

Kein Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses für einen GmbH-Geschäftsführer - Minderheitsbeteiligung - Bürgschaftsübernahme (§ 7 Abs. 1 SGB IV);  
hier: Rechtskräftiges Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Berlin vom 3.11.2000 - L 4 AL 101/98 -

Das LSG Berlin hat mit Urteil vom 3.11.2000 - L 4 AL 101/98 -  
(s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### **Orientierungssatz**

1. Enthält der Gesellschafts- und Geschäftsführervertrag für einen GmbH-Geschäftsführer, der sonst keinen Weisungen unterliegt, nur Beschränkungen der Sachentscheidungsbefugnis bei Rechtshandlungen von besonderer Bedeutung, so läßt sich hiermit eine abhängige Beschäftigung nicht begründen (vgl BSG vom 29.10.1986 - 7 RAr 43/85 = Die Beiträge 1987, 17).
2. Haftet ein GmbH-Geschäftsführer für die Verbindlichkeiten der GmbH über seine Einlage hinaus mit seinem Privatvermögen durch Mitübernahme einer Bürgschaft in Höhe von 100.000 DM, so spricht dies für die Übernahme eines erheblichen Unternehmerrisikos und nicht für ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis.

#### Anlage

Urteil des LSG Berlin vom 3.11.2001 - L 4 AL 101/98 -

#### **Tatbestand**

Streitig ist die Gewährung von Arbeitslosengeld - Alg -. Vorrangig geht es darum, ob die Anwartschaftszeit erfüllt ist.

Der 1944 geborene Kläger, ein Betriebswirt, war Gesellschafter und Geschäftsführer der T.- D., Dr. B. und Partner Gesellschaft für Beratung und Projektmanagement mbH. Am Stammkapital von 200.000,- DM war er mit 72.000,- DM entsprechend 36 v.H. beteiligt. Die übrigen Anteile hielten zu 26 v.H. der Ingenieur Dr. B. und zu je 19 v.H. der Rechtsanwalt M. und der Dipl.-Volkswirt M.. Nach § 1 des Gesellschaftsvertrages vom 28. Dezember 1993 war Gegenstand des Unternehmens die Beratung Dritter in Fragen der Unternehmensplanung und -organisation, der Finanzierung, des Personalwesens, der Materialwirtschaft, des Vertriebs, des Rechnungswesen und der Wirtschaftlichkeit. Nach § 6 erfolgten Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit, wobei je 100,- DM eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährten. Die Geschäftsführung oblag einem oder mehreren Geschäftsführern, denen Einzelvertretungsbefugnis auch unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB eingeräumt werden konnte (§ 5 Abs. 1 und 2). Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis für aufgelistete wichtige Geschäfte waren in § 5 Abs. 3 vorgesehen.

In dem Geschäftsführervertrag vom 17. Dezember 1993, den die GmbH, vertreten durch die übrigen Gesellschafter, mit dem Kläger geschlossen hatte, waren seine Rechte und Pflichten umfassend geregelt. Nach § 1 war er bei der Geschäftsführung auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages der GmbH einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Er hatte gemäß § 2 Anspruch auf ein jährliches Festgehalt von 169.500,- DM, zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen, sowie auf eine gewinnabhängige Tantieme. Gemäß § 3 stand ihm Gehaltsfortzahlung im Falle der Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Verhinderung für sechs Wochen und anschließend bis zum Ende des 6. Monats nach Beginn der Verhinderung ein Zuschuss zum Krankengeld in Höhe der Differenz zwischen diesem und dem zuletzt bezogenen Nettogehalt zu. Nach § 5 hatte er Anspruch auf einen Jahresurlaub von 26 Arbeitstagen, wobei er die Urlaubszeit unter Berücksichtigung der Belange der GmbH bestimmte. An eine feste Arbeitszeit war er nicht gebunden,

musste jedoch während der betriebsüblichen Arbeitszeit zur Verfügung stehen (§ 6). Die Kündigungsfrist betrug für beide Seiten zwölf Monate zum Ende eines Geschäftsjahres. Gemäß § 9 sollte über alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, über deren Gegenstand die Vertragsparteien einen Vergleich abschließen durften, ein Schiedsgericht nach Maßgabe eines gesonderten Schiedsvertrages vom selben Tage entscheiden.

Wegen Differenzen in der Geschäftsführung und Liquiditätsproblemen wurde das Arbeitsverhältnis am 12. Mai 1997 mit sofortiger Wirkung beendet.

Am 26. Juni 1997 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Im Fragebogen zur Feststellung der Versicherungspflicht gab er u.a. an, dass auch Dr. B. alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer gewesen sei, seine - des Klägers - wöchentliche Arbeitszeit ohne Begrenzung gewesen sei und tatsächlich durchschnittlich 60 Stunden betragen habe, und er hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung keinen Weisungen wie ein fremder Arbeitnehmer unterworfen gewesen sei.

Vom 26. Januar bis 11. April 1998 nahm der Kläger an einer von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte - BfA - gewährten stationären Rehabilitationsmaßnahme teil.

Mit Bescheid des Arbeitsamtes Berlin Südwest vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 lehnte die Beklagte die Gewährung von Alg im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Kläger erfülle nicht die Anwartschaftszeit nach § 104 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz - AFG -, weil er in der Rahmenfrist nicht 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der Angaben des Klägers im Feststellungsbogen vom 28. Januar 1998 sowie der im Widerspruchsverfahren eingereichten Verträge betreffend die GmbH und seine Geschäftsführertätigkeit habe er diese nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt. Aus diesem Grunde sei auch nicht die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe - Alhi - erfüllt. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf Bl. 2 bis 4 des Widerspruchsbescheides Bezug genommen.

Mit der am 20. Juni 1998 erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt und im Wesentlichen geltend gemacht, dass er bei einem Geschäftsanteil von nur 36 v.H. keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft habe ausüben können. Jeder leitende Angestellte habe einen größeren Entscheidungsspielraum als untergeordnete Beschäftigte und sei trotzdem weisungsabhängig, weil er an die Beschränkungen des Gesellschaftsvertrages und an die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung gebunden sei. Hieraus ergebe sich ohne weiteres auch seine von der Beklagten in Abrede gestellte Weisungsgebundenheit. Er habe während seiner gesamten Tätigkeit unbeanstandet Sozialversicherungsbeiträge abgeführt, u.a. für die Beklagte. Die BfA habe seinen Antrag, ihn als Geschäftsführer von der Rentenversicherungspflicht zu befreien, unter dem 16. Dezember 1994 mit Hinweis auf seine gesetzliche Sozialversicherungspflicht abgelehnt.

Die vom Kläger begehrte Gewährung von Alg im Wege einstweiligen Rechtsschutzes hat das Sozialgericht Berlin mit Beschluss vom 8. Juli 1998 - S 50 Ar-E X/98 - abgelehnt.

Das Sozialgericht hat den Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 23. September 1998 persönlich angehört, wobei er u.a. angegeben hat, dass er bis zu seinem Ausscheiden als Geschäftsführer mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet und zusammen mit dem anderen Geschäftsführer Dr. B. eine gesamtschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 300.000,- DM übernommen habe. Mit Urteil vom selben Tag hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und in den Entscheidungsgründen, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird, im Wesentlichen sinngemäß ausgeführt, die zulässige Klage sei nicht begründet. Der angefochtene Bescheid vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 sei rechtmäßig, denn der Kläger habe keinen Anspruch auf Gewährung von Alg. Nach § 100 Abs. 1 AFG habe Anspruch auf Alg, wer u.a. die Anwartschaftszeit erfüllt habe, d.h. in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Beschäftigt sei nach § 7 Sozialgesetzbuch - SGB - IV, wer unselbständige Arbeit leiste, d.h. von einem Arbeitgeber persönlich abhängig sei und seinem Weisungsrecht insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Art und Ort der Tätigkeit unterliege. Die Weisungsgebundenheit könne zwar bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, dürfe aber nicht vollständig entfallen. Der Kläger habe seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten können, ein Direktionsrecht sei tatsächlich nicht ausgeübt worden. Er habe seine Tätigkeit hinsichtlich Art und Weise

der Ausführung im Wesentlichen an den Notwendigkeiten der Gesellschaft ausgerichtet. Dabei habe er ein erhebliches Unternehmensrisiko mit getragen. Zum einen habe er sich mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH bis zur Höhe von 300.000,- DM verbürgt, zum anderen habe er Anspruch auf eine gewinnabhängige Tantieme gehabt, wobei unbeachtlich sei, dass diese wegen Liquiditätsproblemen der Gesellschaft tatsächlich nicht zur Auszahlung gelangt sei.

Ab dem 12. April 1998 habe der Kläger im Übrigen auch deshalb keinen Anspruch auf Alg, weil er für das Arbeitsamt nicht verfügbar gewesen sei, denn er habe der Beklagten zwar den Beginn, aber nicht das Ende der Reha-Maßnahme mitgeteilt.

Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass die BfA nicht über die Versicherungspflicht des Klägers entschieden, sondern ihn an die nach dem SGB IV zuständige Einzugsstelle verwiesen habe. Gegen das seinen Bevollmächtigten am 28. Oktober 1998 zugestellte Urteil hat der Kläger am 25. November 1998 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat er sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft und ergänzend noch vorgetragen, dass er sehr wohl weisungsabhängig gewesen sei. Bezüglich des Erholungsurlaubes habe er sich mit dem zweiten Geschäftsführer abstimmen müssen. In den Gesellschafterversammlungen, die ca. vierteljährlich abgehalten worden seien, seien u.a. die aktuellen Aufträge und deren Abarbeitung durch die beiden Geschäftsführer besprochen worden, wobei es auch Einzelanweisungen hinsichtlich der Priorität und Art der Erledigung einzelner Aufträge gegeben habe. Mangels einer Sperrminorität habe er sich gegen diese bindende Verteilung der Arbeit nicht wehren können. Seine Mitbürgerschaft für die Verbindlichkeiten der GmbH sei weniger Zeichen einer willentlichen Übernahme eines Unternehmerrisikos als vielmehr ein Zugeständnis zum Zwecke des Erhalts seines Arbeitsplatzes gewesen, weil eine GmbH heutzutage ohne Übernahme einer persönlichen Haftung durch die Gesellschafter bzw. die Geschäftsführer bei keiner Bank einen Kredit erhalte. Er habe sich nur für 100.000,- DM verbürgt, der früher angegebene Betrag von 300.000,- DM betreffe den Kreditrahmen. Die Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben, wenn sie ihm nach jahrelanger Beitragsentrichtung nunmehr die gesetzlichen Leistungen verweigere und ihn auf die Möglichkeit der Beitragserstattung verweise. Die von ihm 1994 beantragte Befreiung von der Rentenversicherungspflicht sei von der BfA unter dem 16. Dezember 1994 mit Hinweis auf die Sozialversicherungspflichtigkeit seiner Tätigkeit abgelehnt worden. Am 11. November 1998 habe die BfA eine Betriebsprüfung nach § 28 p Abs. 1 SGB IV durchgeführt, die für den Zeitraum vom 1. Dezember 1993 bis 31. Dezember 1997 zu keinen Beanstandungen geführt habe.

Das Sozialgericht sei schließlich zu Unrecht von seiner mangelnden Verfügbarkeit ab dem 12. April 1998 ausgegangen. Zum einen sei er vom Arbeitsamt nach August 1997 zu keiner weiteren persönlichen Meldung aufgefordert worden, zum anderen habe er sich mit Schreiben vom 24. September 1998 rückwirkend ab dem 11. April 1998 bei der Beklagten wieder als verfügbar gemeldet. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt dieser Erklärung stehe ihm Alg zu.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 23. September 1998 sowie den Bescheid der Beklagten vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm Alg für die Zeit vom 26. Juni 1997 bis 25. Januar 1998 sowie ab dem 12. April 1998, hilfsweise ab 24. September 1998, zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die von den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

Die den Kläger betreffende Leistungsakte der Beklagten und die Akten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens - S 50 Ar-E X/98 - haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige, weil nicht durch Tatbestände des § 144 Abs. 1 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG - ausgeschlossene Berufung ist nicht begründet.

Der angefochtene Bescheid vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10.

Juni 1998 ist rechtmäßig, wie das Sozialgericht zutreffend entschieden hat, denn der Kläger kann von der Beklagten die Gewährung von Alg nicht beanspruchen.

Gemäß § 100 Abs. 1 AFG hat Anspruch auf Alg, wer u.a. die Anwartschaftszeit des § 100 AFG erfüllt, d.h. in der dreijährigen Rahmenfrist vor dem Eintritt der übrigen Anspruchsvoraussetzungen 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat. Beitragspflichtig sind nach § 168 Abs. 1 AFG Arbeitnehmer, also als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt Beschäftigte; zum Begriff der Beschäftigung verweist § 173 a AFG auf die insoweit grundlegende Vorschrift des § 7 Sozialgesetzbuch - SGB - IV.

Nach § 104 Abs. 2 AFG geht die Rahmenfrist dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen - des § 100 AFG - für den Anspruch auf Alg erfüllt sind. Die Rahmenfrist umfasst hier den Zeitraum vom 26. Juni 1994 bis zum 25. Juni 1997. In diesem gesamten Zeitraum - bis auf die letzten Wochen seit dem 12. Mai 1997 - war der Kläger

Gesellschafter-Geschäftsführer der T.-D., Dr. B. und Partner Gesellschaft für Beratung und Projektmanagement mbH. Dass er während dieser Tätigkeit für die GmbH Beiträge u.a. zur Arbeitslosenversicherung an die Einzugsstelle entrichtet hat, ist für seinen Anspruch auf Alg unerheblich. Nach den §§ 100, 104 AFG hängt der Anspruch auf Alg allein von einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der Anwartschaftszeit ab, nicht dagegen von der Entrichtung von Beiträgen, die die Einzugsstelle vom abführenden Arbeitgeber regelmäßig ungeprüft entgegennimmt (vgl. Urteile des BSG vom 29. Oktober 1986 - 7 RAr 43/85 - und vom 18. April 1991 - 7 RAr 32/90 -). Zu Unrecht entrichtete Beiträge sind nach Maßgabe des § 185 a AFG dem Kläger auf Antrag zu erstatten, worauf ihn die Beklagte im angefochtenen Bescheid vom 3. März 1998 zutreffend hingewiesen hat.

Ersetzt die Beitragsentrichtung eine fehlende beitragspflichtige abhängige Beschäftigung nicht, kann auch ein Vertrauen des Betroffenen, aufgrund der Beitragsentrichtung bzw. der widerspruchslosen Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert zu sein, nicht geschützt sein. Es ist daher unerheblich, ob der Kläger darauf vertraut hat, aufgrund der von ihm und der GmbH entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit Anspruch auf Alg zu haben (BSG a.a.O.). Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht aus den vom Kläger vorgelegten Schreiben der BfA. Diese hat, worauf das Sozialgericht bereits zutreffend hingewiesen hat, keineswegs verbindlich die Sozialversicherungspflicht des Klägers festgestellt. Vielmehr hat sie ihm mit Schreiben vom 16. Dezember 1994 lediglich mitgeteilt, dass eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für seine Beschäftigung als Geschäftsführer gesetzlich nicht vorgesehen und daher nicht möglich sei. Ferner hat sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gemäß § 28 h SGB IV die zuständige Einzugsstelle (Krankenkasse) darüber zu entscheiden habe, ob er der Rentenversicherungspflicht unterliege. Eine solche Entscheidung hat der Kläger aber nach Aktenlage offenbar nicht herbeigeführt. Aus der Prüfmittelteilung der BfA vom 11. November 1998, derzufolge die durchgeführte Prüfung für den Zeitraum vom 1. Dezember 1993 bis zum 31. Dezember 1997 keine Feststellungen ergeben habe, kann der Kläger schon deshalb keinen Vertrauensschutz im Hinblick auf seine geltend gemachte Versicherungspflicht herleiten, weil die Betriebsprüfung erst 1 1/2 Jahre nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer vorgenommen worden ist.

Beschäftigter bzw. Arbeitnehmer ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV, wer unselbständige Arbeit leistet, d.h. von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit setzt die Eingliederung in den Betrieb und eine Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Art und Ort der Tätigkeit. Die Weisungsgebundenheit kann bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, darf aber nicht vollständig entfallen; es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung erfolgen, diese 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 Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (ständige Rechtsprechung des BSG, vgl. z.B. Urteil vom 8. August 1990 - 11 RAr 77/89 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 4 sowie Urteil vom 6. Februar 1992 - 7 RAr 134/90 - SozR 3-4100 § 104 Nr. 8 jeweils m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer Arbeitnehmer ist, also ob er sich in der Position persönlicher Abhängigkeit von der Gesellschaft befindet. Für

GmbH-Gesellschafter, die über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen und damit einen maßgebenden Einfluss auf deren Entscheidung besitzen, hat die Rechtsprechung grundsätzlich ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis verneint. Reicht die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers an der GmbH für deren Beherrschung nicht aus, kann die Arbeitnehmereigenschaft gleichwohl fehlen, wenn er nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (dennoch) mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann, etwa bei einer vorgesehenen Sperrminorität.

Darüber hinaus ist in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Beteiligung unter 50 % liegt, die einfache Mehrheit der Stimmen zur Beschlussfassung der Gesellschaft grundsätzlich genügt und dem Geschäftsführer auch sonst keine rechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, Weisungen zu verhindern, eine versicherungspflichtige Beschäftigung des Geschäftsführers dann zu verneinen, wenn er nach der Gestaltung seiner vertraglichen Beziehung zur GmbH bzw. nach der tatsächlichen Durchführung des Vertrages hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Art der Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei ist. Die gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit kann nämlich auch durch den tatsächlich eingeräumten Einfluss aufgehoben werden.

Prüfungsmaßstab sind dabei zunächst die im Anstellungs- bzw. Gesellschaftsvertrag zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers getroffenen Regelungen. Weichen die tatsächlichen Verhältnisse hiervon entscheidend ab, ist auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles abzustellen, so auch dann, wenn der Vertrag keine oder nur unzureichende Bestimmungen über die Gestaltung des Gesellschafts- und Anstellungsverhältnisses trifft. Es kommt mithin auf die Umstände des Einzelfalles an. In Zweifelsfällen ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen (vgl. zu alledem BSG a.a.O. m.w.N.). Nach den hier bekannten Umständen sind die Beklagte und das Sozialgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger als Selbständiger zu behandeln ist. Für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses genügt nämlich nicht, dass der zu Dienstleistungen Verpflichtete überhaupt an Anweisungen irgendwelcher Art gebunden ist; denn auch wer sich als Selbständiger zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung verpflichtet, muss grundsätzlich Weisungen des Dienstberechtigten beachten. Es kommt deshalb darauf an, welcher Art die Weisungsgebundenheit ist. Nach § 5 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages waren die Geschäftsführer zwar verpflichtet, die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu beachten. In Abs. 3 S. 2 waren darüber hinaus bestimmte Geschäfte aufgeführt, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedurften. Es handelt sich dabei um Rechtshandlungen von besonderer Bedeutung wie z.B. den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und Grundstücksrechten, die Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen, die Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges, die Anstellung und Entlassung von Mitarbeitern mit Jahresbezügen über 52.000,- DM, die Übernahme von Bürgschaftsverbindlichkeiten sowie sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die außerhalb des normalen Geschäftsbetriebes liegen ... . Diese Beschränkungen grenzten indes nur die Sachentscheidungsbefugnis des Klägers ein, der ansonsten nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Weisungen unterlag, soweit es sich um die Gestaltung und Ausführung seiner Geschäftsführung im normalen Geschäftsverkehr handelte (vgl. § 5 Abs. 3 S. 1). Derartige Beschränkungen der Sachentscheidungsbefugnis hat das BSG nicht als ausreichend angesehen, um eine abhängige Beschäftigung zu begründen (vgl. Urteil vom 29. Oktober 1986 - 7 RAr 43/85 -).

