

L 9 KR 84/13

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
9
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 208 KR 2120/09
Datum
16.01.2013
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 9 KR 84/13
Datum
07.01.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Ein GmbH-Gesellschafter, der 50 % des Stammkapitals hält und aufgrund eines Arbeitsvertrages in der Gesellschaft mitarbeitet, aber nicht zum Geschäftsführer bestellt ist, übt eine Beschäftigung i.S.v. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) aus.

2. Im Rahmen der Statusprüfung geht es bei der Prüfung, ob die „tatsächlichen“ Verhältnisse von den vertraglichen Regelungen abweichen, nicht um eine wie auch immer geartete Konkurrenz tatsächlicher und rechtlichen Umstände, sondern um das Verhältnis rechtlicher Aspekte zueinander.

3. Die tatsächlichen Verhältnisse sind nur insoweit für die Statusprüfung von Bedeutung, als sie sich im Bereich des rechtlich Zulässigen bewegen. Strafbares Verhalten darf daher nicht berücksichtigt werden.

Das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 16. Januar 2013 und der Bescheid der Beklagten vom 19. Juni 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. November 2009 werden geändert. Es wird festgestellt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 2. Januar 2009 bis zum 15. Dezember 2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers im Klageverfahren zur Hälfte und im Berufungsverfahren in vollem Umfang. Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung seiner Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung für die Zeit vom 2. Januar 2009 bis zum 15. Dezember 2010.

Die Beigeladene zu 1) wurde als M Raumdesign GmbH durch J M im Jahr 2006 gegründet. Gegenstand des Unternehmens sind seit Ende 2008 Maler- und Fußbodenverlegearbeiten sowie Gebäudereinigungsleistungen (§ 2 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages). Darüber hinaus enthält der Gesellschaftsvertrag u.a. folgende Regelungen:

"§ 5 Geschäftsführer

1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. 2. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich vertreten oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt dieser die Gesellschaft allein.

3. Einzelnen Geschäftsführern kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung alleinige Vertretungsbefugnis und/oder Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) erteilt werden.

§ 6 Gesellschafterversammlung, Gesellschafterbeschlüsse

1. Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Gesellschafterversammlungen mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt, wobei je EUR 50,- eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren, es sei denn, das Gesetz oder dieser Gesellschaftsvertrag schreiben etwas anderes vor. Sie können, soweit nicht zwingendes Recht eine andere Form vorschreibt, auch durch schriftliche (auch Telefax), fernschriftliche, telegraphische oder mündliche, auch fernmündliche, Abstimmung gefaßt werden, wenn sich jeder Gesellschafter an der Abstimmung beteiligt und mit dieser Art der Beschlussfassung einverstanden ist.

4. Die Gesellschafter können sich durch den Ehegatten, einen anderen Gesellschafter oder einen zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Dritten vertreten lassen. Die Bevollmächtigung ist auf Verlangen durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht nachzuweisen. Die Gesellschafterversammlung ist beschlußfähig, wenn mindestens 2/3 des Stammkapitals vertreten sind. Fehlt es daran, so ist innerhalb von vier Wochen eine neue Versammlung mit gleicher Tagesordnung einzuberufen, die immer beschlußfähig ist, worauf in der Ladung hinzuweisen ist.

§ 9 Gewinnverteilung

Ausschüttungsfähige Gewinne sind voll an die Gesellschafter auszuschütten, soweit die Gesellschafter nicht einstimmig etwas anderes beschließen."

Am 21. November 2008 erwarb der Kläger von Herrn M die Hälfte der Geschäftsanteile der Beigeladenen zu 1); zugleich wurde ihm Einzelprokura erteilt. Am 22. Dezember 2008 schlossen der Kläger und die Beigeladene zu 1) einen Arbeitsvertrag mit u.a. folgendem Inhalt:

"§ 1 Beginn des Arbeitsverhältnisses

(1) Der Mitarbeiter tritt am 02.01.2009 auf unbestimmte Zeit in die Dienste des Unternehmens. (2) Die Einstellung erfolgt unter der Bedingung, dass der Mitarbeiter nach dem Ergebnis der Einstellungsuntersuchung durch den Vertrauens-/Betriebsarzt für die geschuldete Tätigkeit geeignet ist.

