

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 14/86

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

.....

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am
8. Dezember 1987

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-
Pfalz vom 17. Januar 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozial-
gericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Der Kläger, ein gelernter Heizungsmonteur, begehrt Arbeitslosengeld (Alg). Er war bis Ende 1982 alleinzeichnungs- und vertretungsberechtigter Geschäftsführer sowie Gesellschafter der in Konkurs gegangenen W. K. -GmbH, Heizung/Lüftung, in S., mit einer Stammeinlage von 10.000,-- DM. Mitgesellschafter der GmbH, deren Stammkapital 70.000,-- DM betrug, war seine Ehefrau mit einer Stammeinlage von 60.000,-- DM. In dem Anstellungsvertrag vom 27. Dezember 1979 heißt es ua: Der Geschäftsführer könne Entlassungen und Neueinstellungen nur vornehmen, wenn die Mitgesellschafter diesem zustimmen. Die Arbeitszeit betrage 40 Stunden wöchentlich. Für anfallende Überstunden werde kein Entgelt gezahlt. Der Kläger habe Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Für seine Tätigkeit erhalte er ein monatliches Bruttoentgelt von 3.800,-- DM als Festgehalt bis 31. Dezember 1983, außerdem erhalte er ein zusätzliches Urlaubsgeld von 1.000,-- DM. Die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer endete am 23. Dezember 1982 durch Kündigung des Konkursverwalters.

Am 5. Januar 1983 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte Alg. Hinsichtlich seiner Arbeitnehmereigenschaft verwies er auf die von der Beigeladenen am 2. August 1978 vorgenommene Betriebsprüfung sowie deren Schreiben an die GmbH vom 7. August 1978, mit dem für den Kläger Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung ab Februar 1976 angefordert wurden.

Die Beklagte lehnte den Antrag auf Gewährung von Alg ab, weil der Kläger als Geschäftsführer der GmbH kein Arbeitnehmer gewesen sei und damit die für den Alg-Anspruch erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe. Die Feststellung der Beigeladenen hinsichtlich der Beitragspflicht könne unter den tatsächlichen Gegebenheiten durch das Arbeitsamt keine Berücksichtigung finden (Bescheid vom 30. März 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30. Mai 1983).

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide verurteilt, dem Kläger Alg ab 5. Januar 1983 zu zahlen (Urteil vom 15. Mai 1984). Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 17. Januar 1986 das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es ist der Auffassung, der Kläger habe die für die Begründung des Alg-Anspruchs erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Er habe in der dreijährigen Rahmenfrist nicht 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden. Beitragspflichtig seien nach § 168 Abs 1 Satz 1 AFG Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, soweit sie nicht nach § 169 AFG oder einer Rechtsverordnung nach § 173 Abs 1 AFG beitragsfrei sind. Der Kläger könne hinsichtlich seiner Geschäftsführer-



tätigkeit nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Sozialversicherungsrechts angesehen werden.

Zwar könne die Frage, ob die Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft vorlagen, unerörtert bleiben, wenn die Beklagte, wie vom SG angenommen, an die mit Schreiben der Beigeladenen vom 7. August 1978 erfolgte Bejahung der Beitragspflicht gebunden wäre. Das sei jedoch nicht der Fall. Falls diesem Schreiben die Rechtsqualität eines Verwaltungsakts zukomme, hätte dieser der Beklagten, um ihr gegenüber bindend werden zu können, bekanntgegeben werden müssen, was nicht geschehen sei. Allein aus der tatsächlichen jahrelangen Beitragsentrichtung des Klägers während seiner Geschäftsführertätigkeit könne kein Leistungsanspruch hergeleitet werden. Die Anwartschaft hänge nicht von der Entrichtung von Beiträgen ab, sondern allein von einer ihrer Art nach die Anwartschaft begründenden Beschäftigung. Es komme mithin darauf an, ob der Kläger als Geschäftsführer der GmbH Arbeitnehmer gewesen sei und damit eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung bestanden habe, was jedoch verneint werden müsse.

