Eine solche Stimmenbindung ist jedoch zwischen dem Kläger und seiner Mutter und Schwester nicht schriftlich vereinbart worden. Auch mündlich sind die Stimmrechte sowohl nach dem Inhalt der Gerichtsakten und Verwaltungsvorgänge als auch nach den Einlassungen des Klägers in der mündlichen Verhandlung nicht übertragen worden. Dies würde zunächst voraussetzen, dass sich die Mutter des Klägers bewusst ihres Stimmrechts begeben wollte und der Kläger dieses Stimmrecht auch annehmen wollte. Eine solche Einigung ist auch aus dem Vortrag des Klägers nicht ersichtlich. Er hat vorgetragen, die Mutter habe ihre Rechte weder ausüben können noch ausüben wollen. Seine Mutter habe ihm gesagt, sie stimme so ab, wie er das meine. Beides spricht gegen eine Übertragung des Stimmrechts. Denn wäre dem Kläger das Stimmrecht von seiner Mutter übertragen worden, hätte er selbst für sie abstimmen können. Somit ist der Umstand, dass die Mutter den Kläger gefragt hat, wie sie abstimmen solle und dann auch so abgestimmt hat, gerade ein sehr starkes Indiz dafür, dass sie davon ausging, weiter selbst Inhaberin ihrer Stimmrechte zu sein. Auch war es in der Vergangenheit nach der Aussage des Zeugen T so, dass die Mutter und die Schwester an den Gesellschafterversammlungen teilgenommen und auch abgestimmt haben. Aber auch die Angaben des Klägers in dem von ihm am 25.02.2008 unterzeichneten Feststellungsbogen stehen der Annahme einer Stimmrechtsübertragung oder Stimmrechtsbindung entgegen. Der Kläger hat die Frage zu 1.7. "Wird das Stimmrecht aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung (Treuhandvertrag) zu Gunsten eines Dritten ausgeübt? Wenn ja, bitte Treuhandvertrag vorlegen" verneint. Auch die Frage zu 1.8. "Können Sie durch Sonderrechte Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern?"

35

hat er ebenfalls mit "Nein" beantwortet. Zudem hat der Kläger in der Vergangenheit nie unter Beweis gestellt, dass er über die Stimmen der Mutter und Schwester verfügen konnte. Der Zeuge T konnte bei seiner Aussage vor dem SG nicht bestätigen, dass der Kläger tatsächlich über diese Anteile bestimmen konnte. Der Zeuge konnte von keiner Abstimmung berichten, in der es tatsächlich zu einer streitigen Abstimmung gekommen ist und deswegen der Kläger seinen von ihm behaupteten Einfluss geltend machen musste. Der Zeuge hat vielmehr berichtet, dass die Beschlüsse immer einvernehmlich getroffen wurden, insbesondere seien sich der Kläger und sein Onkel immer einig gewesen. Sofern die Bevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung wiederholt darauf hingewiesen hat, dass der Kläger durch erbvertragliche bzw. testamentarische Regelungen zur Leitung der Beigeladenen zu 4) bestimmt worden sei, führen diese erbrechtlichen Fragestellungen nicht zu einer Stimmrechtsübertragung. Eine rechtliche Verknüpfung zwischen den erbrechtlichen Regelungen und der Stimmrechtsübertragung besteht nicht. Der Erbvertrag kann daher nicht als Grundlage für den Gesellschaftsvertrag herangezogen werden. Vielmehr handelt es sich hier um eine sog. "Schönwettersebständigkeit". Diese ist nach der Rechtsprechung des BSG dann anzunehmen ist, wenn unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten aufgrund familiärer Rücksichtnahme abgewandt werden können, solange das Einvernehmen der Familienmitglieder gewahrt bleibt, während im Falle eines familiären Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten allein die den einzelnen Familienmitgliedern zustehende Rechtsmacht zum Tragen kommen kann, so dass auch nach den gelebten tatsächlichen Verhältnissen eine Weisungsunterworfenheit bestünde. Eine solche "Schönwettersebständigkeit" ist jedoch mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich hinnehmbar (BSG, Urteil vom 29.08.2012 - B 12 KR 25/10 R -).

Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung an der GmbH für eine Beherrschung nicht ausreicht, kann sich aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ergeben, dass der Gesellschafter mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann, etwa, wenn sein Anteil mehr als ein Drittel beträgt und für Entscheidungen der Gesellschafterversammlung eine Zweidrittelmehrheit vorgeschrieben ist (BSG, Urteil vom 08.08.1990 - 11 RAr 77/89 -). Eine solche Sperrminorität ist in dem Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen.

36

Es stellt sich somit die Frage, ob - unabhängig vom Status des Klägers als Gesellschafter der Beigeladenen zu 4) - der Kläger hier nach den Maßstäben des § 7 Abs. 1 SGB IV Nicht-Selbständig war. Hauptmerkmal für die Nichtselbständigkeit ist die persönliche Abhängigkeit (Seewald in Kasseler Kommentar, Stand Oktober 2009, § 7 SGB IV, Rdn. 4). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Prüfungsmaßstab sind mithin zunächst die im Anstellungsvertrag getroffenen Regelungen. Weichen die tatsächlichen Verhältnisse hiervon entscheidend ab, ist auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls abzustellen (BSG, Urteil vom 29.10.1986 - 7 RAr 43/85 -, Urteil vom 08.08.1990 - 11 RAr 77/89 -).

37

Der Kläger war hier nicht schon deswegen von Weisungen befreit, weil er vor der Eintragung in das Handelsregister am 20.03.2008 die Aufgaben eines Geschäftsführers wahrgenommen hätte. Zwar handelt sich bei der Beigeladenen zu 4) um ein reines Familienunternehmen und der Kläger war zum Unternehmensnachfolger bestimmt. Somit ist es durchaus nachvollziehbar, dass sich seine Stellung von der eines familienfremden leitenden Angestellten unterschieden hat. Allerdings war der Onkel im Handelsregister als alleiniger Geschäftsführer eingetragen und war ihm gegenüber somit rein rechtlich zu Weisungen