§ 2 Probezeit

Die ersten drei Monate gelten als Probezeit. Während des ersten Monats kann das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einer Frist von einer Woche gekündigt werden, danach mit einer Frist von zwei Wochen zum Schluss eines Kalendermonats, soweit nicht gesetzliche oder die Vertragspartei bindende tarifvertragliche Regelungen dem unabdingbar entgegen stehen. In diesen Fällen geltend die unabdingbaren gesetzlichen oder tarifvertraglichen Fristen.

§ 3 Tätigkeit

(1) Der Mitarbeiter wird eingestellt als Reinigungskraft mit Vorarbeiteraufgaben. Er wird mit allen einschlägigen Arbeiten nach näherer Anweisung der Geschäftsführung und seiner/ihrer sonstigen Vorgesetzten beschäftigt. (2) Der Mitarbeiter verpflichtet sich, die übertragenen Aufgaben sorgfältig auszuführen.

§ 4 Zuweisung anderer Tätigkeiten/Versetzung

(1) Das Unternehmen ist berechtigt, dem Mitarbeiter anderweitige, seinen Fähigkeiten entsprechende gleichwertige, geringerwertige oder höherwertige Tätigkeiten zu übertragen. Die Zuweisung anderer gleichwertiger oder geringerwertiger Tätigkeiten hat keinen Einfluss auf die vereinbarte Vergütung. Bei der Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit richtet sich die Vergütung ab dem sechsten Monat der Übertragung nach der Vergütung, die für die höherwertige Tätigkeit üblich ist. (2) Aus dringenden betrieblichen Gründen ist der Mitarbeiter auf Verlangen des Unternehmens verpflichtet, vorübergehend außerhalb des vereinbarten Tätigkeitsbereichs zumutbare Arbeiten, auch an einem anderen Ort, zu leisten. Vorübergehend ist ein Zeitraum von nicht mehr als einem Monat. (3) Das Arbeitsverhältnis bezieht sich nicht auf eine Tätigkeit an einem festen Ort. Das Unternehmen behält sich vor, den Mitarbeiter an irgendeiner Baustelle des Unternehmens einzusetzen, wobei das Unternehmen den Einsatz auf einer Baustelle, die sich in einer Entfernung von mehr als fünfzig Kilometer von Berlin und A befindet, nur unter Abwägung der betrieblichen und der persönlichen Belange des Mitarbeiters erfolgen wird.

§ 5 Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 22 Stunden wöchentlich. (2) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen richten sich nach den Vorgaben des Arbeitgebers und den betrieblichen Notwendigkeiten. (3) Der Mitarbeiter ist verpflichtet, aus dringenden betrieblichen Gründen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen, vorübergehende Mehr- und Überarbeit zu leisten.

§ 6 Vergütung

(1) Der Mitarbeiter erhält eine Vergütung von EUR 1.800,00 monatlich."

Der Kläger erhielt von der Beigeladenen zu 1) im Dezember 2009 Weihnachtsgeld i.H.v. 5.000.- Euro und ab Januar 2010 ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt von 2.150,- Euro. Ab Oktober 2010 wurden ihm monatlich 2.791,- Euro brutto gezahlt und ein Dienstfahrzeug gestellt, welches als Sachbezug i.H.v. 641,- Euro "dem Gehalt angerechnet" wurde. Einziger Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) war bis zu seinem Tod am 16. Dezember 2010 der Mitgesellschafter M. Seit diesem Tag ist der Kläger (alleiniger) Geschäftsführer.

Darüber hinaus waren der Kläger und Herr M auch Gesellschafter der "H GbR" mit einem jeweiligen Geschäftsanteil von 50 Prozent. Für diese GbR arbeitete der Kläger ca. 18 Stunden wöchentlich und erhielt im Jahr 2009 eine Vergütung von (12 x 2.000.- Euro =) 24.000.- Euro. Im Jahr 2010 bezog er von der GbR bis November 2.500.- Euro, im Dezember nur noch 1.500.- Euro monatlich.