Ein GmbH-Geschäftsführer, selbst ohne Kapitalbeteiligung, stehe nicht zwangsläufig in einem Arbeitnehmerverhältnis. Auch bei ihm könnten die Verhältnisse derart liegen, daß Selbständigkeit angenommen werden müsse. Dies sei der Fall, wenn der Geschäftsführer seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten und die Gesamtgeschicke der GmbH weitgehend beeinflussen könne. Bedeutsam seien das Tragen des Geschäftswagnisses oder zumindest eine maßgebende Einwirkung auf die Betriebs- oder Unternehmensleitung neben freier Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft als wesentliche und charakteristische Merkmale einer unabhängigen Tätigkeit. Diese Merkmale hätten beim Kläger vorgelegen, was sich aus seinen Angaben bei der Antragstellung und im Erörterungstermin ergäbe. Sie sprächen bei vernünftiger Würdigung des Sachverhalts dafür, daß er die Gesamtgeschicke der GmbH wesentlich beeinflusst und eigenbestimmte Arbeit geleistet habe. Seine Erklärung, er sei so frei gewesen, als hätte er sein eigenes Geschäft gehabt, bestätige dies. Das sei auch im Hinblick darauf verständlich, daß er als gelernter Heizungsmonteur gegenüber seiner Ehefrau als Mitgesellschafterin über die größere Sachkunde verfügt haben dürfte. Diese tatsächliche Ausgestaltung der Verhältnisse unter den Eheleuten sei hier entscheidend und nicht die Rechtsgestaltung mit dem Gesellschafts- und Anstellungsvertrag.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung der §§ 100, 104 und 168 AFG und führt dazu im wesentlichen folgendes aus: Nach § 182 Abs 2 AFG sei eine Bindung der Einzugsstellen an Erklärungen der Bundesanstalt für Arbeit (BA) zu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung hinsichtlich der Beitragspflicht vorgesehen. Zur Frage der Versicherungspflicht von Vorstandsmitgliedern juristischer Personen und Vertretern von Personengesamtheiten habe die "Beklagte für Angestellte in Berlin" am 26. Januar 1986 (gemeint ist 1968) gemäß § 121 Abs 4 AFG (gemeint ist § 121 Abs 4 AVG) eine Erklärung



abgegeben, unter welchen Voraussetzungen Geschäftsführer von GmbH's versicherungspflichtig seien. Aufgrund dessen habe die Beigeladene im Jahre 1978 die Versicherungspflicht des Klägers bejaht. Die Beigeladene habe sich somit an die im Innenverhältnis zwischen ihr und der Beklagten ergangene Erklärung gehalten. Schon deshalb sei nicht einzusehen, daß dem Kläger kein Alg gezahlt werden solle. Verwaltungsakte der Einzugsstelle seien, wenn sie nicht angefochten würden, sowohl dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer als auch der Beklagten gegenüber als bindend anzusehen.

Im übrigen sei anerkannt, daß auch der Gesellschafter einer GmbH in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen könne, es sei denn, daß er nach seiner Kapitalbeteiligung einen so maßgeblichen Einfluß auf die Entscheidungen der Gesellschaft habe, daß er jeden Beschluß - insbesondere jede ihm nicht genehme Weisung seines "Dienstherrn" - verhindern könne. Ein solches umfassendes Mitspracherecht habe dem Kläger nicht zugestanden. Auf jeden Fall sei es der Beklagten im Rahmen eines Leistungsanspruchs nicht mehr möglich, ein Anfechtungs- bzw Antragsrecht gegen den Bescheid der Beigeladenen vom 7. August 1978 vorzubringen, da theoretisch die Möglichkeit bestanden habe, die tatsächliche Beitragspflicht des Klägers bereits im Jahre 1978 zu überprüfen. Außerdem widerspreche es in nicht vertretbarer Weise den rechtsstaatlich und sozialstaatlich gebotenen Fürsorge- und Betreuungspflichten eines Versicherungsträgers, wenn dieser über Jahre hinweg durch die gesetzlich zuständige Einzugsstelle Beiträge förmlich feststellen und einziehen läßt und dann im Leistungsfall hieran nicht mehr gebunden sein sollte.