Regelungen, aus denen auf eine Weisungsabhängigkeit des Klägers im hier relevanten Sinne geschlossen werden könnte, enthält auch der Geschäftsführervertrag nicht.

An eine bestimmte Arbeitszeit war er ausdrücklich nicht gebunden, wenngleich erwartet wurde, dass er während der betriebsüblichen Arbeitszeit zur Verfügung stand. Auch war ein konkreter Aufgabenbereich vertraglich nicht festgelegt. Soweit in § 1 betreffend Stellung/ Aufgabengebiet geregelt war, dass der Geschäftsführer die verantwortliche Leitung des Geschäftsbetriebes gemäß einer internen Absprache ausübt, war damit ersichtlich keine Weisungsabhängigkeit im Einzelfall hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung gemeint, die der Kläger in dem Fragebogen zur Feststellung seiner Versicherungspflicht auch verneint hat, sondern eine Vereinbarung der Zuständigkeiten unter Gleichrangigen nach Bedarf mit dem anderen ebenfalls alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführer Dr. Bohm. Dass der Kläger mit diesem auch seinen Erholungsurlaub abstimmen musste, lässt ebenfalls nicht auf seine Weisungsabhängigkeit schließen, sondern ist Ausfluss der von ihm vertraglich geschuldeten Berücksichtigung der Belange

der GmbH im Rahmen der ihm im Übrigen ausdrücklich eingeräumten Dispositionsfreiheit über seine Urlaubszeit. Diese Rücksichtnahme auf die Belange des Unternehmens kennzeichnet nicht typischerweise den Status als Arbeitnehmer, sondern ist auch und gerade für einen Selbständigen ein sich aus der Natur der Sache ergebendes Gebot wirtschaftlicher Vernunft.

Die Bezüge des Klägers waren nicht, wie bei Arbeitnehmern üblich, als Monatsgehalt vereinbart, sondern als festes Jahresgehalt, zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen. Die ihm vertraglich zustehenden Gehaltsfortzahlungsansprüche gingen deutlich über die für abhängig Beschäftigte übliche Regelungen hinaus, da das Gehalt nicht nur bei Krankheit, sondern auch bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung 6 Wochen lang fortzuzahlen war und bei Arbeitnehmern regelmäßig auch keine Aufstockung des Krankengeldes bis zur Höhe des zuletzt bezogenen Nettogehaltes erfolgt (vgl. §§ 3, 4 des Entgeltfortzahlungsgesetzes vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014, 1065).

Wesentlich für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer ist insbesondere, dass sie von der Übernahme eines erheblichen Unternehmerrisikos geprägt war. Der Kläger warb sozusagen mit seinem guten Namen für das Unternehmen, denn sein bürgerlicher Familienname war Bestandteil der Firma. Mit dem Namen eines bloßen Angestellten pflegt ein Unternehmen nicht in seiner Firma zu werben. Am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens hatte der Kläger ein wesentliches Interesse, da ihm zu seinem Festgehalt eine gewinnabhängige Tantieme zustand. Auf der anderen Seite haftete er für die Verbindlichkeiten der GmbH über seine Einlage hinaus mit seinem Privatvermögen durch Mitübernahme einer Bürgschaft in Höhe von jedenfalls 100.000,- DM, wozu sich ein lediglich abhängig beschäftigter Geschäftsführer kaum bereit finden dürfte. Entgegen der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung ist es rechtlich völlig irrelevant, ob diese Bürgschaftsverbindlichkeit noch im Bemessungszeitraum bestand (zu diesem für die Höhe des Alg maßgebenden Begriff vgl. § 112 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AFG). Auch die Schiedsklausel, durch die Streitigkeiten zwischen dem Kläger und der GmbH in Zusammenhang mit seinem Geschäftsführervertrag im Wesentlichen der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen waren, spricht dafür, dass der Kläger als Geschäftsführer nicht in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zur GmbH bzw. ihren Gesellschaftern stand.

War der Kläger mithin im hier maßgebenden Zeitraum vom 1. Januar 1994 bis zum 12. Mai 1997 als Geschäftsführer der GmbH nicht als beitragspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigt, sondern als Selbständiger anzusehen, erfüllte er bei seiner Arbeitslosmeldung am 26. Juni 1997 nicht die Anwartschaftszeit für die Gewährung von Alg (oder auch nur für AlhI gemäß § 134 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 b AFG), so dass seine Berufung zurückzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und folgt dem Ergebnis in der Hauptsache.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG liegen nicht vor.

Keine Arbeitnehmereigenschaft für einen Gesellschafter-Geschäftsführer einer Familien-GmbH (§ 7 Abs. 1 SGB IV);  
hier: Rechtskräftiges Urteil des Landessozialgerichts (LSG)  
Baden-Württemberg vom 23.5.2000 - L 13 AL 2412/99 -

Das LSG Baden-Württemberg vom 23.5.2000 - L 13 AL 2412/99 -  
(s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### Leitsatz

Zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft eines über keine Sperminorität verfügenden  
Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH.

#### Anlage

Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 23.5.2000 - L 13 AL 2412/99 -

#### Tatbestand

Der Kläger erhebt Anspruch auf Konkursausfallgeld (Kaug) für die Monate Oktober bis Dezember 1995.

Der am 30. April 1948 geborene Kläger, von Beruf Diplom-Ingenieur, war von 1977 bis 1979 auf dem Gebiet des Computer-Marketing tätig. Danach übernahm er bis 1985 die Leitung des kaufmännischen Bereichs der ... (Brasilien), einer Tochtergesellschaft der ... (i.f.: GmbH) mit Sitz in .... Mit Beschluß des Aufsichtsrats der GmbH vom 11. Juni 1985 wurde der Kläger mit Wirkung ab 1. Juli 1985 zunächst für die Dauer von fünf Jahren zu deren Geschäftsführer bestellt; Verlängerungen erfolgten nachfolgend jeweils nach Ablauf von fünf Jahren (vgl. §§ 1 Abs. 1 und 8 Abs. 2 des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985). Der Kläger ist Urenkel des Unternehmenspatrons ..., dessen 1884 in ... gegründetes Unternehmen, eine Präzisionszieherei, von seinen Söhnen ... und ... maßgeblich erweitert, 1949 in eine GmbH umgewandelt und schließlich als Familiengesellschaft in den Besitz der Familie ... mit den nach dessen beiden Töchtern ... und ... benannten Stämmen übergegangen war. Gegenstand der GmbH, die Werke in ..., ... und ... sowie neben der brasilianischen noch weitere ausländische Tochtergesellschaften in Frankreich, Liechtenstein und Kanada unterhielt, war die Herstellung und der Vertrieb von Karosserieteilen aus Kunststoff und Metall sowie anderen einschlägigen Artikeln insbesondere für die Automobilindustrie (vgl. § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 18. Dezember 1987). Nach § 2 Abs. 2 und 3 des Gesellschaftsvertrags belief sich das Stammkapital auf 2.000.000,- DM; hiervon hielten die Stämme ... und ... jeweils hälftige Anteile, also je 1.000.000,- DM, die sich auf einzelne Stammesangehörige wie folgt verteilten: auf ... (Hausfrau) 500.000,- DM sowie auf deren Kinder ... (Literaturwissenschaftler) 166.660,- DM, ... (Ärztin) 166.600,- DM und den Kläger 166.800,- DM, auf ... (Ärztin) 500.000,- DM sowie auf deren Kinder ... (Diplom-Ingenieur) und ... (Hausfrau) je 250.000,- DM. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedurften nach § 9 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags - von Verfügungen über Geschäftsanteile abgesehen (vgl. § 13 a.a.O.) - regelmäßig nur der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Nach § 12 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags hatten ... und ... das Recht, einen ihrer Söhne als Geschäftsführer vorzuschlagen; dieses Recht hatte die erstgenannte durch Vorschlag des Klägers ausgeübt. Weiteres Gesellschaftsorgan war der dreiköpfige Aufsichtsrat (§§ 4 Buchst. b, 7 des Gesellschaftsvertrags), der u.a. für die Ernennung und Entlassung der Geschäftsführer der GmbH - nach vorheriger Zustimmung