In einem Vordruck zur "Feststellung zur versicherungsrechtlichen Beurteilung" gaben der Kläger und die Beigeladene zu 1) übereinstimmend an, dass - der Kläger nicht als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter/Betriebsangehöriger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge, - das Weisungsrecht von der Gesellschaft in der Praxis tatsächlich laufend ausgeübt werde, - er seine Tätigkeit in der Gesellschaft nicht frei bestimmen und gestalten könne, - er nicht selbständig Personal einstellen und/oder entlassen könne.

Mit Bescheid vom 19. Juni 2009 stellte die Beklagte fest, dass für die "Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter" der Beigeladenen zu 1) ab

dem 2. Januar 2009 keine Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie zur Arbeitsförderung bestehe. Weil der Kläger zu 50 Prozent am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) beteiligt sei, könne er Gesellschafterbeschlüsse verhindern, besitze eine Sperrminorität und übe dadurch maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen zu 1) aus. Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 19. November 2009 zurück.

Mit Urteil vom 16. Januar 2013 hat das Sozialgericht die nachträglich auf die Zeit bis zum 15. Dezember 2010 beschränkte Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die in der Rechtsprechung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit bei Gesellschaftern/Geschäftsführern entwickelten Kriterien seien nicht vollständig auf die Tätigkeit des mitarbeitenden Gesellschafters zu übertragen. Weil der Kläger im fraglichen Zeitraum zwar die Hälfte des Stammkapitals der Beigeladenen zu 1) gehalten habe, jedoch nicht Geschäftsführer gewesen sei, sei eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen. Weil der Kläger als mitarbeitender Gesellschafter, der nicht zugleich auch Geschäftsführer sei, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft nicht aufheben oder abschwächen könne, spreche zunächst einiges für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) könne aber eine rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne dennoch ausscheide. Dies sei anhand einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Eine solche Überlagerung durch die tatsächlichen Verhältnisse sei nach Auffassung der Kammer im vorliegenden Fall gegeben. Gegen den Willen des Klägers könnten Gesellschaftsbeschlüsse nicht gefasst werden. Der geschäftliche Erfolg oder Misserfolg der Beigeladenen zu 1) wirke sich unmittelbar auf den Kläger aus, da ihm das Unternehmen zur Hälfte gehöre. Auch wenn er glaubhaft versichert habe, während des streitgegenständlichen Zeitraums über seine Gesellschafterstellung in keiner Weise Einfluss auf die Geschäftsführung genommen und die geschäftliche Seite vollständig Herrn M überlassen zu haben, ändere dies nichts daran, dass ihm im Konfliktfall eine entsprechende Rechtsmacht zugekommen wäre. Dies könne durch die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern nicht entkräftet werden. Für eine Abbedingung der durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumten Rechtsposition sei nichts ersichtlich. Einem Gesellschafter, dem 50 Prozent der Anteile gehörten, stünden, anders als anderen Mitarbeitern, durchaus Mittel und Wege zur Verfügung, seine Kündigung oder ihm unliebsame Weisungen zu verhindern. Denkbar wäre beispielsweise, dass er jegliche Beschlüsse der Gesellschafter verhindere, die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft damit gefährde oder sein Kapital aus der Gesellschaft ziehe. Dem Kläger habe damit grundsätzlich eine gewisse Macht zugestanden, auf die Entscheidung des Geschäftsführers einzuwirken. Ungeachtet dessen sei der Kläger für die Tätigkeit "vor Ort" allein zuständig gewesen. Insoweit habe ihm Herr M vertraut, auch was die Einschätzung der Mitarbeiter und eine gegebenenfalls erforderliche Kündigung betreffe. Für eine Selbständigkeit spreche weiter, dass sich die Tätigkeit des Klägers in einigen Punkten von der der übrigen Mitarbeiter unterschieden habe. So seien seine Überstunden nicht vergütet oder mit Freizeit abgegolten worden. Gerade bei selbständigen Unternehmern könne eine feste wöchentliche Arbeitszeit nicht eingehalten werden und je nach Arbeitsanfall fielen Überstunden an. Dass der Kläger dies für selbstverständlich halte, zeige, dass er die Leistung für sein eigenes Unternehmen erbracht habe. Der gemeinsam mit Herrn M getroffene Entschluss, ein Unternehmen gemeinsam zu führen und die Arbeit den entsprechenden jeweiligen Kompetenzen nach zu verteilen, spreche ebenfalls für eine Selbständigkeit.