Der Kläger, der im Mai 1983 eine Arbeit aufgenommen hatte, beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 17. Januar 1986 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,
die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Es stehe im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG). Die Feststellung der Beitragspflicht durch die Beigeladene habe die Beklagte nicht gebunden, da ihr diese Einzelentscheidung nicht bekanntgegeben worden sei.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag. Sie führt aus, die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Rentenversicherung und zur BA für den Kläger sei aufgrund einer Betriebsprüfung am 2. August 1978 festgestellt worden und der Firma K. GmbH mit Bescheid vom 7. August 1978 mitgeteilt worden. Nach der damaligen Rechtsauslegung hätte für Geschäftsführer einer GmbH Sozialversicherungspflicht bestanden, wenn deren Anteil am



Stammkapital unter 50 vH gelegen habe und sie aufgrund dieser Beteiligung keinen maßgeblichen Einfluß auf die Beschlüsse der Gesellschaft geltend machen konnten. Außerdem habe die Feststellung der Versicherungspflicht auf der Erklärung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) vom 26. Januar 1968 beruht.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz -SGG-).

II

Die Revision des Klägers ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet.

Ob dem Kläger, wie das LSG meint, ein Anspruch auf Alg bereits deshalb nicht zusteht, weil er die hierfür gemäß § 100 Abs 1 AFG erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt hat, läßt sich aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (§ 104 Abs 1 Satz 1 AFG). Die Rahmenfrist beträgt drei Jahre (§ 104 Abs 3 AFG) und geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind (§ 104 Abs 2 AFG). Die Anwartschaftszeit für den ab 5. Januar 1983 geltend gemachten Anspruch auf Alg hätte der Kläger daher nur erfüllt, wenn er in der Zeit vom 5. Januar 1980 bis 4. Januar 1983 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hätte. Ob die in dieser Rahmenfrist ausgeübte Tätigkeit als alleiniger Geschäftsführer beitragspflichtig iS von § 168 AFG war, läßt sich den tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht entnehmen. Hierauf kommt es aber an, denn andere Umstände ersetzen entgegen der Auffassung des Klägers eine fehlende Anwartschaftszeit nicht.

Daß für den Kläger Beiträge zur Beklagten an die Einzugsstelle entrichtet worden sind, ist für den geltend gemachten Anspruch auf Alg unerheblich. Nach den §§ 100, 104 AFG hängt die Anwartschaft als Voraussetzung für den Anspruch auf Alg allein von einer ihrer Art nach die Anwartschaft begründenden beitragspflichtigen Beschäftigung ab, nicht dagegen von der Entrichtung von Beiträgen. Eine Formalversicherung, wie sie in der gesetzlichen Krankenversicherung für den Fall vorgesehen ist, daß die Krankenkasse für eine Person nach vorschriftsmäßiger und nicht vorsätzlich unrichtiger Anmeldung drei Monate ununterbrochen und unbeanstandet Beiträge entgegengenommen hat, obwohl die Person weder versicherungspflichtig noch versicherungsberechtigt gewesen ist (§§ 213, 315