der Gesellschafter -- sowie für die Bestimmung des Tätigkeitsbereichs und der Bezüge der Geschäftsführer zuständig war. Soweit die Gesellschafterversammlung mit Dreiviertelmehrheit einen stammesangehörigen Gesellschafter als Geschäftsführer vorschlug, hatte der Aufsichtsrat den Vorgeschlagenen zum Geschäftsführer zu bestellen, wenn seine Fähigkeit außer Zweifel stand (§ 12 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags). Durch mit Zustimmung der Gesellschafter gefaßten Beschluß des Aufsichtsrats vom 8. Juli 1989 wurde Prof. Dr. Ing. ... als Familienfremder mit Wirkung vom 1. Juli 1989 zum Mitgeschäftsführer bestellt. Er war als Mitglied der Geschäftsführung zugleich deren Sprecher und für den Bereich Technik und Vertrieb verantwortlich, während der Kläger für den kaufmännischen Bereich, Verwaltung und Beteiligungen zuständig war. Die monatlichen Bezüge des Klägers beliefen sich ab 1. Juli 1985 auf 12.000,- DM, ab 1. Juli 1989 auf 17.000,- DM sowie ab 1. Juli 1994 auf 29.000,- DM (§ 5 Abs. 2 Buchst. a des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985 mit Nachträgen vom 3. Juli 1989 und 14. Juni 1994). Darüber hinaus hatte er eine vom Jahresüberschuß abhängige Tantieme (mindestens jedoch 30.000,- DM) zu beanspruchen (§ 5 Abs. 2 Buchst. b des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985 mit Nachtrag vom 15. Mai 1991); an Tantiemen wurden dem Vorbringen des Klägers zufolge für das Geschäftsjahr 1990 255.900,- DM, für 1991 142.000,- DM, 1992 37.200,- DM und 1993 30.000,- DM gezahlt. Demgegenüber bezog Prof. Dr. Ing. ... ab 1. Juli 1989 ein festes in zwölf monatlichen Teilbeträgen sowie einem 13. Monatsgehalt zahlbares Jahresgehalt von 310.000,- DM, das ab 1. Januar 1991 auf 450.000,- DM erhöht worden war (§ 5 Abs. 1 des Dienstvertrags vom 14. März 1990 mit Nachtrag vom 16. Januar 1992); auch er konnte eine vom Jahresüberschuß abhängige Tantieme erwarten (§ 5 Abs. 2 des Dienstvertrags vom 14. März 1990 mit Nachtrag vom 16. Januar 1992). Nach § 9 Abs. 1 des mit dem Kläger geschlossenen Dienstvertrags vom 15. Juli 1985 war der Aufsichtsrat zur Anpassung der Gesamtbezüge des Geschäftsführers berechtigt, sofern in den wirtschaftlichen Verhältnissen der GmbH eine wesentliche Verschlechterung seit Vertragsschluß eintreten sollte. Eine entsprechende Klausel wurde auch mit Prof. Dr. ... vereinbart (§ 9 Abs. 4 Satz 1 des Dienstvertrags vom 14. März 1990).

Am 1. Januar 1996 wurde der Konkurs über das Vermögen der GmbH eröffnet. Am 23. Februar 1996 beantragte der Kläger unter Vorlage der Bezügeabrechnungen für die Monate Oktober bis Dezember 1995 beim Arbeitsamt Saarbrücken (ArbA), das von der Hauptstelle der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) mit Blick auf die für den überwiegenden Teil der Arbeitnehmer der GmbH in ... eingerichtete Lohnabrechnungsstelle als zuständig bestimmt worden war, Kaug für in den Monaten Oktober bis Dezember 1995 entfallenes Arbeitsentgelt in Höhe von jeweils 16.733,78 DM (abzüglich bereits gezahlten Entgelts von jeweils 805,80 DM monatlich); dieses Entgelt wurde vom Konkursverwalter Rechtsanwalt ... in der Verdienstbescheinigung vom 12. Februar 1996 bestätigt. Zu den Akten gelangten ferner die Vereinbarung vom 16. Februar 1996 über die Abtretung eines Teilbetrags des Kaug von 45.000,- DM aus Vorschußzahlung der Gehaltsansprüche durch die Konkursverwalter an die Rechtsanwälte ... und ..., eine Bescheinigung der Konkursverwalter vom 28. Februar 1996 über die Auszahlung von Kaug in Höhe von 1.316,56 DM an die Sparkasse ... sowie der Gesellschaftsvertrag vom 18. Dezember 1987 und der mit dem Kläger geschlossene Dienstvertrag vom 15. Juli 1985 einschließlich aller Nachträge. Im Feststellungsbogen mit Bestätigung des Konkursverwalters Rechtsanwalt ... vom 18./29. April 1996 gab der Kläger an, die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit habe 40 Stunden betragen, bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung sei er den Weisungen des Aufsichtsrats unterworfen gewesen; als einziger Gesellschafter habe er über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfügt, innerhalb seines eigenen Verantwortungsbereichs, jedoch beschränkt durch den Gesellschaftsvertrag, sei er zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Personal befugt gewesen. Ergänzend hat er schriftsätzlich geltend gemacht, daß sich seine abhängige Stellung auch aus seiner geringen Beteiligung am Stammkapital mit lediglich etwa 8 1/3 v.H., seiner gegenüber dem Mitgeschäftsführer und Sprecher der Geschäftsführung niedrigeren Vergütung, der nach dem Dienstvertrag nur gemeinschaftlich mit einem anderen Geschäftsführer oder einem Prokuristen möglichen Vertretung der GmbH sowie der dienstvertraglich übernommenen und aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Pflicht zur Befolgung der Weisungen des Aufsichtsrats und zur Einhaltung der von diesem festgesetzten Beschränkungen ergebe; weder die Höhe seines Gehalts noch die Beteiligung am Unternehmensgewinn seien für einen Arbeitnehmer untypisch; ein Geschäftsverteilungsplan und die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats liege ihm nicht vor.

Durch Bescheid vom 7. Oktober 1996 lehnte das ArbA den Antrag auf Kaug ab, weil der Kläger nicht zum leistungsberechtigten Personenkreis gehöre. Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 16. Januar 1997, den Bevollmächtigten des Klägers zugestellt am 23. Januar 1997, zurückgewiesen.

Deswegen hat der Kläger am 24. Februar 1997 (Montag) Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Er hat geltend gemacht, er habe mangels Sperrminorität ihm nicht genehme Weisungen der GmbH-Gesellschafter nicht verhindern können. Prof. Dr. ... sei als Sprecher der Geschäftsführung befugt gewesen, bei Meinungsverschiedenheiten in der Geschäftsführung zu entscheiden. Ein eigenes Unternehmerrisiko habe er nicht getragen, weil er nur am Gewinn der GmbH in Form der Tantieme beteiligt gewesen sei, nicht jedoch am Verlust. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Auf Anfrage des SG hat Konkursverwalter Rechtsanwalt ... unter dem 23. April 1998 mitgeteilt, daß ihm ein schriftlicher Geschäftsverteilungsplan innerhalb der Geschäftsführung ebensowenig bekannt sei wie die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats und der Geschäftsführung. Das SG hat außerdem den früheren Aufsichtsratsvorsitzenden Prof. ... als Zeugen schriftlich gehört; dieser hat im Schreiben vom 30. November 1998 ausgeführt, daß die Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und der Geschäftsführung sehr offen und konstruktiv gewesen sei; vom Aufsichtsrat erteilte Ratschläge seien aufgenommen und umgesetzt worden. In der mündlichen Verhandlung vom 20. April 1999 hat der Kläger beantragt, die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide zur Gewährung von Kaug in Höhe von 50.201,34 DM für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1995 zu verurteilen. Das SG hat mit Urteil vom 20. April 1999 die Klage abgewiesen; in den Entscheidungsgründen hat es im wesentlichen ausgeführt, der für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer typische Interessengegensatz habe bei der Tätigkeit des Klägers als geschäftsführenden Gesellschafter einer Familien-GmbH gefehlt; für eine selbständige Tätigkeit sprächen auch die Höhe der Bezüge einschließlich der ohne Rücksicht auf die in § 5 Abs. 2 des Dienstvertrags getroffene Vereinbarung erfolgten Anpassung, die gewinnabhängige Tantieme, die Regelung über die Altersversorgung, die Bestimmung in § 9 Abs. 1 des Dienstvertrags und nicht zuletzt § 12 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags.

Gegen dieses seinen Bevollmächtigten am 21. Mai 1999 zugestellte Urteil richtet sich die am 18. Juni 1999 beim Landessozialgericht eingelegte Berufung des Klägers. Er trägt vor, daß die Gesellschafter, gerade um die üblichen Streitigkeiten in Familiengesellschaften zu vermeiden, einen wesentlichen Teil ihrer Gesellschafterrechte an einen unabhängigen Aufsichtsrat "abgetreten" hätten. Nur wegen seiner Kenntnisse habe er nach dem Gesellschaftsvertrag überhaupt zum Geschäftsführer bestellt werden können. Bei der Beurteilung seiner Arbeitnehmereigenschaft dürfe ferner die Größenordnung der GmbH und ihrer Tochtergesellschaften nicht außer Acht gelassen werden; so habe die ... von 1990 bis 1992 Umsatzerlöse zwischen 10 Mio. und 15 Mio. DM bei einer Beschäftigtenzahl von über 3.000 Mitarbeitern erwirtschaftet. Ihm sei unverständlich, daß die Beklagte ihn hinsichtlich des Kaug anders behandle als Prof. Dr. .... Die unterschiedliche Ausgestaltung der Dienstverträge sei dadurch bedingt, daß dieser erst zu einem späteren Zeitpunkt zum Geschäftsführer bestellt worden sei. Sowohl die Höhe seines Gehalts einschließlich der Tantiemenregelung wie auch die vereinbarte Altersversorgung entspreche vergleichbaren Regelungen mit Fremdgeschäftsführern. Daß seine Vergütung zum 1. Juli 1994 auf 29.000,- DM erhöht worden sei, habe seinen Grund ausschließlich in der erheblichen Diskrepanz zum Gehalt des Mitgeschäftsführers gehabt. Auf eine etwaige Entscheidung des Aufsichtsrats im Rahmen der Anpassungsklausel in § 9 des Dienstvertrags hätten weder er noch die übrigen Gesellschafter Einfluß nehmen können. Nicht zuletzt bestätige die gesetzliche Neuregelung in § 7 Abs. 4 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) seine abhängige Beschäftigung; aus seinem Bruttoentgelt seien überdies regelmäßig Beiträge zur BA entrichtet worden. Der Kläger hat das Schreiben des Aufsichtsratsvorsitzenden Prof. ... 5. Oktober 1994 über die rückwirkende Gehaltserhöhung und außerdem ein vertrauliches Memorandum der GmbH vom Oktober 1993 zu den Akten gereicht.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 20. April 1999 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 7. Oktober 1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Januar 1997 zu verurteilen, für

die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1995 Konkursausfallgeld in Höhe von 50.201,34 DM zu bewilligen und hiervon einen Teilbetrag von 45.000,- DM an die Rechtsanwältinnen ... und ... auszuzahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil und die streitbefangenen Bescheide für zutreffend. Der Kläger sei aufgrund seiner Kompetenz als einziger Gesellschafter in der Lage gewesen, die Geschäftsentwicklung der GmbH zu lenken. Auch die Anpassungsklausel in § 9 des Dienstvertrags sei neben weiteren Gesichtspunkten ein Indiz für die Wahrnehmung einer selbständigen Tätigkeit. Im übrigen könne der Kläger aus der Bewilligung von Kaug an Prof. Dr. ..., in dessen Fall durchaus Überlegungen zur Leistungsablehnung angestellt worden seien, keinen Anspruch herleiten.

