

Beschäftigungsverhältnis für ein GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer - Wettbewerbsverbot - Übernahme von Bürgschaften;

hier: Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts (LSG) vom 13.3.2001 - L 1 KR 33/00 -

Das Schleswig-Holsteinische LSG hat mit Urteil vom 13.3.2001 - L 1 KR 33/00 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

Orientierungssatz

1. Unterliegt ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH einem Wettbewerbsverbot, so ist dies ein sehr wesentliches Kriterium für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung.
2. Hat ein Gesellschafter-Geschäftsführer Bürgschaften in Höhe von etwa 500.000 DM für Kredite der Arbeitgeberin übernommen, bringt dies zwar eine erhöhte Anteilnahme am Geschick der Firma zum Ausdruck, begründet jedoch noch nicht seine selbstständige Tätigkeit und damit seine Unternehmereigenschaft.

Urteil des Schleswig-Holsteinischen LSG vom 13.3.2001 - L 1 KR 33/00 -

Tatbestand

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin versicherungspflichtig beschäftigt ist.

Die ... 1961 geborene Klägerin ist von Beruf Kauffrau. Sie ist Gesellschafterin-Geschäftsführerin der Firma A Zeitarbeit GmbH in H (Beigeladene zu 3), die unter der Firma W A Zeitarbeit GmbH firmierte und seit Oktober 1997 A Zeitarbeit GmbH heißt. Gegenstand des Unternehmens ist die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung in Industrie, Handel und Verwaltung im Großraum H. Ausweislich der Satzung ist die Klägerin am Stammkapital der Gesellschaft (50.000 DM) zu 12% (6.000 DM), Frau J M zu 20% (10.000 DM), die H & W Vermögensverwaltung GbR zu 34% (17.000 DM) und die A Zeitarbeit GmbH in M, deren Geschäftsführer der Kaufmann D G W ist, ebenfalls zu 34% (17.000 DM) beteiligt. Der Kapitalanteil der Klägerin erhöhte sich zum 1. April 2000 auf 20%. Gesellschafterbeschlüsse der Gesellschaft bedürfen der einfachen Mehrheit. Die Klägerin wurde am 4. Dezember 1996 durch den Kaufmann D W, der alleinvertretungsberechtigter Prokurist der Gesellschaft und vom Wettbewerbsverbot befreit ist, als Geschäftsführerin angestellt. Der Vertrag sieht die Einzelvertretungsberechtigung der Klägerin und die Möglichkeit, sie durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zu befreien, vor. Nach § 1 des Vertrages ist die Klägerin verpflichtet, ihre volle Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen und eine entgeltliche oder unentgeltliche Nebentätigkeit für sich oder Dritte nur mit schriftlicher Zustimmung der Gesellschaft auszuüben. In der Bestimmung ihrer Arbeitszeit ist sie frei, hat jedoch jederzeit zur Verfügung der Gesellschaft zu stehen und deren Interessen wahrzunehmen, soweit deren Wohl dies erfordert. Sie hat den Weisungen der Gesellschafterversammlung Folge zu leisten, soweit sie nicht gesetzes- oder satzungswidrig sind. Zur Vornahme einer Reihe über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehender Maßnahmen bedarf sie der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Sie unterliegt einem Wettbewerbsverbot. Das Bruttogehalt beträgt für eine halbjährige Probezeit 7.000 DM, anschließend 7.500 DM zuzüglich vermögenswirksamer Leistungen. Zusätzlich erhält die Klägerin je ein halbes Monatsgehalt als Urlaubs- und Weihnachtsgeld, ferner eine Tantieme von 8% des Jahresgewinns. Im Krankheitsfall wird das Gehalt für die Dauer von sechs Monaten fortgezahlt. Es besteht die Möglichkeit, einen Teil des Gehalts im Rahmen einer Direktversicherung anzulegen.

Belegte Kosten und Aufwendungen einschließlich der Reisespesen werden ihr erstattet. Ihr wird ein Pkw der Mittelklasse gestellt. Der Urlaub beträgt 30 Arbeitstage bei einer Fünftagewoche. Ungenutzte Urlaubstage eines jeden Jahres sind nur bis zum 31. März des Folgejahres übertragbar, nicht genommener Urlaub wird nicht abgegolten. Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate zum Ende eines jeden Kalendervierteljahres. In dem Feststellungsbogen der Beklagten zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschaftern und/oder Geschäftsführern einer GmbH erklärte die Klägerin, sie sei nicht weisungsgebunden, nicht wie

eine fremde Arbeitnehmerin in den Betrieb eingegliedert und könne ihre Tätigkeit, abgesehen von bestimmten wichtigen Geschäften, frei bestimmen und gestalten. Sie wirke an der Führung des Unternehmens insbesondere durch einschlägige Branchenkenntnisse mit, verfüge aber nicht als einzige Gesellschafterin oder Geschäftsführerin über die erforderlichen Kenntnisse. Zuvor habe sie in Zeitarbeitsfirmen als kaufmännische Angestellte, die letzten sechs Jahre als Gebietsleiterin, nichtselbstständig gearbeitet. Mit Schreiben vom 10. Juni 1997 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie gehe davon aus, dass die Klägerin versicherungspflichtig beschäftigt sei und gab ihr Gelegenheit, innerhalb von 14 Tagen hierzu Stellung zu nehmen. Ferner holte sie eine Stellungnahme der Beigeladenen zu 1) ein, die mit Schreiben vom 29. September 1997 mitteilte, sie beurteile das Vertragsverhältnis der Klägerin ebenfalls als abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Mit Bescheid vom 14. Oktober 1997 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie sei bei der Beigeladenen zu 3) abhängig beschäftigt.