38

befugt. Zunächst trägt der Arbeitsvertrag vom 05.10.1994 als Überschrift die Bezeichnung "Anstellungsvertrag". Der Kläger wird in diesem Vertrag als "leitender Angestellter" und mehrmals als "Arbeitnehmer" bezeichnet. Nach den Vereinbarungen im Arbeitsvertrag musste der Kläger diesen Anweisungen auch Folge leisten. Sofern der Kläger vorträgt, dass dies tatsächlich nicht so gelebt wurde, konnte der Zeuge T dies nicht bestätigen. Nach der Aussage des Zeugen hat er keine Konfliktsituationen zwischen Onkel und Kläger erlebt. Deswegen lässt sich seiner Aussage auch nicht entnehmen, dass der Kläger sich im Zweifel gegen seinen Onkel, der eingetragener Geschäftsführer war, zur Wehr hätte setzen können. Sofern der Kläger darauf verweist, dass die Gesellschafterversammlung ihn schon in dem Gesellschafterbeschluss vom 28.12.1995 als Geschäftsführer betrachtet habe, weil sie ihn dort als Gesellschafter/Geschäftsführer bezeichnet hat, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Zunächst ist festzustellen, dass die Gesellschaft mit diesem Beschluss nicht ausdrücklich den Kläger zum Geschäftsführer bestellt hat, es handelt sich also nicht um einen "konstitutiven Akt". Auch wenn die übrigen Teilhaber der Auffassung gewesen wären, dass der Kläger Geschäftsführer sei, hätte ihn allein diese Vorstellung nicht zum Geschäftsführer gemacht. Vielmehr wäre es erforderlich gewesen, dass er zunächst die Befugnisse eines Geschäftsführers verliehen bekommt. Regelungszweck dieses Gesellschafterbeschlusses war vielmehr, alle mit ihm geschlossenen Verträge zu genehmigen. Gegen eine Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer schon im Jahr 1995 spricht auch, dass der Kläger nicht als Geschäftsführer in das Handelsregister eingetragen worden ist. Eine solche Eintragung wäre jedoch erforderlich gewesen, damit der Kläger die Beigeladene zu 4) rechtswirksam hätte vertreten können. Außerdem war er zu diesem Zeitpunkt noch nicht über das Geschäftskonto verfügungsberechtigt. Eine Verfügungsberechtigung wurde ihm erst im März 2001 eingeräumt. Sofern der Kläger darauf verweist, dass er als Bauingenieur mit seinen EDV-Kenntnissen seinem Onkel überlegen war, ist zu beachten, dass bei Diensten höherer Art wie bspw. einem leitenden Angestellten statt eines faktisch nur sehr begrenzten Weisungs- und Direktionsrecht eine "funktionierende, dienende Teilhabe am Arbeitsprozess" tritt. Das ist u.a. dann der Fall, wenn dem Arbeitgeber eine Einflussnahme auf die Art der Ausführung einer Tätigkeit aus tatsächlichen Gründen, etwa wegen der überragenden Sach- und Fachkunde des Dienstleistenden, nicht möglich ist. In diesem Fall kommt für die Abgrenzung des Beschäftigungsverhältnisses von der selbständigen Tätigkeit dem Merkmal der Eingliederung in einen übergeordneten Organismus das entscheidende Gewicht zu. Erhält die Dienstleistung ihr Gepräge von dem Betreib, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird, und geht sie in der von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes auf, ist die fremdbestimmt. Solange jemand in einen für ihn fremden, d.h. den Interessen eines anderen dienenden und von dessen Willen beherrschten Betrieb eingegliedert ist und damit der objektiven Ordnung dieses Betriebes unterliegt, ist er abhängig beschäftigt (Seewald, a.a.O., Rdn. 74 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Der Kläger war in diesem Sinn in die Betriebsabläufe der Beigeladenen zu 4) eingegliedert. Nach dem Arbeitsvertrag waren sowohl Arbeitszeit als auch Arbeitsort festgelegt. Dem Kläger war nach dem Anstellungsvertrag auch ein begrenzter Aufgabenbereich zugewiesen. Er war als Bauleiter für die Beigeladenen zu 4) tätig. Er durfte nach § 1 Abs. 2 des Vertrages nur die Geschäfte und Maßnahmen tätigen, die zu diesem definierten Geschäftsbereich gehörten und er hatte nach § 1 Abs. 3 des Vertrages bei Geschäften, die darüber hinausgehen, die Zustimmung der Geschäftsführung einzuholen. Nach der Rechtsprechung macht selbst ein besonderes "Know-how" bezüglich Entwicklung und Ausbau des einzigen, branchenbezogenen Produkts einer GmbH den Gesellschafter, der alleine darüber verfügt, nicht zum Selbständigen (BSG, Urteil vom 30.06.1999 - B 2 U 35/98 R -).

Zwar hatte der Kläger ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Gesellschaft, weil er als Gesellschafter an ihr beteiligt war und eine am Gewinn orientierte Tantieme zustand (vgl.

BSG, Urteil vom 08.08.1990 - 11 RAr 77/89 -). Allerdings war das unternehmerische Risiko des Klägers auch sehr begrenzt. Er trug in seiner Tätigkeit als Bauleiter der Beigeladenen insoweit kein unternehmerisches Risiko, als ihm arbeitsvertraglich ein Fixgehalt in einer Höhe zugesagt war, die seinen Lebensunterhalt unter allen Umständen sichern konnte. Auch in seiner Rolle als Gesellschafter der Beigeladenen zu 4) traf den Kläger kein signifikantes unternehmerisches Risiko. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Klausel über eine Nachschusspflicht der Gesellschafter. Angesichts seines damaligen geringfügigen Anteils am Stammkapital von 10 % war auch die allgemeine Gefahr eines GmbH-Gesellschafters, in einer Krisensituation der Gesellschaft faktisch gezwungen zu sein, in erheblichem Umfang Kapital nachzuschließen, um etwa eine Insolvenz der Gesellschaft zu verhindern, eher gering. Zudem hätte der Kläger mit einem Darlehen auf dem Betriebsgrundstück gehaftet, dies war jedoch auch auf 50.000 Euro begrenzt. Bei der Würdigung der Gesamtumstände ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger nach dem Arbeitsvertrag seine Vergütung als Lohn erhalten hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG.

40

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 160 Abs. 2 SGG).

41