Rechtsanwalt ... als Konkursverwalter über das Vermögen der GmbH hat mit Schreiben vom 9. Dezember 1999 bestätigt, daß er den Kläger ermächtigt habe, auch den an ihn abgetretenen Teil des Kaug gerichtlich geltend zu machen.

Zur weiteren Darstellung wird auf die Kaug-Akte des ArbA (Kaug 2520), die Klageakte des SG (S 12 AL 1021/97) und die Berufungsakte des Senats (L 13 AL 2412/99) Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Die gemäß § 151 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist statthaft (§ 143 SGG), weil der Beschwerdewert des § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG bei weitem überschritten ist. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Der Kläger hat schon deswegen keinen Anspruch auf Kaug, dessen Auszahlung er mit Blick auf die Abtretungsvereinbarung vom 16. Februar 1996 nur in Höhe von 5.201,34 DM an sich und im übrigen an die Konkursverwalter verlangt, weil er in der GmbH nicht als Arbeitnehmer beschäftigt war. Daher kann unentschieden bleiben, ob die teilweise Abtretung des Kaug-Anspruchs wirksam war, ob (vgl. auch die Bescheinigung der Konkursverwalter vom 28. Februar 1996, Bl. 24 der Kaug-Akte) ein verbotenes Umgehungsgeschäft vorlag (vgl. dazu etwa Bundessozialgericht <BSG> SozR 3-4100 § 141k Nr. 4 m.w.N.), ob dem Kläger -- bei unterstellter Wirksamkeit der Abtretung -- überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich des den vorgenannten Betrag übersteigenden Begehrens bestand und ob die mit Schreiben vom 9. Dezember 1999 bezüglich des abgetretenen Teils allein von Rechtsanwalt ... erklärte ... Ermächtigung zur Prozeßführung ausreichend war. Unter diesen Umständen kann auch offenbleiben, ob die im Kaug-Antrag vom 23. Februar 1996 und in der Verdienstbescheinigung vom 12. Februar 1996 mitgeteilten Entgelte, die mit den Abrechnungen der Brutto-Netto-Bezüge für die Monate Oktober und Dezember 1995 sowie dem eigenen Vortrag des Klägers nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen sind, zutreffen; so ist etwa in der Bezügeabrechnung für November 1995 ein Gehaltsverzicht über 3.000,- DM aufgeführt, der in den beiden vorbezeichneten Schriftstücken fehlt; außerdem will der Kläger ausweislich des Schriftsatzes vom 8. Dezember 1998 nach 1993 keine Tantieme-Zahlungen mehr erhalten haben, während diese im Kaug-Antrag, der Verdienstbescheinigung, den Bezügeabrechnungen sowie im Feststellungsbogen als anteilige Fixtantieme (1/12 von 30.000,- DM = 2.500,- DM) wieder auftaucht.

Maßgeblich für den erhobenen Anspruch auf Kaug sind noch die Vorschriften des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG), weil das Insolvenzereignis am 1. Januar 1996 und damit vor dem 1. Januar 1999 eingetreten ist (vgl. Art. 82 Abs. 2 Nr. 1, Art. 83 Abs. 5 Nr. 1 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung vom 24. März 1997 <BGBl. I S. 594>). Demnach gelten noch die Bestimmungen der §§ 141a ff. AFG. Nach §§ 141a und 141b AFG haben nur Arbeitnehmer Anspruch auf Kaug. Da der Begriff des Arbeitnehmers in den Vorschriften über das Kaug nicht eigens geregelt ist, dienen für die Abgrenzung der Arbeitnehmer von den Selbständigen die in den Vorschriften über die Beitragspflicht zur

Bundesanstalt für Arbeit verwendeten Merkmale (vgl. Bundessozialgericht <BSG> SozR 4100 § 141b Nr. 41; SozR 3-4100 § 141b Nr. 17). Arbeitnehmer sind danach Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Diese Legaldefinition des § 168 Abs. 1 Satz 1 AFG (Fassung bis 31. Dezember 1997) wird ergänzt durch § 173a AFG (ebenfalls in der bis 31. Dezember 1997 geltenden Fassung), der für die Beitragspflicht auf die Bestimmung des § 7 SGB IV verweist; nach Abs. 1 dieser Vorschrift fällt unter den Begriff der Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (vgl. BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 18; SozR 3-4100 § 141b Nr. 17).

Versicherungs- und beitragspflichtiger Arbeitnehmer ist nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist (ständige Rechtsprechung seit BSGE 3, 30, 35; 10, 41, 44). Eine nichtselbständige Beschäftigung erfordert die Eingliederung in einen Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung; demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und das Recht sowie die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen (BSG SozR 2100 § 7 Nr. 7; BSG SozR 3-4100 § 168 Nrn. 5 und 18; BSGE 70, 81, 82 = SozR 3-4100 § 104 Nr. 8). Das Weisungsrecht kann, vornehmlich bei Diensten höherer Art, eingeschränkt und zur "funktionsgerechten Teilhabe am Arbeitsprozeß" verfeinert sein (vgl. BSGE 47, 201, 204 = SozR 2200 § 165 Nr. 32; BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 11); es darf aber nicht vollständig entfallen. Wenn eine Tätigkeit Merkmale aufweist, die auf Abhängigkeit und Selbständigkeit hindeuten, ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen; dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Maßgebend ist zunächst die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (BSG SozR 2100 § 7 Nr. 7; BSG SozR 3-4100 § 141b Nr. 17). Bei Geschäftsführern einer GmbH entfällt eine abhängige Beschäftigung regelmäßig, wenn sie über mindestens die Hälfte des Gesamtkapitals der Gesellschaft verfügen; entsprechendes kann bei einer "Sperrminorität" gelten, also wenn der Geschäftsführer in der Lage ist, aufgrund seines Kapitalanteils ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft zu verhindern (vgl. BSG SozR 3-4100 § 7 Nr. 4; SozR 3-4100 § 168 Nrn. 5 und 8; BSGE 70, 81, 83). Aber selbst wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer weder über die Mehrheit am Stammkapital noch über eine Sperrminorität verfügt, kann eine abhängige Beschäftigung dann ausgeschlossen sein, wenn er nach der Gestaltung seiner vertraglichen Beziehungen zur GmbH und der tatsächlichen Durchführung des Vertrags im wesentlichen weisungsfrei ist (vgl. BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; SozR 3-4100 § 168 Nr. 18; ferner BSG SozR a.a.O. Nr. 22); dies kann im Einzelfall insbesondere bei einem mit den Gesellschaftern familiär verbundenen Geschäftsführer einer Familiengesellschaft der Fall sein, wenn das von familienhafter Rücksichtnahme geprägte Verhältnis einen Gleichklang der Interessen bewirkt (vgl. BSG, Urteile vom 8. Dezember 1987 – 7 RAr 25/87 – USK 87170 und vom 27. Juli 1989 – 11/7 RAr 71/87 – DBIR 3583a, AFG/§ 168; BSG SozR 3-2200 § 723 Nr. 4; BSG, Urteil vom 14. Dezember 1999 – B 2 U 48/98 R – <unveröffentlicht>).

Bei Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Falles war der Kläger nicht abhängig beschäftigt. Er hatte aufgrund seines Kapitalanteils von nur etwa 8 1/3 v.H. zwar keine rechtlich begründete Sperrminorität, weil die Beschlüsse der Gesellschafter, die – wie der Kläger zu Recht hervorhebt – einen nicht unbedeutenden Teil ihrer Befugnisse auf den Aufsichtsrat übertragen hatten (vgl. auch § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 18. Dezember 1987), regelmäßig mit einfacher Mehrheit gefaßt werden konnten. Er hatte jedoch im Rahmen der Geschäftsführung schon gesellschaftsvertraglich weitgehende Gestaltungsfreiheit. Nur bestimmte in § 7 Abs. 8 des Gesellschaftsvertrags vom 18. Dezember 1987 im einzelnen aufgeführte Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen der Geschäftsführung (Erwerb und Veräußerung von Grundstücken der GmbH, Investitionsplan, wesentliche Änderungen im Produktionsprogramm, Errichtung von Nebenbetrieben und Zweigniederlassungen sowie wesentliche Beteiligung an anderen Unternehmen) bedurften der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats; zur Bestellung und Entlassung von Handlungsbevollmächtigten oder Prokuristen war der Aufsichtsrat lediglich zu hören, wobei im Rahmen von hierbei auftretenden Meinungsverschiedenheiten die Gesellschafterversammlung mit der einfachen Mehrheit der vorhandenen Stimmen zu entscheiden hatte (vgl. § 7 Abs. 6 a.a.O.). Das begrenzte indes nach den gegebenen Umständen nur die Sachentscheidungskompetenz des Klägers (vgl. hierzu BSG