Hiergegen legte die Klägerin am 29. Oktober 1997, bei der Beklagten am 3. November eingegangen, Widerspruch ein. Sie führte aus, die Kapitalbeteiligung in der Gesellschaft sei lediglich ein Kriterium für die Beurteilung der Beschäftigung. Maßgebend sei jedoch auch, ob die Möglichkeit bestehe, die Geschicke der Gesellschaft nachhaltig zu beeinflussen. Sie sei die alleinige Gesellschafterin vor Ort für alle wichtigen üblich anfallenden Tätigkeiten, die der Geschäftsbetrieb der GmbH mit sich bringe und hierfür mit und ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter verantwortlich. Ihr seien zwei festangestellte Bürokräfte unterstellt. Hierdurch sei es ihr möglich, ihre Arbeitszeit, die Arbeitsdauer und auch den Tätigkeitsort frei zu wählen. Es komme nicht darauf an, ob überhaupt die Verpflichtung bestehe, sich an Weisungen zu halten, denn dies gelte auch für Selbstständige bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung. Maßgeblich sei die Art der Weisungsgebundenheit. Eine abhängige Beschäftigung bestehe dann nicht, wenn die Entscheidungsfreiheit lediglich bei bestimmten wichtigeren Entscheidungen beschränkt sei. Sie sei am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt und unterliege damit einem Unternehmerrisiko. Es liege in ihrer Entscheidung, wann und wie viel Betriebs-, Transport- oder Produktionsmittel angeschafft würden und wie die Anschaffungen finanziert würden, wie Kunden für die Dienstleistung zu zahlen hätten, wie die Preise kalkuliert würden, ob sie Aufträge ablehne und eigene Kundenakquisitionen und Werbemaßnahmen durchführe. Die anderen Gesellschafter seien nicht an ihrem Tätigkeitsort Hamburg. Mit Widerspruchsbescheid vom 6. Januar 1998 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie aus, nach dem Gesamtbild aller relevanten Umstände sei die Klägerin abhängig beschäftigt. Die Kapitalbeteiligung von 12% ermögliche ihr keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH. Aufgrund des Verhältnisses zwischen dem Bruttogesamtentgelt und der Kapitalbeteiligung bestehe kein erkennbares Unternehmerrisiko als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, zumal die Klägerin nicht am Verlust beteiligt sei. Sie sei zwar einzelvertretungsberechtigt, aufgrund des Anstellungsvertrages vom 4. Dezember 1996 jedoch nicht vom Selbstkontrahierungsverbot befreit. Zu bestimmten Geschäften benötige sie die Zustimmung der Gesellschafterversammlung. In ihrer Arbeitszeit, die grundsätzlich frei sei, habe sie sich am Wohl der Gesellschaft zu orientieren und zu deren Verfügung zu stehen. Die Tatsache, dass ihr zwei festangestellte Bürokräfte unterstellt seien, sei für eine Aufgabenstellung als Geschäftsführerin üblich. Aufgrund der kleinen Betriebseinheit sei sie zwangsläufig in die tägliche Arbeitsgestaltung eingebunden, eine unbewegliche Betriebsorganisation verbiete sich daher von selbst. Daher könne sie auch die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Dabei sei bei Geschäftsführern die Weisungsgebundenheit zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess umgewandelt. Die Zahlung einer Tantieme in Höhe von 8% des Jahresgewinns der Gesellschaft entspreche einer leistungsorientierten Gehaltsvereinbarung. Die räumliche Distanz zwischen H und dem Sitz der übrigen Gesellschafter in M sei unmaßgeblich.

Gegen die Entscheidung hat die Klägerin am 6. Februar 1998 beim Sozialgericht Lübeck Klage erhoben, mit der sie ausgeführt hat, die Beklagte habe lediglich rein formale Überlegungen angestellt, die tatsächliche Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses jedoch außer Acht gelassen. Unbeachtlich sei ihre geringe Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft, da auch Geschäftsführer einer GmbH ohne Kapitalbeteiligung selbstständig sein könnten. Sie sei in der Bestimmung ihrer Arbeitszeit völlig frei. Die Tatsache, dass sie ihre Arbeitskraft zum Wohl der Gesellschaft einsetzen müsse, folge aus ihrer Treuepflicht zur Gesellschaft, sei jedoch nicht Ausdruck einer zeitlichen Gebundenheit. Weisungen der Gesellschafter seien auch nicht vorgenommen worden. Die Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung ihr gegenüber erkläre sich daraus, dass die Gesellschaft noch jung gewesen sei und Rechtsgeschäfte damals von erheblicher Bedeutung gewesen seien, wie beispielsweise Abschlüsse langfristiger Mietverträge. In ihrer Sachentscheidungsbefugnis sei jedoch durch die Gesellschafterversammlung nicht eingegriffen worden. Sie habe den Geschäftsbetrieb der neu gegründeten Gesellschaft nach ihrem Belieben gestaltet und organisiert, von der