Reichsversicherungsordnung -RVO-), kennt das AFG nicht. Zwar hatte § 115 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16. Juli 1927 (RGBl I 187) in engem Anschluß an § 213 RVO für die Arbeitslosenversicherung eine Formalversicherung vorgesehen; indessen ist diese Vorschrift schon durch das Gesetz zur Änderung des AVAVG vom 12. Oktober 1929 (RGBl I 153) gestrichen worden. Die Formalversicherung ist seinerzeit nicht als gerechtfertigt angesehen worden, weil der Träger der Arbeitslosenversicherung von der Anmeldung zur Versicherung regelmäßig erst im Versicherungsfalle und damit zu einem Zeitpunkt Kenntnis erhalte, in dem es ihm versagt sei, die Beitragsentrichtung zu beanstanden. Die Streichung der Formalversicherung ist ferner damit begründet worden, daß für die Erleichterung des Beweises der Anwartschaft, die durch die Formalversicherung in erster Linie bezweckt werde, angesichts der kurzen Anwartschaftszeit von 26 Wochen in der Arbeitslosenversicherung kein Bedürfnis bestehe (vgl Begründung der Reichsregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AVAVG, RT-Drucks zu IV/1311 S 19). Einer fehlerhaften Beitragsentrichtung trägt das Gesetz seit der Streichung des § 115 AVAVG durch eine inzwischen ohne Antrag von Amts wegen vorzunehmende Beitragserstattung Rechnung (vgl § 185a AFG in der seit dem Haushaltsbegleitgesetz 1984 vom 22. Dezember 1983 -BGBl I 1532- geltenden Fassung, bis dahin § 186 AFG). Das Bundessozialgericht (BSG) hat daher zum AFG (wie früher schon zum AVAVG) in Übereinstimmung mit dem Schrifttum stets die Ansicht vertreten, daß, wenn es an der anwartschaftsbegründenden beitrags- bzw versicherungspflichtigen Beschäftigung mangelt, weder die fehlerhafte Entrichtung von Beiträgen noch die widerspruchslose Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle den Anspruch auf die Versicherungsleistung aus der Arbeitslosenversicherung begründet (BSGE 44, 193, 197 = SozR 4100 § 118 Nr 4; BSGE 49, 22, 28 f = SozR 4100 § 168 Nr 10; BSG SozR 4100 § 102 Nr 6 und § 168 Nr 16; Urteil des Senats vom 29. Oktober 1986 - 7 RAr 43/85 - ; BSG Urteil vom 28. April 1987 - 12 RK 47/85 -; vgl zum früheren Recht BSGE 13, 98, 101 = SozR Nr 1 zu § 75a AVAVG aF). Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung und der Regelungsgeschichte besteht kein Anlaß, hiervon abzugehen.

Ersetzt aber die Beitragsentrichtung die 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 auch von ihm entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit Anspruch auf Alg zu haben.

Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, daß die Beklagte Entscheidungen über die Beitragspflicht, zu deren Erlaß die Einzugsstellen seit Inkrafttreten des § 182 AFG ausdrücklich ermächtigt sind, im Leistungsverfahren zugrunde zu legen habe, auch wenn die Einzugsstelle die Beitragspflicht zu Unrecht bejaht habe. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des BSG zu den Vorschriften des § 1399 Abs 3 RVO und § 121 Abs 3 Ange-



stelltenversicherungsgesetz (AVG), denen § 182 Abs 1 AFG nachgebildet ist, der Rentenversicherungsträger leistungrechtlich an beitragsrechtliche Entscheidungen der Einzugsstelle gebunden sein. Dabei hat nach der Rechtsprechung nicht schon der Umstand, daß die Einzugsstelle eine Funktion für den Versicherungsträger wahrnimmt, die Bindung des Rentenversicherungsträgers zur Folge; vielmehr tritt die Bindung ein, wenn der Rentenversicherungsträger die Entscheidung der Einzugsstelle über die Beitragspflicht nicht bzw nicht mit Erfolg anfechtet (vgl BSGE 15, 118, 122 f = SozR Nr 2 zu § 1399 RVO; BSGE 25, 34, 35 = SozR Nr 52 zu § 77 SGG; BSGE 39, 223, 225 = SozR 2200 § 172 Nr 2; vgl dazu jedoch Gagel, Kommentar zum AFG, Stand Januar 1986, § 182 RdNr 9 f). Es kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, ob in gleicher Weise auch Entscheidungen der Einzugsstelle über die Beitragspflicht und Beitragshöhe die Bundesanstalt für Arbeit im Leistungsverfahren binden können (bejahend Gagel/Steinmeyer, aaO, § 104 RdNr 8). Eine Bindung der Beklagten an eine Entscheidung der Einzugsstelle könnte nämlich lediglich darauf gestützt werden, daß ein Verwaltungsakt, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist (vgl dazu § 44 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - SGB 10), gemäß § 77 SGG für die Beteiligten in der Sache bindend geworden ist. Eine Bindung der Beklagten könnte daher allenfalls eintreten, wenn die Einzugsstelle die Beitragspflicht des Klägers durch Verwaltungsakt festgestellt hat und dieser der Beklagten eröffnet worden ist. Nur dies könnte nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist ggf eine Bindung der Beklagten bewirken (BSGE 25, 34, 35 = SozR Nr 52 zu § 77 SGG; BSGE 39, 223, 225 = SozR 2200 § 172 Nr 2). Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG hat jedoch die Beigeladene eine solche Entscheidung der Beklagten nicht bekanntgegeben. Folglich kann der Kläger, wenn die übrigen Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung des Alg vorliegen, nur dann einen Anspruch auf diese Leistung haben, wenn die in der Rahmenfrist ausgeübte Tätigkeit als alleiniger Geschäftsführer beitragspflichtig iS des § 168 AFG war.