USK 87170). Eine Weisungsbefugnis des Aufsichtsrats bestand entgegen der Auffassung des Klägers schon von Rechts wegen nicht (vgl. hierzu auch BSG, Urteil vom 14. Dezember 1999 -- B 2 U 38/99 -- Umdruck S. 10 <zur Veröffentlichung bestimmt>). Der Aufsichtsrat hat (vgl. hierzu auch die Verweisung in § 7 Abs. 4 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags vom 18. Dezember 1987) nach § 52 Abs. 1 des Gesetzes betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung i.V.m. § 111 Abs. 1 des Aktiengesetzes (AktG) lediglich Überwachungsfunktion; ihm können Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG). Im übrigen hatte der Aufsichtsrat der GmbH der Geschäftsführung auch tatsächlich keine Weisungen erteilt, wie sich der schriftlichen Zeugenauskunft des Prof. ... vom 30. November 1998 zwanglos entnehmen läßt; dieser spricht dort von einer offenen und konstruktiven Zusammenarbeit sowie davon, daß Ratschläge des Aufsichtsrats von der Geschäftsführung aufgenommen und umgesetzt worden seien. Einen schriftlichen Geschäftsverteilungsplan sowie eine Geschäftsordnung innerhalb der Geschäftsführung (vgl. hierzu § 2 Abs. 1 Satz 2 des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985) gab es offenkundig nicht. Zutreffend hat das SG auch auf die Sonderregelungen in § 12 Abs. 4 und 5 des Gesellschaftsvertrags abgestellt, wonach die Mütter der Stämme Scheuffelen und Salden einen ihrer Söhne dem Aufsichtsrat zur Bestellung vorschlagen konnten und dies im Falle des Klägers -- dessen fachliche Kompetenz nicht in Zweifel gezogen wird -- auch geschah. Seine Stellung als "Vertreter der Familie" und die daraus herzuleitende besondere Verantwortung für die Mitglieder der beiden Stämme wird insbesondere auch durch die gesellschaftsrechtlichen Regelungen in § 12 Abs. 1 bis 3 des Gesellschaftsvertrags vom 18. Dezember 1987 verdeutlicht; danach sollte die GmbH eine Familiengesellschaft bleiben, das Wohl der Gesellschaft, ihres Unternehmens und seiner Arbeitnehmer war als Grundlage der Familie, der einzelnen Stämme und der einzelnen Stammesangehörigen zu betrachten und zu wahren. An dieser besonderen familiären Verbundenheit des Klägers mit der GmbH und ihren Gesellschaftern änderte nichts, daß nicht er, sondern Prof. Dr. ... Sprecher der Geschäftsführung war. Insoweit kommt auch der vom Kläger hervorgehobenen Größe des Unternehmens keine tragende Bedeutung zu.

Spricht schon die hervorgehobene gesellschaftsvertragliche Stellung des Klägers als stammesangehöriger (mit)geschäftsführender Gesellschafter einer Familien-GmbH für einen Interessengleichklang mit den Gesellschaftern, so machen erst recht die im Dienstvertrag vom 15. Juli 1985 einschließlich aller Nachträge getroffenen Regelungen und deren tatsächliche Handhabung deutlich, daß der für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer typische Interessengegensatz fehlte. Eine Weisungsunterworfenheit des Klägers nach Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausführung läßt sich nicht feststellen. Im Dienstvertrag vom 15. Juli 1985 fehlen jegliche Bestimmungen über eine wöchentliche Arbeitszeit und deren arbeitstägliche Verteilung; der Kläger hat im Feststellungsbogen vom 18./29. April 1996 lediglich vorgetragen, daß die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit "mindestens" 40 Stunden betragen habe, also nach oben offen war. Seinen Erholungsurlaub von jährlich sechs Wochen hatte er nur mit der Geschäftsführung abzustimmen und dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats mitzuteilen, eine Vergütung für nichtgenommenen Urlaub gab es nicht (§ 6 Abs. 1 des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985). Regelungen über zusätzliches Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld fehlen ebenfalls. Der Kläger verfügte schon nach seinem eigenen Eingeständnis als einziger Gesellschafter über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse auf kaufmännischem Gebiet. Zutreffend hat das SG darauf hingewiesen, daß seine Bezüge trotz gegenteiliger Vereinbarung in § 5 Abs. 2 Buchst. a des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985 an tarifvertraglichen Anpassungen tatsächlich nicht teilnahmen; vielmehr erfolgten solche lediglich zum 1. Juli 1989 mit dem Eintritt von Prof. Dr. ... (vgl. Nachtrag vom 3. Juli 1989) sowie zum 1. Juli 1994 (vgl. Nachtrag vom 14. Juni 1994), und dies, obwohl das Jahresgehalt des Mitgeschäftsführers bereits zum 1. Januar 1991 erhöht worden war (vgl. hierzu nochmals § 5 Abs. 2 Buchst. a des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985). Zu Recht hat das SG ferner auf die unterschiedliche Vergütung zwischen Kläger und Prof. Dr. ... abgehoben; die im Vergleich niedrigen Bezüge des Klägers geben ebenfalls einen Hinweis auf sein durch familiäre Rücksichtnahmen geprägtes Verhältnis zur GmbH. Auch die -- nach § 9 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 4 des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985 im Kündigungsfall ggf. entschädigungsbewehrte -- Klausel in § 9 Abs. 1 a.a.O. über eine negative Anpassung der Bezüge durch den Aufsichtsrat im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftliche Verhältnisse seit Vertragsabschluß ist für Arbeitnehmer nicht typisch; vielmehr spricht sie, ungeachtet einer ähnlichen mit Prof. Dr. ... getroffenen

Vereinbarung, für das wirtschaftliche Eigeninteresse des Klägers an der GmbH, an der er beteiligt war und für die er sich aufgrund der Familienbande in hohem Maße verantwortlich zu fühlen hatte (vgl. nochmals § 12 Ab. 1 bis 3 des Gesellschaftsvertrags vom 18. Dezember 1987). Unter diesen Umständen kommt auch der Tatsache, daß er nach § 5 Abs. 2 Buchst. b des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985 (mit Nachtrag vom 15. Mai 1991) eine gewinnabhängige Tantieme zu beanspruchen hatte, besondere Bedeutung zu (vgl. hierzu BSG SozR 3-2100 § 7 Nr. 4 S. 18). Atypisch für einen Arbeitnehmer ist ferner, wie bereits das SG zutreffend hervorgehoben hat, die Versorgungszusage in § 7 des Dienstvertrags; danach sollte der Kläger – trotz Zahlung von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung – als Geschäftsführer bei Eintritt in den Ruhestand mit dem 65. Lebensjahr sowie im Falle einer Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit zusätzlich 65 v.H. seines zuletzt gezahlten Grundgehalts als lebenslange Rente erhalten, im Falle seines Ablebens seine Witwe bis zur Wiederverheiratung Witwengeld in Höhe von 60 v.H. des Rentenbetrags. Seine Erben hatten bei Ausscheiden während der Laufzeit des Dienstvertrags durch Tod sogar Anspruch auf das Monatsgehalt einschließlich der Tantieme für den Sterbemonat und die folgenden fünf Monate (§ 6 Abs. 3 a.a.O.).

Zwar hatte der Kläger nach § 3 Abs. 1 des Dienstvertrags vom 15. Juli 1985 der GmbH sein ganzes Wissen und seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen; das – ebenso wie die fehlende Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot, Regelungen über Geschäftsaufwendungen und die Stellung eines Dienstfahrzeuges (§ 5 Abs. 3 und 4 a.a.O.), über die Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall (§ 6 Abs. 2 a.a.O.) sowie über ein Wettbewerbsverbot nach schriftlichem Verlangen des Aufsichtsrats (§ 8 Abs. 5 a.a.O.) – ändert bei der gebotenen Gesamtabwägung jedoch nichts daran, daß hier die für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Merkmale deutlich überwiegen. Auch die – im übrigen vorliegend noch nicht anwendbare Bestimmung des § 7 Abs. 4 SGB IV (mit Wirkung vom 1. Januar 1999 eingefügt durch Gesetz vom 19. Dezember 1998 <BGBl. S. 3843>; zwischenzeitlich rückwirkend zum vorgenannten Datum wieder geändert durch Gesetz vom 20. Dezember 1999 <BGBl. 2000 I S. 2>) – führte hier zu keinem anderen Ergebnis. Daß die GmbH für den Kläger Beiträge zur BA entrichtet hat, ist im Rahmen der Kaug-Versicherung unerheblich (vgl. BSG SozR 4100 § 141b Nr. 41; ferner BSGE 70, 81, 84 ff.). Aus dem Umstand, daß die Beklagte Prof. Dr. Lang Kaug bewilligt hatte, vermag der Kläger nichts zu seinen Gunsten herzuleiten; ob jenem als Fremdgeschäftsführer ohne Beteiligung an der Familien-GmbH die Leistung zugestanden hat, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

HVBG-INFO 31/2001

vom 16.11.2001

DOK 318:543.1

Keine Sozialversicherungspflicht für den GmbH-Geschäftsführer einer Familiengesellschaft (§ 7 Abs. 1 SGB IV);  
hier: Rechtskräftiges Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg vom 20.11.2000 - L 4 KR 3842/98 -

Das LSG Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 20.11.2000  
- L 4 KR 3842/98 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### **Orientierungssatz**

Ein Geschäftsführer, der selbst am Gesellschaftskapital der GmbH nicht beteiligt ist, ist nicht weisungsgebunden und deshalb auch nicht abhängig beschäftigt, wenn es sich bei den Gesellschaftern der GmbH um Familienmitglieder handelt, die den Geschäftsführer frei schalten und walten lassen (vgl BSG vom 30.1.1990 - 11 RAr 47/88 = SozR 3-2400 § 7 Nr 1).

#### Anlage

Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 20.11.2000 - L 4 KR 3842/98 -

#### **Tatbestand**

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger bei der BÄ-De-Stuck-Putz-Akustik GmbH (künftig: GmbH) mit Sitz in K, später T, als deren Geschäftsführer versicherungs- und beitragspflichtig beschäftigt war.