Gesellschafterversammlung sei keine Betriebsordnung vorgegeben. Sie verfüge als einzige Gesellschafterin über die notwendigen Branchenkenntnisse, da sie seit mehr als zehn Jahren in der Zeitarbeitsbranche tätig gewesen sei. Auch die übrigen Gesellschafter seien zwar mit der Branche vertraut, sie seien aber ausschließlich in München und nicht -- wie sie -- in Norddeutschland tätig gewesen. Sie habe Einzelvertretungsbefugnis und sei Kopf und Seele der Firma. Die Mitarbeiterinnen der Firma seien branchenfremd. Ihr Gewicht in der Firma sei stärker, als es sich aus dem Gesellschafts- und dem Geschäftsführervertrag ergebe. Ihr Unternehmerrisiko bestehe aus der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, ihrer monatlichen Vergütung und der Tantieme von 8% am Jahresgewinn. Zum 1. April 2000 habe sie den Gesellschaftsanteil von 12 auf 20% des Stammkapitals erhöht. Das Unternehmen beschäftige mittlerweile zehn Mitarbeiter in Hamburg und Osnabrück. Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 14. Oktober 1997 sowie den Widerspruchsbescheid vom 6. Januar 1998 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Ergänzend zu dem Inhalt der angefochtenen Bescheide hat sie ausgeführt, die Klägerin habe selbst in dem Fragebogen ausgeführt, sie sei nicht die einzige Gesellschafterin, die über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge.

Die Beigeladene zu 1) hat sich dem Vortrag der Beklagten angeschlossen.

Mit Urteil vom 11. Mai 2000 hat das Sozialgericht Lübeck die Klage abgewiesen. Zur Begründung der Entscheidung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin sei nicht selbstständig und damit abhängig beschäftigt. Indizien für eine abhängige Beschäftigung seien eine Kapitalbeteiligung unter 50 v. H., eine fehlende Sperrminorität, ein fehlendes wesentliches Unternehmerrisiko, die Weisungsunterworfenheit bezüglich Ort, Zeit, Art und Ausführung der Arbeit, die auch bei Diensten höherer Art nicht völlig fehlen dürfe, die Eingliederung in den Betrieb, die dienende Teilhabe am Arbeitsprozess, das Selbstkontrahierungsverbot sowie die feste Vergütung und die Weiterzahlung der Vergütung im Krankheitsfall. Eine selbstständige Tätigkeit sei dagegen regelmäßig durch eine Kapitalbeteiligung von wenigstens 50 v. H., eine Sperrminorität, ein wesentliches Unternehmerrisiko, das sich in der Teilhabe am Gewinn und Verlust der Gesellschaft zeige, die Entscheidungsverantwortlichkeit für die wesentlichen Funktionen des Unternehmens, Urlaubsantritt ohne vorherige Genehmigung, alleinige und umfassende Branchenkenntnisse, erfolgsabhängige Vergütung, fehlende Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall, eine Abberufung nur aus wichtigem Grund, die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot, die Führung der Geschäfte faktisch wie ein Eigentümer sowie die Bezeichnung der Vergütung als Gewinn-Vorwegnahme gekennzeichnet. Dabei sei das Gesamtbild der Tätigkeit entscheidend. Auch mitarbeitende Gesellschafter und Geschäftsführer könnten in der Sozialversicherung sowohl abhängig als auch selbstständig tätig sein. Ein mitarbeitender Geschäftsführer sei dann selbstständig, wenn er maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, vor allem kraft eines etwaigen Anteils am Stammkapital, ausüben könne; er sei abhängig beschäftigt, wenn er nur funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der Gesellschaft teilhabe. Die Klägerin habe eine Minderheitsbeteiligung, keine Sperrminorität und sie sei vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB nicht befreit. Sie unterliege keinem Unternehmerrisiko. Die vereinbarte Tantieme in Höhe von 8 v. H. des Jahresgewinns der Gesellschaft stelle lediglich einen erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteil dar. Die feste Vergütung, die auch im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Monaten weitergezahlt werde und das Kündigungsrecht innerhalb einer Frist von sechs Monaten sowie die jederzeitige Möglichkeit zur Abberufung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung sprächen für eine abhängige Beschäftigung. Dabei sei die Klägerin in den Betrieb eingebunden, obwohl sie keiner regelmäßigen Arbeitszeit unterliege. Dies sei die typische Ausgestaltung bei Diensten höherer Art. Die Klägerin sei aufgrund der Vertragsgestaltung weisungsunterworfen gewesen, auch wenn im Alltagsgeschäft Weisungen nicht ausgesprochen worden seien. Auch die Tatsache, dass sie nach eigenem Bekunden die einzige Gesellschafterin mit Branchenkenntnissen im H Raum gewesen sei, spreche zwar gegen eine abhängige Beschäftigung, stelle jedoch lediglich ein Indiz dar. Die näheren Umstände der Gründung der unselbstständigen Niederlassung in Osnabrück sprächen nicht für eine unabhängige Unternehmensentscheidung, denn

der entsprechende Beschluss sei von den Gesellschaftern, wenn auch in Übereinstimmung mit der Klägerin, gefasst worden. Das Recht zur Personaleinstellung ergebe sich aus ihrer Stellung als Geschäftsführerin. Insgesamt sprächen die überwiegenden Merkmale für eine abhängige Beschäftigung der Klägerin.