Beitragspflichtig sind nach dieser Vorschrift Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer). Arbeitnehmer in diesem Sinne ist, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Das bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Auch wenn das Weisungsrecht vor allem bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein kann, darf es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen.

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch die Frage, ob die Tätigkeit des Geschäftsführers einer GmbH, dessen Organstellung allein eine Abhängigkeit gegenüber der Gesell-



schaft bzw den Gesellschaftern nicht ausschließt (BSGE 13, 196, 200 = SozR Nr 5 zu § 1 AVG aF), eine abhängige und deshalb beitragspflichtige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit ist. Ist der Geschäftsführer, wie das hier der Fall ist, am Kapital der Gesellschaft beteiligt, ist der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Denn wer kraft seiner Gesellschafterrechte die für das Arbeitnehmerverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann, kann nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein. Für GmbH-Gesellschafter, die über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen und damit einen maßgebenden Einfluß auf deren Entscheidungen besitzen, hat die Rechtsprechung grundsätzlich ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH verneint (BSGE 23, 83, 84 f = SozR Nr 41 zu § 537a RVO; BSG SozR Nr 30 zu § 539 RVO; BSG BB 1975, 282 = USK 74139 = Beiträge 1975, 60 = Rentenversicherung 1975, 151; BSGE 42, 1, 2 = SozR 2200 § 723 Nr 1).

Hier war jedoch der Kläger nur zu einem Siebtel am Stammkapital beteiligt. Ob er aufgrund seiner Kapitalbeteiligung in der Lage war, ihm nicht genehme Gesellschafterbeschlüsse zu verhindern und damit einen entscheidenden Einfluß auf die Gesellschaft auszuüben, hat das LSG nicht festgestellt, weil es davon ausgegangen ist, die tatsächliche Ausgestaltung der Verhältnisse unter den Eheleuten sei hier entscheidend und nicht die Rechtsgestaltung aufgrund des Gesellschafts- und des Anstellungsvertrages. Es hat dabei zutreffend beachtet, daß die Selbständigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers nicht nur dann gegeben ist, wenn er gerade über seine kapitalmäßige Beteiligung an der Gesellschaft dort einen entscheidenden Einfluß auszuüben vermag. Für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses genügt nämlich nicht, daß der zu Dienstleistungen Verpflichtete überhaupt an Weisungen irgendwelcher Art gebunden ist. 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. Ist der Geschäftsführer lediglich bei bestimmten wichtigeren Geschäften in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt, ohne einem für die persönliche Abhängigkeit ausschlaggebenden Direktionsrecht der Gesellschaft in bezug auf die Ausführung seiner Arbeiten unterworfen zu sein, liegt eine abhängige Beschäftigung nicht vor. Ausschlaggebend ist daher, ob der Geschäftsführer seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten kann (BSGE 13, 196, 199 ff = SozR Nr 5 zu § 1 AVG aF; BSGE 38, 53, 58 = SozR 4600 § 56 Nr 1; BSG SozR Nr 22 zu § 3 AFG). Das hat zur Folge, daß nicht nur bei einem Geschäftsführer, der über weniger als 50 vH des Stammkapitals verfügt (BSGE 13, 196, 199 = SozR Nr 5 zu § 1 AFG aF; BSG SozR Nr 68 zu § 165 RVO; BSGE 38, 53, 58 = SozR 4600 § 56 Nr 1), sondern selbst bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse gegebenenfalls so liegen, daß Selbständigkeit angenommen werden muß (BSG SozR 2100 § 7 Nr 7).