Gegen dieses ihm am 18. Februar 2013 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung des Klägers vom 18. März 2013, zu deren Begründung er vorbringt: Das Sozialgericht habe die Umstände zur Feststellung der abhängigen Beschäftigung nicht in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt. Soweit es davon ausgehe, dass er aufgrund seiner 50%igen Gesellschafterstellung Mittel und Wege gehabt habe, um Weisungen oder andere unliebsame Entscheidungen zu verhindern, verkenne es, dass diese Möglichkeiten jedem Gesellschafter mit einem 50%igen Gesellschaftsanteil zustünden. Dass er – der Kläger – Einschätzungen für die Arbeit von Mitarbeitern oder über potentielle Mitarbeiter gegenüber dem Geschäftsführer abgebe, resultiere aus seiner Stellung als Vorarbeiter. Dass Überstunden geleistet, aber nicht gesondert vergütet würden, sei gerade bei leitenden Mitarbeitern üblich. Im Übrigen habe es seinem Willen entsprochen, dass Herr M leitend tätig werde. Er habe jemanden über sich haben wollen, der die Verantwortung übernehme, und habe selbst nur die handwerklichen Arbeiten erledigen wollen.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 16. Januar 2013 und den Bescheid der Beklagten vom 19. Juni 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. November 2009 aufzuheben und festzustellen, dass er in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 2. Januar 2009 bis zum 15. Dezember 2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladenen äußern sich nicht und stellen keine Anträge.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten, die dem Senat vorgelegen hat, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat durfte durch den Berichterstatter und ohne mündliche Verhandlung entscheiden, nachdem alle Beteiligten dem zugestimmt haben (§ 155 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3; [§ 153 Abs. 1](#) i.V.m. [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG).

Die Berufung ist zulässig und begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Die Bescheide der Beklagten sind rechtswidrig, weil der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 2. Januar 2009 bis zum 15. Dezember 2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

I. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5

Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Fünftes Buch - SGB V), in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Sechstes Buch), in der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Elftes Buch) und nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch / Drittes Buch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch - SGB IV](#). Beschäftigung ist danach die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach Satz 2 dieser Vorschrift eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Eine Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung des BSG seit dem Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, und des Senats, vgl. Urteil vom 20. November 2013 - [L 9 KR 294/11](#) -; jeweils juris).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als "nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis" i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert - wie oben unter 1. beschrieben - eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d.h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb - der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend - voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) -, juris).

II. Hieran gemessen übte der Kläger im noch streitgegenständlichen Zeitraum aufgrund seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) eine Versicherungspflicht begründende Beschäftigung aus.

1. Zu Recht ist zwischen den Beteiligten nicht umstritten, dass die Vereinbarungen im "Arbeitsvertrag" vom 22. Dezember 2008 in jeder Hinsicht für eine Beschäftigung i.S.v. [§ 7 Abs. 1 SGB V](#) sprechen. Der Kläger war verpflichtet, "nach näherer Anweisung der Geschäftsführung" (§ 3 Abs. 2 Satz 2 des Arbeitsvertrags) zu arbeiten, während die Beigeladene zu 1) berechtigt war, ihm "anderweitige, seinen Fähigkeiten entsprechende gleichwertige, geringerwertige oder höherwertige Tätigkeiten zu übertragen", ohne dass dies zunächst Einfluss auf die vereinbarte Vergütung hätte (§ 4 Abs. 1 Sätze 1 und 2 des Arbeitsvertrages). "Aus dringenden betrieblichen Gründen" war der Kläger sogar verpflichtet, "vorübergehend außerhalb des vereinbarten Tätigkeitsbereichs zumutbare Arbeiten, auch an einem anderen Ort, zu leisten" (§ 4 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags). Der Kläger durfte auch grundsätzlich an jeder beliebigen Baustelle des Unternehmens eingesetzt werden (§ 4 Abs. 3 des Arbeitsvertrags). Innerhalb der vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit gab im Wesentlichen die Beigeladene zu 1) "Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen" vor. Deutlicher kann eine Weisungsunterworfenheit nicht vereinbart werden. Hinzutreten weitere beschäftigungstypische vertragliche Regelungen, wie eine feste monatliche Vergütung, Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Urlaub, Urlaubsgeld und Probezeit. Die gesamte Vertragsgestaltung einschließlich der Bezeichnung ("Arbeitsvertrag") lässt den unzweideutigen Entschluss der Vertragsparteien erkennen, ein Arbeitsverhältnis und somit eine Beschäftigung begründen zu wollen.