Gegen das am 20. Juli 2000 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, die am 9. August 2000 beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht eingegangen ist. Sie vertieft den erstinstanzlichen Vortrag und führt aus, allein die Entscheidung über die unselbstständige Zweigniederlassung in Osnabrück sei durch die Gesellschafterversammlung getroffen worden, im Übrigen seien ihr keine Weisungen erteilt worden.

Aufgrund ihrer alleinigen Branchenkenntnisse sei die Gesellschafterversammlung eher von ihr abhängig gewesen als umgekehrt. Es müsse berücksichtigt werden, dass sie die Firma mitgegründet habe. Es sei unmaßgeblich, dass der Geschäftsführervertrag ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung vorsehe, denn dies wiederhole lediglich die Gesetzeslage des § 56 Nr. 6 GmbHG.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 11. Mai 2000 und den Bescheid vom 14. Oktober 1997 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 6. Januar 1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stellt in Abrede, dass die Klägerin als einzige Branchenkenntnisse in der Firma habe, denn die Absolut Zeitarbeit GmbH, München, die einen Kapitalanteil von 34 v. H. halte, sei in der gleichen Branche tätig, wenn auch mit örtlicher Distanz. Die Klägerin habe auch die Firma nicht mitgegründet; vielmehr sei sie zuvor als kaufmännische Angestellte in Zeitarbeitsfirmen tätig gewesen und für ihre jetzige Tätigkeit ausdrücklich gesucht worden.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Die Beigeladenen zu 1) und 2) schließen sich dem Vortrag der Beklagten an und halten das angefochtene Urteil für zutreffend.

Dem Senat haben die Verwaltungsvorgänge der Beklagten und die Gerichtsakte vorgelegen. Zur Ergänzung wird darauf Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 11. Mai 2000 ist zulässig. Insbesondere ist sie statthaft im Sinne des § 144 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG); die Beteiligten streiten nicht um eine vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne der Vorschrift.

Das Rechtsmittel ist aber nicht begründet. Zu Recht hat das Sozialgericht die Entscheidung der Beklagten bestätigt, mit der diese die Versicherungspflicht des Beschäftigungsverhältnisses der Klägerin festgestellt hat.

§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) für die Krankenversicherung, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) für die Rentenversicherung, § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) für die Arbeitslosenversicherung und § 20 Abs. 1 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) für die Pflegeversicherung bestimmen, dass Angestellte oder Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, in diesen Versicherungszweigen versicherungspflichtig sind. Allen vier Vorschriften ist der Beschäftigungsbegriff gemeinsam. Nach § 7 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV), der gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 SGB IV insbesondere auch für die Arbeitslosenversicherung gilt, ist die Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine

Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Diese Vorschrift ist zwar mit Gesetz vom 20. Dezember 1999 (BGBl. I 2000 S. 2) eingefügt worden. Dadurch ist jedoch keine Rechtsänderung herbeigeführt worden. Vielmehr hat der Gesetzgeber bereits die früher bestehende Rechtsprechung aufgegriffen (vgl. BSG, Urteil vom 8. August 1990, 11 RA-R 77/89, SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung 2 § 7 Rn. 8). Diese Voraussetzungen sind bei der Klägerin erfüllt.

Die Eingliederung in den Arbeitsbetrieb und die Weisungsunterworfenheit richten sich grundsätzlich nach Art, Ort und Zeit der Ausübung der Tätigkeit. Bei Diensten höherer Art, wie Geschäftsführer sie verrichten, wandelt sich diese Weisungsunterworfenheit in eine sogenannte funktionsgerecht dienende Teilnahme am fremd vorgegebenen Arbeitsprozess. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmereigenschaft leitender Mitarbeiter sich danach bestimmt, dass sie in eine fremd vorgegebene Arbeitsorganisation eingegliedert sind; handelt es sich demgegenüber um eine selbst vorgegebene Arbeitsorganisation, spricht dies für eine selbstständige Tätigkeit. Trotz seiner Organstellung gemäß § 35 Abs. 1 GmbH-Gesetz ist ein GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich abhängig Beschäftigter. Dies kann sich jedoch dann ändern, wenn er in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Mitgesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Einzelweisungen, die an ihn in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer gerichtet sind, im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil vom 8. August 1990, a. a. O.). Die Kriterien für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit sind gegeneinander abzuwägen. Jedes Kriterium hat lediglich indizielle Wirkung. Dabei kommt es für die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt, vorrangig auf die tatsächliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses an. Die Vertragslage ist demgegenüber nachrangig (BSG, a. a. O.). Dies bedeutet, dass zwar grundsätzlich von der gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung auszugehen ist, aber maßgeblich darauf abzustellen ist, ob in der tatsächlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses diese Vertragsverhältnisse nachvollzogen worden sind oder ob in Abweichung zu ihnen verfahren worden ist. Eine Minderheitsbeteiligung, wie sie die Klägerin in Höhe von 12 bzw. später 20% des Stammkapitals hält, spricht grundsätzlich für eine abhängige Beschäftigung (vgl. Brandt/Niesel, AFG, 2. Aufl., § 168 Rn. 20), denn mangels einer Mehrheit der Gesellschafterversammlung oder einer Sperrminorität, die der Klägerin nicht eingeräumt ist, ist sie als Geschäftsführerin nicht in der Lage, ihr nicht genehme Weisungen zu verhindern. Sehr maßgeblich ist demgegenüber die dominierende Stellung des Prokuristen der Firma Dieter G. Wagner zu berücksichtigen. Über seine Beteiligung an der Firma