Indessen lassen die tatsächlichen Feststellungen des LSG eine abschließende Entscheidung darüber, ob der Kläger tatsächlich seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten konnte, so daß er als Selbständiger anzusehen war, nicht zu. Hierfür spricht zwar der Umstand, daß er im Erörterungstermin erklärt hat, er sei so frei gewesen, als habe er sein eigenes Geschäft gehabt. Dem steht jedoch gegenüber, daß der Kläger bei der Entlassung und Neueinstellung von allen Arbeitnehmern der Zustimmung der Mitgesellschafterin bedurfte, was im allgemeinen - soweit es sich nicht um leitende Angestellte handelt - dem Geschäftsführer selbst dann überlassen bleibt, wenn er keine Kapitalbeteiligung hat. Auch die vertragliche Arbeitszeitgestaltung ist, sieht man einmal von der Überstundenregelung ab, ebenso wie die Entgeltregelung auf eine weisungsgebundene Arbeitnehmertätigkeit zugeschnitten. Das hat das LSG ebensowenig gewürdigt wie den Umstand, daß der Kläger nach seinen Angaben im Erörterungstermin, auf die sich das LSG ebenso berufen hat wie auf die Angaben im Fragebogen vom 14. Januar 1983, erklärt hat, seine Ehefrau habe von ihren Rechten als Mitgesellschafterin auch Gebrauch gemacht, da er früher in der GmbH G. & K. Verluste gemacht habe. Sie habe sich gestraubt, daß er alles das allein weiterführe. Um welche Rechte es sich gehandelt und wie die Ehefrau des Klägers diese ausgeübt hat, läßt sich den tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht entnehmen. Es ist daher nicht auszuschließen, daß der Kläger aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten einem für seine persönliche Abhängigkeit ausschlaggebenden Direktionsrecht seiner Ehefrau unterworfen war. Deshalb bedarf es auch weiterer Ermittlungen dahin, von welchen Rechten die Ehefrau des Klägers insoweit Gebrauch gemacht hat und wie sich dies auf seine persönliche Abhängigkeit hinsichtlich seiner Tätigkeit für die Gesellschaft ausgewirkt hat. Soweit sich das LSG darauf beruft, daß der Kläger als gelernter Heizungsmonteur gegenüber seiner Ehefrau als Mitgesellschafterin über die größere Sachkunde verfügt haben dürfte, handelt es sich um eine Vermutung und damit nicht um eine tatsächliche Feststellung, auf die sich die Rechtsauffassung des LSG gründen kann. Abgesehen davon reicht der Umstand, daß der Kläger möglicherweise seiner Ehefrau fachlich überlegen war, nicht aus, um den Schluß zu rechtfertigen, daß er keinerlei Weisungen seiner Ehefrau unterworfen war (BSG SozR 2100 § 7 Nr 7). Im übrigen könnte es für die Frage, welchen Einfluß die Ehefrau des Klägers auf seine Selbständigkeit gehabt hat, auch von Bedeutung sein, daß die Ehefrau in dem Betrieb der GmbH als Buchhalterin tätig war und damit für sie die Möglichkeit bestanden hat, unmittelbar auf die Geschäftsführung des Klägers Einfluß zu nehmen. Auch insoweit bedarf es noch weiterer Ermittlungen.

Da der Senat diese Ermittlungen nicht selbst durchführen kann, muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache gemäß § 170 Abs 2 SGG an das LSG zurückverwiesen werden, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird.