2. Die arbeitsvertraglich begründete Weisungsgebundenheit des Klägers wird durch gesellschaftsrechtliche Umstände nicht eingeschränkt oder gar aufgehoben. Zwar verfügt der Kläger aufgrund des gleichen Gewichts aller Stimmen (§ 6 Nr. 1 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags) im Hinblick auf seine Geschäftsanteile über die Rechtsmacht, ihm als Gesellschafter nicht genehme Beschlüsse der Gesellschaftsversammlung zu verhindern. Vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ist die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Arbeitnehmer der GmbH jedoch Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#) -, juris, m.w.N.). Weil der Gesellschaftsvertrag das Weisungsrecht des Geschäftsführers nicht einschränkt, ist das Sozialgericht daher zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger als mitarbeitender GmbH-Gesellschafter ohne Geschäftsführerstellung rechtlich Weisungen des Geschäftsführers, Herrn M, an sich nicht verhindern konnte.

3. Die rechtlich bestehende Abhängigkeit wird nicht durch tatsächliche Verhältnisse überlagert.

a. Der Senat teilt bereits nicht die Rechtsauffassung des Sozialgerichts, die rechtlich bestehende Abhängigkeit könne grundsätzlich durch die tatsächlichen Verhältnisse überlagert werden.

Soweit sich das Sozialgericht hierfür auf ältere Rechtsprechung des BSG bezieht (Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#) -, juris) bezieht,

bleibt unberücksichtigt, dass der 12. Senat des BSG in der Folgezeit seine Rechtsprechung zum Verhältnis von vertraglichen Vereinbarungen und hiervon abweichender Handhabung in dem unter I. dargestellten Sinne präzisiert hat (vgl. BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) -, juris). Weichen die tatsächlichen Verhältnisse von den (in der Regel schriftlichen) vertraglichen Regelungen ab, sind sie daher nur dann maßgebend, wenn eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Hierbei geht es indes nicht "um eine wie auch immer geartete Konkurrenz tatsächlicher und rechtlichen Umstände", sondern um das Verhältnis rechtlicher Aspekte zueinander (Berchtold, in: Knickrehm / Kreikebohm / Waltermann Kommentar zum Sozialrecht, 4.A., [§ 7 SGB IV](#), Rd. 12). Soweit das BSG in der zuletzt genannten Entscheidung zu den tatsächlichen Verhältnissen auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht zählt, kann mit diesen "tatsächlichen Verhältnissen" also nicht die von vertraglichen Vereinbarungen abweichende Praxis (etwa die Nichtausübung des Weisungsrechts) gemeint sein, weil eine von den vertraglichen Vereinbarungen abweichende Rechtsmacht begrifflich nicht denkbar ist. Vor diesem Hintergrund kann es keine "tatsächlichen Umstände" geben, die die rechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien überlagern, verdrängen oder in anderer Weise relativieren (Berchtold, a.a.O.). Dies gilt umso mehr, als diese vermeintlichen "tatsächlichen Umstände" sich täglich ändern können, ohne dass dies einer Überprüfung durch die Sozialversicherungsbehörden oder die Gerichte zugänglich wäre. Daher stellt grundsätzlich jede Berücksichtigung solcher "tatsächlichen Umstände" die Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände in Frage. Es liegt jedoch im Interesse aller Beteiligten, der Versicherten und der Versicherungsträger, die Frage der Versicherungspflicht und der Versicherungsfreiheit schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil diese nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten des Sozialleistungsträgers und die Leistungsansprüche des Betroffenen von entscheidender Bedeutung sein kann (BSG, Urteile vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) und [B 12 R 14/10 R](#) -, juris, jeweils m.w.N.; ferner Urteile vom 11. November 2015 - [B 12 R 2/14 R](#), [B 12 KR 10/14 R](#) und [B 12 KR 13/14 R](#) -, bislang nur als Pressebericht veröffentlicht unter www.bsg.bund.de).