Hoffmann & Wagner Vermögensverwaltung GbR und über die Gesellschafterin Absolut Zeitarbeit GmbH in München, deren Geschäftsführer er ist, kontrolliert er jeweils 34 v. H. der Vermögensanteile an der Beigeladenen zu 3). Da er als Geschäftsführer und als Mitgesellschafter der beiden Gesellschafterinnen der Arbeitgeberin der Klägerin die Stimmrechte jener Gesellschaften in der Gesellschafterversammlung der Arbeitgeberin wahrnehmen kann, kontrolliert er 68% der Stimmanteile. Die gesellschaftsrechtliche Position der Klägerin, die durch eine Minderheitsbeteiligung ohne Sperrminorität gekennzeichnet ist, indiziert damit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Der Geschäftsführervertrag der Klägerin vom 4. Dezember 1996 kennzeichnet ebenfalls ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Klägerin erhält ein festes Gehalt, das auch im Krankheitsfall fortgezahlt wird. Die Tatsache, dass sie eine Tantieme in Höhe von 8% des Jahresgewinns der Firma erhält, entspricht einer leistungsorientierten Entlohnung, die gerade bei leitenden Angestellten keine Seltenheit darstellt, indiziert daher keine vorweggenommene Gewinnausschüttung. Die Klägerin ist von dem Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB nicht befreit. Sie unterliegt einem Wettbewerbsverbot. Dies ist ein sehr wesentliches Kriterium für die Annahme der abhängigen Beschäftigung. Denn regelmäßig ist es einem selbstständig Tätigen nicht verwehrt, anderweitig gewerblich tätig zu sein. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Kosten- und Aufwendungsersatz und erhält Reisespesen. Sie hat einen Anspruch auf Jahresurlaub, der nur begrenzt auf das Folgejahr übertragbar ist und nicht abgegolten werden kann. Der Gesellschaftervertrag ist mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines jeden Kalendervierteljahres schriftlich kündbar. Damit hat die Klägerin insgesamt eine weniger weit reichende rechtliche, vertraglich ausgestaltete Stellung als der Prokurist W, bei dem das Selbstkontrahierungsverbot aufgehoben ist und der – anders als die Klägerin – keinem Wettbewerbsverbot unterliegt. Zwar ist die Klägerin bei der Bestimmung ihrer Arbeitszeit frei. Jedoch hat sie jederzeit zur Verfügung der Gesellschaft zu stehen und deren Interessen wahrzunehmen, soweit deren Wohl dies erfordert. Es entspricht der Position einer Geschäftsführerin, dass sie bei der

Ausgestaltung ihrer Arbeitszeit ungebunden ist und auch häufig außerhalb des Bürobetriebs arbeitet, sodass die Kriterien der Weisungsunterworfenheit hinsichtlich des Orts und der Zeit der Arbeitsausübung zu Gunsten der Eingliederung in die fremdbestimmte Organisation in den Hintergrund tritt. Insgesamt indiziert auch die arbeitsvertragliche Ausgestaltung der Rechtslage die abhängige Beschäftigung der Klägerin.