Der 1934 geborene Kläger ist Gipser- und Stukkateurmeister. Von 1961 bis zum Konkurs im April 1984 war er Inhaber eines entsprechenden Handwerksbetriebes in K. Aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 28. Mai 1992, mit der zu gründenden Firma "Stuck-, Putz-Akustik GmbH" in K war der Kläger als Gipser- und Stukkateurmeister mit einer Arbeitszeit von "vorerst 20 Stunden" und einem Stundenlohn von DM 23,75 beschäftigt. Als Betriebsinhaber war bei der Gewerbebeantragung am 01. Juni 1992 der Stiefsohn des Klägers, Hans-Peter D, benannt. Die Gewerbebeantragung erfolgte im April 1994 zum 28. Februar 1994. Mit am 25. Januar 1994 vor dem Notar L in W im Allgäu geschlossenem Vertrag gründeten die 1953 geborene und 1997 verstorbene Ehefrau des Klägers sowie deren ersteheliche Söhne Michael D, geboren ... 1970 (von Beruf Gipser), und Hans-Peter D, geboren am 29. April 1972 (von Beruf Kachelofen-Lüftungs-Heizungsbauer), sowie der ersteheliche Sohn des Klägers Bernhard B, geboren ... 1975 (von Beruf Schreiner), die BÄ-De-Stuck-Putz-Akustik GmbH unter Bestellung des Klägers zum alleinvertretungsberechtigten und nach dem Eintrag im Handelsregister von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreiten Geschäftsführer. Gegenstand des Unternehmens war die Ausführung von Stukkateur-, Putz-, Gipser- und Gips-Estricharbeiten sowie Arbeiten zur Trittschall- und Wärmedämmung. An dem Gesellschaftskapital von DM 50.000,00 war Eva-Maria B mit DM 17.000,00, deren ersteheliche Söhne Michael und Hans-Peter D und der Sohn des Klägers Bernhard B mit jeweils DM 11.000,00 beteiligt. Die Gesellschaft wurde am 01. März 1994 in das Handelsregister des Amtsgerichts T, Abteilung B (HRB 1264) eingetragen. Der Kläger versicherte, daß die Gesellschaftsanteile der Gesellschafter jeweils zur Hälfte bar eingezahlt worden seien und ihm zur Verfügung stünden.

Aufgrund Antrages der Beklagten vom 24. November 1995 auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH bestellte das Amtsgericht K (N) mit Beschluß vom 20. September 1996 einen Sequester, nachdem der Kläger als Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin seiner Auskunftspflicht nicht nachgekommen war, und verhängte gemäß § 106 Konkursordnung ein allgemeines Verfügungs-

und Veräußerungsverbot. Einen zuvor am 02. Dezember 1994 beim Amtsgericht T gestellten Konkursantrag hatte die Beklagte am 01. Juli 1995 zurückgenommen. Auf den Briefköpfen der GmbH war der Kläger mit der vollen Berufsbezeichnung Gipser- und Stukkateurmeister als Geschäftsführer verzeichnet. Nachdem u.a. das Finanzamt F den Kläger unter der Firmenanschrift der GmbH in K nicht mehr erreichen konnte, waren Zustellungen nach Umzug des Klägers unter der Adresse ... S, ... im Juli 1995 möglich. Mit Beschluß vom 17. Juni 1996 lehnte das Amtsgericht K die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse ab, was am 20. September 1996 in das Handelsregister eingetragen wurde. Gleichzeitig war dort eingetragen, daß der Kläger nicht mehr Geschäftsführer ist und als Abwickler die GmbH allein vertrete, wobei es ihm gestattet war, ein Rechtsgeschäft im Namen der Gesellschaft mit sich in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten vorzunehmen.

Kurz nach der Gründung und Eintragung der GmbH im Handelsregister meldete diese den Kläger am 04. März 1996 der Beklagten als ihren versicherungs- und beitragspflichtig Beschäftigten. Mit Schreiben vom 18. März 1994, das dem Kläger einschließlich Fragebogen persönlich übergeben wurde und dessen Erhalt er unterschriftlich bestätigte, bat die Beklagte um Ausfüllung des Fragebogens und Übersendung des Gesellschaftsvertrages sowie des Geschäftsführervertrages, um als Einzugsstelle der Gesamtsozialversicherungsbeiträge (GSB) die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Klägers als Geschäftsführer einer GmbH vornehmen zu können. Der Kläger sandte den ausgefüllten Fragebogen und die erbetenen Verträge nicht an die Beklagte, worauf diese um Mitteilung des beurkundenden Notars bat, um von dort den GmbH-Vertrag anfordern zu können. Sie wies nochmals darauf hin, daß nach der am 13. Februar 1995 erfolgten Kontenabstimmung immer noch nicht verbindlich habe geklärt werden können, ob der Kläger zu Recht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Schließlich erhielt die Beklagte den Gesellschaftsvertrag nach entsprechender Anforderung vom Amtsgericht T, Registergericht am 26. April 1995. In gleicher Weise bemühte sich das Arbeitsamt R (AA) vergeblich um Unterlagen. Die Mitarbeiterin des AA F wies die Ehefrau des Klägers darauf hin, daß das AA die Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung (AIV) des Klägers ablehne, da dieser Alleinvertretungsbefugnis im In- und Außenverhältnis habe, alle Geschäftsvorfälle im eigenen Namen erledige, Verträge ohne Einzelanweisung abschließe, Geschäftsaufträge entgegennehme und sie in eigener Verantwortung und Regie abwickle, wobei keine Weisungsgebundenheit vorliege. Mit Bescheid vom 12. Mai 1995 stellte die Beklagte nach Abstimmung mit dem AA gegenüber der GmbH mit Mehrfertigung an den Kläger fest, daß der Kläger nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehe und deshalb als GmbH-Geschäftsführer ab 04. März 1994 sozialversicherungsfrei sei. Zur Begründung verwies sie darauf, daß zwischen dem Kläger und den Gesellschaftern der GmbH familienrechtliche Bindungen bestünden, was das typische Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber hinsichtlich Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb fraglich mache. Die Bä-De-Stuck-Putz-Akustik GmbH sei eine Familien-GmbH, bei der die Geschäftsführertätigkeit mehr durch familienhafte Rücksichtnahme und durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander gekennzeichnet sei, das sich aus der Verbundenheit der Familienmitglieder und dem Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander ergebe. Der Kläger beeinflusse als Branchenkenner die Entscheidungen innerhalb der GmbH und bestimme die Geschäftsabläufe, weshalb auch hier nicht von einer typischen persönlichen Abhängigkeit des Klägers von seinem Arbeitgeber gesprochen werden könne. Die Beitragsentrichtung selbst begründe noch keine Sozialversicherungspflicht. Hiergegen erhob die GmbH durch den Kläger mit der Begründung Widerspruch, dieser stehe nach Einstellung als Gipser- und Stukkateurmeister in einem abhängigen Arbeitsverhältnis und arbeite täglich acht Stunden am Bau, was mit dem Lohn vergütet werde. Der Kläger sei nur auf Anraten der Handwerkskammer U zum Nachweis eines Betriebsleiters zum Geschäftsführer bestellt worden. Den Widerspruch wies die bei der Beklagten gebildete Widerspruchsstelle mit Bescheid vom 04. September 1995 zurück.

Hiergegen richtet sich die am 13. Oktober 1995 erhobene Klage, zu deren Begründung der Kläger im wesentlichen die für den Widerspruch gegebene Begründung wiederholt. Bei der Handwerkskammer sei ihm versichert worden, daß ihm aus der Übernahme der Tätigkeit als Geschäftsführer keine Nachteile in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht gegenüber seiner vorhergehenden Anstellung als Gipser- und

Stukkateurmeister entstünden. Er sei Arbeitnehmer gewesen und habe alle größeren Geschäftsvorgänge mit den Gesellschaftern abgesprochen, die die wesentlichen Entscheidungen getroffen hätten. Der mit der Stuck-Putz-Akustik GmbH geschlossene Anstellungsvertrag sei von der GmbH, wie bei den anderen Arbeitnehmern auch, übernommen worden. Er sei bei den Gesellschafterssitzungen nur beratend tätig gewesen. Die Gesellschafter hätten auch entgegen seinen Empfehlungen Entscheidungen, was die Annahme von Aufträgen oder Investitionen anbetreffe, getroffen. Die Beklagte habe die auf ihn entfallenden Versicherungsbeiträge kassiert und auch bezüglich eines Beitragsrückstandes Pfändungen vorgenommen.

Die Beklagte trat der Klage unter Vorlage ihrer Verwaltungsakten und Hinweis auf die im Bescheid gegebene Begründung entgegen und verwies darauf, daß der Kläger während seiner Anstellung bei der Vorgängerfirma Stuck-Putz-Akustik GmbH zu Recht als versicherungspflichtiger Arbeitnehmer angesehen worden sei, da er in dieser Gesellschaft weder Geschäftsführer noch Gesellschafter gewesen sei.