b. Jedenfalls lassen sich keine tatsächlichen Umstände feststellen, die die rechtlich bestehende Abhängigkeit überlagern könnten.

aa. Dass der Kläger die Hälfte des Stammkapitals hält, ist ein Umstand, der bei der Beurteilung der rechtlich bestehenden Abhängigkeit bereits berücksichtigt wurde. Er kann dieser daher nicht auf einer nachgelagerten Ebene entgegen gehalten werden. Erst recht nicht ist er den von den vertraglichen Regelungen abweichenden tatsächlichen Verhältnissen zuzurechnen.

bb. Der Hinweis, der geschäftliche (Miss-)Erfolg der Beigeladenen zu 1) wirke sich unmittelbar auf den Kläger aus, weil ihm das Unternehmen zur Hälfte gehöre, ist unerheblich. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich die Haftung des GmbH-Gesellschafters grundsätzlich auf die Einlage beschränkt (Emmerich/Bitter in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., [§ 13 GmbHG](#) Rd. 55f) und eine Nachschusspflicht gemäß § 26ff des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) im Gesellschaftsvertrag gerade nicht vorgesehen ist, sodass ein geschäftlicher Misserfolg der Beigeladenen zu 1) daher in der Regel nur zum Ausbleiben von Gewinnausschüttungen führt. Insbesondere aber lässt sich aus der vom Sozialgericht gesehenen Auswirkung auf den Kläger kein Unternehmerrisiko begründen. Denn der Kläger setzt seine Arbeitskraft nicht mit der Gefahr ein, hierfür keine Gegenleistung zu erhalten. Vielmehr sichert ihm der Arbeitsvertrag gerade ein Arbeitsentgelt unabhängig vom (Miss-)Erfolg der Beigeladenen zu 1) zu. Die finanziellen Risiken und Chancen durch seine hälftige Beteiligung an der Beigeladenen zu 1) wirken sich somit nicht anders aus als die Beteiligung an einer beliebigen anderen GmbH.

cc. Dem Kläger stehen – entgegen der Auffassung des Sozialgerichts – auch keine (rechtmäßigen) "Mittel und Wege" zur Verfügung, um Weisungen an sich zu verhindern. Das Sozialgericht ordnet insoweit die Möglichkeit des Klägers, durch die Verweigerung jeglicher Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1) oder durch die Drohung hiermit den Mitgesellschafter-Geschäftsführer zu einem Absehen von Weisungen zu "veranlassen", den aus seiner Sicht zu berücksichtigenden tatsächlichen Verhältnissen zu und misst ihr aufgrund dessen rechtliche Bedeutung bei. Dies ist nicht zulässig.

Die Rechtsansicht des Sozialgerichts lässt unbeachtet, dass die tatsächlichen Verhältnisse nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung des 12. Senats des BSG (s. die Darstellung unter I.) nur insoweit für die Statusprüfung von Bedeutung sind, als sie sich im Bereich des rechtlich Zulässigen bewegen. Es mag zwar in der alltäglichen Praxis innerhalb einer GmbH mit nur wenigen Gesellschaftern vorkommen, dass ein Gesellschafter Beschlüsse einzig und allein mit dem Ziel verhindert, ein ihm genehmes Verhalten der Mitgesellschafter, auf das er seinen Rechtsanspruch hat, zu erreichen. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass ein solcher Gesellschafter gegen die auch unter GmbH-Gesellschaftern bzw. zwischen dem einzelnen GmbH-Gesellschafter und der Gesellschaft bestehende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht (grundlegend: [BGHZ 65, 15](#)) verstieße. Auch wenn es sich bei der Treuepflicht nur "um eine allgemeine Charakterisierung der Gesellschafterstellung ohne spezifischen Aussagegehalt" handelt (Roth/Altmeppen GmbHG, 8.A., [§ 13 Rn. 31](#)), liegt es doch auf der Hand, dass ein Gesellschafter, der "in selbstsüchtiger oder gar erpresserischer Weise sachfremde Ziele durch die Geltendmachung von Gesellschafterrechten verfolgt, etwa um sich Sondervorteile zu erstreiten, indem er gezielt die Gesellschaft blockiert und behindert" (OLG Stuttgart, Urteil vom 08. Oktober 1999 - [20 U 59/99](#) -, Rn. 112, juris), treuwidrig und rechtsmissbräuchlich handelt (zur treupflichtwidrigen Ausübung eines Vetorechts: Karsten Schmidt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), [§ 47 GmbHG](#), Rn. 31). Eine Treupflichtverletzung durch missbräuchlichen Einsatz der eigenen Stimmrechtsmacht kann nicht nur Rechtsfolgen innerhalb der Gesellschaft – z.B. Schadensersatzansprüche oder den Ausschluss aus der Gesellschaft (Roth/Altmeppen a.a.O. Rn. 41ff; Emmerich/Bitter in: Scholz a.a.O., [§ 13 GmbHG](#) Rn. 47ff; jeweils m.w.N.) – auslösen, sondern auch den Tatbestand der Nötigung ([§ 240](#) Strafgesetzbuch) erfüllen. Wegen Treupflichtverletzung rechtswidrige oder gar strafbare Handlungsweisen können bei der Prüfung der Weisungsabhängigkeit indes keine Rolle spielen.