Ihre tatsächliche Einbindungen in die Gesellschaft bestätigen die Weisungsunterworfenheit der Klägerin. Die faktische Ausgestaltung entspricht den Maßstäben, die für das Beschäftigungsverhältnis leitender Mitarbeiter prägend ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade bei Diensten höherer Art ein weitergehender Freiraum der Mitarbeiter besteht und eine größere Möglichkeit der Ausgestaltung des Arbeitsumfeldes, als dies bei einfacher strukturierten Tätigkeiten der Fall ist. Hierbei ist bereits zu berücksichtigen, dass die Firma -- gerade in der Gründungsphase -- einen sehr kleinen organisatorischen Umfang hatte mit zwei bzw. zweieinhalb weiteren Mitarbeiterinnen. Bereits dieser beschränkte Rahmen kennzeichnet, dass die Klägerin gehalten war, sich weitgehend um die Organisationsbelange der Firma selbst zu kümmern und für Rückfragen, allgemeine Tätigkeiten und die ihr originär übertragenen Aufgaben zur Verfügung zu stehen. Die Firma ist gegründet worden nach dem Schema, mittels dessen der Prokurist W bereits die Arbeitsvermittlung A Zeitarbeit GmbH M gegründet hat. Nach Auffassung des Senats ist es kennzeichnend, dass der Prokurist W die Klägerin für die Gründung der Firma in H eingestellt hat. Sowohl die Klägerin als auch der Prokurist W haben in der Anhörung durch den Senat bekundet, dass sie gemeinsam die wesentlichen Geschicke der Firma in H abgesprochen und bestimmt haben. Hierbei ist die dominante gesellschaftsrechtliche Stellung des Prokuristen W zu würdigen, der über seine Firmenbeteiligungen eine Mehrheit in der Gesellschafterversammlung innehatte und damit bestimmenden Einfluss auf die Firma ausüben konnte. Kennzeichnend ist der Vorgang um die Gründung der Zweigniederlassung in O für die Firma in H. Die Klägerin hat einvernehmlich mit dem Prokuristen W ausgeführt, dass sie zwar die Idee für dieses Projekt hatte, dass sie dieses jedoch mit dem Prokuristen absprach und dieser gewissermaßen seine Genehmigung hierfür erteilte, indem er nach Aussagen der Klägerin meinte: "Wenn Du's machen willst, machen wir's". Dies kennzeichnet, dass das Projekt von der Akzeptanz des Prokuristen W abhing. Auch im Übrigen hat die Klägerin nach eigenem Bekunden mit dem Prokuristen telefonisch Kontakt gehalten. Die Klägerin hat zwar die Beigeladene zu 3) mit gegründet. Auch hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Firmenmodell ganz wesentlich dem der Firma A Zeitarbeit GmbH M entspricht und dass die maßgebliche Initiative von dem Prokuristen W ausgegangen ist, der an der M Firma gleichfalls beteiligt ist. Zwar wurde der Name der Klägerin anfänglich in der Firma der Beigeladenen zu 3) geführt. Dies ist jedoch lediglich ein Indiz für die Unternehmereigenschaft der Klägerin und erklärt sich auch aus der Präsenz der Klägerin vor Ort. Dabei ist auch von Bedeutung, dass die Klägerin vor ihrer Beteiligung an der GmbH abhängig beschäftigt und nicht selbstständige tätig war. Denn die berufliche Entwicklung ist bei der Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses gerade von GmbH-Geschäftsführern nicht unberücksichtigt zu lassen (vgl. BSG, Urteil vom 23. September 1982, SozR 2100 § 7 Nr. 7; Seewald in Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, SGB V § 7 Rn. 13). Die Klägerin kann nicht mit dem Argument gehört werden, sie sei die einzige Gesellschafterin, die über die notwendigen Branchenkenntnisse verfüge, da sie vor Ort in H bzw. Norddeutschland über die alleinigen Kontakte verfüge und die alleinige Marktkenntnis habe. Diese Umstände kennzeichnen einen jeden Filial- bzw. Niederlassungsleiter, der zwar verhältnismäßig unabhängig einen selbstständigen Geschäftsbetrieb leitet, gleichwohl aber abhängig beschäftigt ist. Gerade aus einer derartigen Position heraus ergeben sich weitgehende Freiheiten des Geschäftsleiters. Insbesondere prägt er auch ganz wesentlich die organisatorischen Belange der Firma. Hierin spiegelt sich im Übrigen die satzungsgemäße Position des Geschäftsführers einer GmbH wider. Diese Gesichtspunkte vermögen daher eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin nicht zu begründen. Als ein maßgebliches Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit ist die Beteiligung am Unternehmensgewinn bzw. -verlust anzusehen (BSG, Urteil vom 4. Juni 1998, Az.: B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 13). Darin kann nicht das finanzielle Risiko gesehen werden, das sich daraus ergibt, dass für die Klägerin eine Gefährdung hinsichtlich ihres Arbeitsentgelts oder hinsichtlich ihres Gesellschaftsanteils besteht. Denn diese Situation besteht für jeden Arbeitnehmer und für jeden Gesellschafter einer Firma, ohne dass daraus zwingend der Schluss einer selbstständigen Tätigkeit zu ziehen wäre. Das finanzielle Risiko der Klägerin besteht allerdings darin, dass sie eigenen Angaben zufolge in erheblichem Umfang, nämlich nahezu in Höhe von etwa 500.000,00 DM, Bürgschaften für Kredite der Arbeitgeberin eingegangen ist. Dies bringt zwar eine erhöhte Anteilnahme am Geschick der Firma zum Ausdruck, begründet jedoch

noch nicht ihre selbstständige Tätigkeit und damit ihre Unternehmereigenschaft. Denn einerseits handelt es sich hierbei lediglich um ein Argument, das für die selbstständige Tätigkeit der Klägerin spricht und dem die Vielzahl der gegenteiligen Argumente, die ihre abhängige Beschäftigung begründen, gegenübersteht. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin die wirtschaftlichen Verbindlichkeiten nicht in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin, etwa durch eine Einlage im Stammkapital, übernommen hat, sondern über Bürgschaftsabsicherungen, d. h. über eine weitere Rechtsbeziehung, die sie wie eine Externe mit der Firma verbindet. Selbst bei einer maßgeblichen stillen Teilhabe an einer Gesellschaft wäre noch nicht zwingend der Schluss auf eine Unternehmerposition gerechtfertigt, wenn der stille Teilhaber in der Firma mitwirkt. Denn auch dessen Kapitalbeteiligung würde nicht nach außen in Erscheinung treten und keinen Einfluss auf das Beschäftigungsverhältnis nehmen. In gleicher Weise verleihen die Bürgschaftsverpflichtungen der Klägerin keine weitergehenden Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft, sodass sie für die Position der Klägerin in der Firma als Geschäftsführerin nicht prägend sind.