Mit Beschluß vom 07. Dezember 1995 hat das SG die GmbH, Beigeladene zu 1), die Landesversicherungsanstalt Württemberg (LVA), Beigeladene zu 2), und die Bundesanstalt für Arbeit (BA), Beigeladene zu 3), zum Rechtsstreit beigeladen und am 06. Dezember 1996 den Kläger angehört sowie Michael und Hans-Peter D sowie Bernhard B als Zeugen vernommen. Das SG hat weiter den Zeugen G am 17. Juli 1998 vernommen und mit Urteil vom selben Tage die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen, auf die zur weiteren Darstellung Bezug genommen wird, hat es im wesentlichen ausgeführt, der Klägers sei in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und der Rentenversicherung nicht versicherungspflichtig sowie nicht beitragspflichtig zur BA (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V), § 1 Satz 1 Nr. 1 des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VI) und § 168 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) in Kraft bis 31. Dezember 1998). Bei dem Kläger seien die Voraussetzungen einer Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV) nicht gegeben, da eine nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, mangels persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber nicht vorliege. Zwar sei aus der Tatsache allein, daß der Kläger Geschäftsführer einer GmbH und somit Organ der Gesellschaft sei und im Verhältnis zu den sonstigen Arbeitnehmern der GmbH die Funktion eines Arbeitgebers wahrnehme, nicht abzuleiten, daß er selbständig tätig sei. Der Kläger sei jedoch als Geschäftsführer der GmbH ohne Beteiligung am Gesellschaftskapital, das Familienmitglieder gehalten hätten, Kopf und Herz des Geschäfts gewesen. Er habe sich in der Branche bestens ausgemerkt, dies habe sich auch im Verhältnis zu seinem Stiefsohn Michael D, der den Beruf des Gipsers erlernt hatte, ausgewirkt. Falls sich der Kläger im Kreis der Gesellschafter, was eher als Familienrat zu bezeichnen sei, vielleicht einmal nicht durchgesetzt habe, könne daraus nicht auf eine Abhängigkeit geschlossen werden.

Gegen dieses seinem damaligen Prozeßbevollmächtigten gegen Empfangsbekanntnis am 20. Oktober 1998 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger mit der am 26. Oktober 1998 beim Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingegangenen Berufung, zu deren Begründung er sich im wesentlichen auf seinen bisherigen Vortrag bezieht.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 17. Juli 1998 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 12. Mai 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04. September 1995 festzustellen, daß er aufgrund seiner Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) ab dem 01. März 1994 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung, in der Pflegeversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie beitragspflichtig zur Bundesanstalt für Arbeit war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält des Urteil für richtig.

Die Beigeladenen haben sich im Verfahren vor dem LSG nicht geäußert und auch keinen Antrag gestellt.

Der Berichterstatter hat den Kläger am 10. September 1999 angehört und die Akten des Amtsgerichts K N ..., die den Kläger betreffende Leistungsakte des AA Kempten, die Zahlung von Kurzarbeitergeld für die Arbeitnehmer der Beigeladenen zu 1) betreffenden Akten des AA R, die das Schlechtwettergeld betreffenden Akten des AA R, die die einstweilige Anordnung des Klägers betreffende Akte des SG Konstanz, S 2 KR 878/96 eA nach Ablehnung der Zahlung von Krankengeld durch die Beklagte, beigezogen.

Der Berichterstatter hat die Beteiligten schließlich mit Schreiben zuletzt vom 20. September 1999 darauf hingewiesen, daß der Senat erwäge, über die Berufung gemäß § 153 Abs. 4 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß zu entscheiden. Der Kläger hat sich insoweit nicht geäußert, sondern nochmals auf eine einzuholende Stellungnahme der Handwerkskammer U verwiesen, wonach er als technischer Betriebsleiter in der Firma beschäftigt sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Verwaltungsakten der Beklagten, die beigezogenen Akten sowie die Akten beider Rechtszüge Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die gemäß § 151 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, über die der Senat nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 153 Abs. 4 SGG ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß entschieden hat, ist statthaft und zulässig, sie ist jedoch nicht begründet.

Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 12. Mai 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04. September 1995 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Kläger war ab 01. März 1994 bei der Beigeladenen zu 1) nicht versicherungspflichtig beschäftigt. Der Senat verweist gemäß § 153 Abs. 2 SGG zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des SG.

Ergänzend ist im Hinblick auf das Berufungsvorbringen des Klägers auszuführen, daß der Kläger ohne an Weisungen der Familiengeschafter gebunden zu sein, bei der Führung der Beigeladenen zu 1) frei schalten und walten konnte. Die auch im Berufungsvorbringen unternommenen Versuche des Klägers, große Einflußnahmen seitens der Familiengeschafter darzustellen, gehen mangels Nachweisen fehl. Dies ergibt sich schon aus den vom SG durchgeführten Vernehmungen des Sohnes und der beiden Stiefsöhne des Klägers. Eine Vernehmung der Ehefrau des Klägers ist nach deren Tod nicht mehr möglich. Den Tod hat er dem SG im Verhandlungstermin am 17. Juli 1998 nach Aktenlage nicht mitgeteilt. Eine nochmalige Vernehmung der Söhne des Klägers erscheint nicht erforderlich, zumal weitere Aufklärung durch Vernehmung der Ehefrau des Klägers nicht mehr zu leisten ist.

Der Senat schließt sich vollinhaltlich der Begründung des SG an, wonach der Kläger Kopf und Seele des von der Beigeladenen zu 1) betriebenen Gipsergeschäfts gewesen ist. Es entspricht der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, SozR 3-2400 § 7 Nr. 1), daß ein Geschäftsführer, der selbst am Gesellschaftskapital der GmbH nicht beteiligt ist, dann nicht weisungsgebunden und deshalb auch nicht abhängig beschäftigt ist, wenn es sich bei den Gesellschaftern der GmbH um Familienmitglieder handelt, die den Geschäftsführer frei schalten und walten lassen. Das BSG hat zwar beim Geschäftsführer einer GmbH, der aufgrund seiner Beteiligung an der Gesellschaft auf diese beherrschenden Einfluß ausüben kann, eine Eingliederung grundsätzlich verneint und bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist, in der Regel ein

versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis angenommen. Andererseits kann auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung eine abhängige Beschäftigung zu verneinen sein, wenn die Gesellschaft ihr Direktionsrecht nicht ausübt (BSG SozR 2100 § 7 Nr. 7 und BSG Urteil vom 29. Oktober 1986 – 7 RAr 43/85 – BB 1987, 406).

Insbesondere beim Geschäftsführer einer Familiengesellschaft, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, kommt der Ausnahmefall in Betracht, daß er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne daß ihn der oder die Gesellschafter daran gehindert haben (BSG Urteil vom 08. Dezember 1987 – 7 RAr 25/86 – BB 1989, 72). Dies war auch in der bei der Beigeladenen zu 1) gegebenen Situation der Fall, da der Kläger die herausragende Sachkenntnis auch gegenüber seinem Stiefsohn Michael D hatte, der den Beruf des Gipsers erlernt hat. Dies hat dieser in seiner Vernehmung am 06. Dezember 1996 bestätigt. Die Weisungsungebundenheit des Klägers ergibt sich auch daraus, daß der Kläger mit der Gründung der Beigeladenen zu 1) alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer mit Befreiung von § 181 BGB wurde, obwohl sein Stiefsohn Michael D bei der Vorgängergesellschaft als Geschäftsführer vorgesehen und der Kläger einfacher Arbeitnehmer gewesen war. Auch schon in diesem Stadium war der Kläger Kopf und Seele des Geschäfts gewesen.

Hinzu kommt weiter, daß zwischen der Beigeladenen zu 1) und dem Kläger nur ein von der Vorgängergesellschaft übernommener Anstellungsvertrag bestand. Der Zeuge Michael D hat angegeben, daß die Vergütung usw. mündlich vereinbart gewesen sei.

Ein die Befugnisse des Klägers einschränkender Gesellschaftervertrag bestand nicht. Dies zeigt, daß der Kläger ohne vertragliche Einschränkungen in dem Geschäftsbetrieb der Beigeladenen zu 1) schalten und walten konnte.

Der Kläger war nicht nur, wie bereits erwähnt, während des Geschäftsbetriebs der Beigeladenen zu 1) vom 01. März 1994 bis zum Konkurs, sondern auch als Abwickler darüber hinaus alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Dies ergibt sich aus der Anmeldung der Neueintragung der Beigeladenen zu 1) an das Amtsgericht-Registergericht T vom 25. Januar 1994.

Der Kläger war auch frühzeitig auf die bei seiner Sozialversicherungspflicht bestehenden Probleme hingewiesen worden, wie das von ihm persönlich entgegengenommene Schreiben der Beklagten vom 18. März 1994 zeigt. Der Kläger hat diese Probleme auf die lange Bank geschoben und die geforderten Auskünfte zur Gesellschaftssituation und Geschäftsführervertrag nicht erteilt, so daß die Beklagte gezwungen war, zumindest die den Gesellschaftsvertrag betreffenden Informationen vom Registergericht beizubringen. Den Fragebogen hat der Kläger auch später nicht vorgelegt.

Er kann in dieser Situation auch nicht daraus Rechte herleiten, daß die Beklagte die Versicherungsbeiträge auch für ihn, den Kläger, entgegengenommen hat, obwohl seine Versicherungspflicht noch unklar war. Im übrigen hat die Mitarbeiterin F des AA R der Ehefrau des Klägers im einzelnen erläutert, warum dieser bei der gegebenen gesellschaftsvertraglichen Situation nicht beitragspflichtig zur BA sein konnte. Das Problem war somit dem Kläger und seiner Familie nicht unbekannt. Darüber hinaus hat die Beklagte auch in den Anhörungen im Rahmen des Widerspruchsverfahrens die Gesichtspunkte dargelegt, die zur Versicherungsfreiheit des Klägers und nicht zu dessen Versicherungspflicht führen. Der Kläger hätte hinreichend Gelegenheit gehabt, bis heute den aus der konkreten gesellschaftsvertraglichen und tatsächlichen Situation gezogenen Schluß zu widerlegen, daß er das Sagen bei der Beigeladenen zu 1) hatte. Er hat weder Gesellschafterversammlungsprotokolle vorgelegt, aus denen sich ergeben könnte, daß er konkreten Weisungen der Gesellschafter unterlag, noch hat er einen entsprechenden Geschäftsführervertrag mit entsprechenden einschränkenden Regelungen, sei es Urlaub, sei es Weisungsungebundenheit, sei es Einschränkungen der Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis, vorgelegt. Auch die Aussagen der drei Söhne stützen die Darstellung des Klägers nicht.

Somit hat das SG die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufung des Klägers erweist sich als unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Für die Zulassung der Revision bestand kein Anlaß.