Nach alledem ergibt die Gesamtschau sämtlicher maßgeblicher Kriterien unter Einbeziehung der gesellschaftsrechtlichen Position der Klägerin, der arbeitsvertraglichen Situation und unter besonderer Berücksichtigung der tatsächlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen ihr und der Beigeladenen zu 3) ganz überwiegend das Bild einer abhängigen Beschäftigung. Die wenigen Argumente, die für eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin sprechen, überwiegen demgegenüber nicht. Damit ist die Klägerin abhängig beschäftigt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 Abs. 1 und 4 Satz 1 SGG.

Gründe im Sinne des § 160 Abs. 2 SGG für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Zum Nichtvorliegen der Arbeitnehmereigenschaft bei einem GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer (§ 7 Abs. 1 SGB IV); hier: Urteil des Thüringer Landessozialgerichts (LSG) vom 28.6.2001 - L 3 AL 491/97 -

Das Thüringer LSG hat mit Urteil vom 28.6.2001 - L 3 AL 491/97 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

Orientierungssatz

Zum Nichtvorliegen der Arbeitnehmereigenschaft bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer mit Mehrheitsbeteiligung am Stammkapital, der durch befristeten Stimmbindungsvertrag (schuldrechtlich) auf sein Mehrheitsstimmrecht verzichtet hat.

Anlage

Urteil des Thüringer LSG vom 28.6.2001 - L 3 AL 491/97 -
Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zahlung von Konkursausfallgeld (Kaug) für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 1995. Streitig ist insbesondere, ob der Kläger Arbeitnehmer gewesen ist.

Der Kläger, der von Beruf Diplombauingenieur ist, war Geschäftsführer der Verwaltungs GmbH Erfurt. Diese war die Konzernobergesellschaft der - Gruppe, deren bekannteste Tochtergesellschaft die Bau GmbH gewesen ist. Die Verwaltungs GmbH wurde gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder gemeinschaftlich durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen vertreten.

Der Kläger war zugleich Gesellschafter dieser (später insolventen) Verwaltungs GmbH und hielt 60 v.H. der Anteile, die eine Stammeinlage im Nennwert von 6 Millionen Mark bedeuteten. Die Frau des Klägers hielt an der Gesellschaft 5 v.H. (500.000,- DM) der Stammeinlage. Ein weiterer Gesellschafter (..... Investition und Beteiligung B.V., nachfolgend genannt) hielt 35 v.H. der Stammeinlage. Die Gesellschaft wurde durch eine Umwandlung im März 1992 gegründet und im Juni 1992 in das Handelsregister des Amtsgerichts Erfurt eingetragen.

Am 17. August 1993 schloss die Firma mit dem Kläger rückwirkend zum 1. Januar 1993 einen bis zur Insolvenz der Firma gültigen Anstellungsvertrag. Nach § 1 des Vertrages war der Kläger alleiniger Vorsitzender der Geschäftsführung der Gesellschaft. Sein Aufgabenbereich ergab sich unter anderem aus dem Gesellschaftsvertrag in der jeweils gültigen Fassung. Das „pensionsberechtigende“ Grundgehalt betrug 300.000,00 DM jährlich. Der Kläger hatte Anspruch auf Tantiemen, die von einem positiven Betriebsergebnis abhängig waren. Der Kläger war berechtigt, einen firmeneigenen Kraftwagen mit Kraftfahrer auch zu privaten Zwecken zu nutzen, ohne hierfür eine Vergütung zahlen zu müssen (§ 5 Ziffer 1 des Vertrages). In § 5 Ziffer 3 war geregelt, dass, sofern an Stelle der gesetzlichen Rentenversicherung bzw. gesetzlichen Krankenversicherung eine bestätigte befreiende Lebensversicherung bzw. eine private Krankenversicherung vorliegt, das Unternehmen die Hälfte der Beiträge übernimmt, jedoch höchstens bis zur Hälfte der Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung bzw. gesetzlichen Krankenversicherung unter Beachtung der geltenden Bemessungsgrenzen. In § 6 verpflichtete sich die Gesellschaft für den Kläger eine Unfallversicherung für alle dienstlichen und außerdienstlichen Unfälle abzuschließen. Der

Kläger hatte sein ganzes Wissen und Können der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen (§ 7 des Vertrages). Die Kündigung war unter § 13 geregelt, wonach die Vertragsschließenden spätestens 15 Monate vor Ablauf des Vertrages Verhandlungen darüber aufnehmen, ob und unter welchen Bedingungen ein neuer Vertrag abgeschlossen wird. Diese Verhandlungen mussten spätestens 12 Monate vor Ablauf des Vertrages abgeschlossen sein. Der Personalausschuss des Beirates konnte die Bestellung des Klägers in sinngemäßer Anwendung des § 84 Abs. 3 Aktiengesetz widerrufen. Die Gesellschaft war jederzeit berechtigt, den Kläger mit Angaben von Gründen zu beurlauben. In diesem Fall hatte der Kläger wiederum das Recht, das Vertragsverhältnis zu beenden. Für die Dauer der Beurlaubung hatte der Kläger Anspruch auf seine vollen Bezüge.

In der Folgezeit geriet die GmbH in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Aus diesem Grund wurde am 11. März 1994 ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen.

In § 5 des Vertrages heißt es, dass die Gesellschaft zwei oder mehr Geschäftsführer hat. Die Geschäftsführer wurden durch Gesellschafterbeschluss mit Zustimmung des Beirates bestellt und abberufen. Die zustimmende Beschlussfassung des Beirates konnte nicht gegen den ausdrücklichen Widerspruch der beiden von der Paribas entsandten Beiratsmitglieder gefasst werden. Bei Abschluss, Änderung oder Beendigung von Anstellungsverträgen mit Geschäftsführern wurde die Gesellschaft durch den Beirat, dieser wiederum durch seinen Vorsitzenden vertreten. § 6 regelte den Umfang der Geschäftsführung. Die Gesellschafter konnten danach durch Gesellschafterbeschluss einen Geschäftsführer zum Vorsitzenden der Geschäftsführung und einen weiteren Geschäftsführer zu dessen Stellvertreter bestellen. Die Geschäftsführer waren unbeschadet ihrer Vertretungsmacht nach außen nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt. Zu bestimmten Geschäften bedurften die Geschäftsführer der vorherigen Zustimmung durch den Beschluss des Beirates. Wenn der Beirat seine Zustimmung verweigerte, so konnte nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung verlangen, dass die Gesellschafterversammlung über die Zustimmung beschloss. Der Beschluss durch den die Gesellschafterversammlung zustimmte, bedurfte einer Mehrheit, die 75 v.H. des Stammkapitals der Gesellschaft repräsentieren musste. Nach § 8 bestand der bereits benannte Beirat aus sieben Mitgliedern, die von den Gesellschaftern entsprechend ihren Anteilen am Stammkapital bestellt wurden und hatte nach § 9 die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen und zu beraten. Der Beirat hatte im Übrigen kein Recht, der Geschäftsführung Weisung zu erteilen.

Am 4. Juli 1994 schlossen der Kläger, seine Ehefrau und die, ebenfalls auf Grund der schwierigen finanziellen Lage der Firma einen sogenannten Stimmbindungsvertrag. Der Kläger und seine Ehefrau verpflichteten sich zur Durchsetzung von im Vertrag genannten Maßnahmen, insbesondere solcher zur Wiedergewinnung der Glaubwürdigkeit am Markt und gegenüber Banken, Behörden und der Treuhandanstalt, den von der mit Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Beirates beantragten Gesellschafterbeschlüssen zuzustimmen. Die Beantragung solcher Gesellschafterbeschlüsse stand im freien Ermessen der Mit Schreiben der vom 22. Juni 1994 wurde dem Kläger in diesem Zusammenhang zugesichert, aus seiner Sicht erforderliche Beschlüsse beantragen zu können.

Mit Beschluss des Amtsgerichtes vom 1. September 1995 wurde ab diesem Datum die Gesamtvollstreckung der Firma Verwaltungs GmbH wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung angeordnet

Bereits am 16. August 1995 beantragte der Kläger Kaug. Auf den in diesem Zusammenhang abgegebenen Fragebogen gab er an, dass das Weisungsrecht vom Beirat der Verwaltungs GmbH und ggf. den Gesellschaftern der ausgeübt worden sei. Es habe eine Gesellschaftervereinbarung bestanden, dass für die Geschäftsjahre 1992 bis 1995 keine Tantiemen gezahlt würden. Die Beklagte holte anschließend am 23. September 1995 bei der Techniker-Krankenkasse, bei der der Kläger krankenversichert gewesen ist, telefonisch Auskunft ein. Danach wurde der Kläger seit 1. Oktober 1992 als Selbstständiger geführt.

Mit Bescheid vom 26. September 1995 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers ab. Für die Beurteilung der Versicherungspflicht sei zunächst maßgebend, ob er auf Grund seiner Beteiligung am Stammkapital einer GmbH einen maßgeblichen Einfluss auf deren Willensbildung ausgeübt habe. Treffe dies zu, so könne von einer Weisungsgebundenheit und damit einer persönlichen Abhängigkeit keine Rede sein. Ausweislich des vom Kläger ausgefüllten Feststellungsbogens sowie der Aussage der Techniker-Krankenkasse und des Verwalters Herrn habe er als Gesellschafter/Geschäftsführer Zeit, Ort und Art seiner Arbeitsleistung frei bestimmen können, sei seit dem 1. Oktober 1992 als Selbstständiger bei der Techniker-Krankenkasse gemeldet und sei als Gesellschafter der Gemeinschuldnerin mit einem Anteil von 68 v.H. des Stammkapitals beteiligt. Auf Grund der Gesamtumstände sei er kein Arbeitnehmer der Firma.