dd. Es ist auch nicht erkennbar, inwieweit der Umstand, dass der Kläger "vor Ort", d.h. auf den Baustellen, alleine zuständig war, von den o.g. vertraglichen Vereinbarungen abweicht. Dass ein rechtlich bestehendes Weisungsrecht durch die hierzu Befugten (hier den Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) nicht ausgeübt wurde, lässt es nach dem unter I. Gesagten nicht entfallen.

ee. Dass sich die Tätigkeit des Klägers als leitender Mitarbeiter von der anderer Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1) unterschied, lässt sich nicht bestreiten, vermag indes keine Selbständigkeit zu begründen. Ob das vom Sozialgericht in diesem Zusammenhang angeführte Beispiel nicht vergüteter Überstunden angesichts deren Üblichkeit schon bei leitenden Angestellten (also Beschäftigten i.S.v. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)) überhaupt als Differenzierungskriterium taugt, sei dahingestellt. Unbeachtet blieb jedenfalls, dass der vertraglich vereinbarte Anspruch auf Überstunden auch nach dem Vortrag der Klägerseite nicht abbedungen wurde, sondern offenkundig lediglich nicht geltend gemacht wurde. Auch insoweit muss jedoch gelten, dass der Umstand, dass ein Recht nicht ausgeübt wird, im Rahmen der Statusprüfung ohne Belang ist.

III. Der Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Krankenversicherung steht im Hinblick auf [§ 5 Abs. 5 SGB V](#) seine anderweitige Tätigkeit im noch streitgegenständlichen Zeitraum nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift (in ihrer 2009 und 2010 geltenden Fassung) ist, wer hauptberuflich selbständig erwerbstätig ist, nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 (oder Nr. 5 bis 12) SGB V versicherungspflichtig,

1. Wann eine selbstständige Tätigkeit i.S.d. [§ 5 Abs. 5 SGB V](#) "hauptberuflich" ausgeübt wird, ist weder gesetzlich ausdrücklich bestimmt noch nach dem Wortsinn eindeutig. Jedoch hat das BSG in ständiger Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien (Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG), [BT-Drucks 11/2237, S. 159](#) zu [§ 5 Abs. 3 bis 9 SGB V](#)) Hauptberuflichkeit dann angenommen, wenn die selbstständige Tätigkeit von der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten zusammen übersteigt (BSG, Urteil vom 23. Juli 2014 – [B 12 KR 16/12 R](#) –, juris, m.w.N.).

2. Hieran gemessen war der Kläger im noch streitgegenständlichen Zeitraum nicht hauptberuflich selbständig erwerbstätig. Zum einen überwog die zeitliche Inanspruchnahme seiner Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) mit 22 Stunden wöchentlich (§ 5 Abs. 1 des Arbeitsvertrages) diejenige durch seine Tätigkeit für die o.g. GbR (18 Stunden wöchentlich). Zum anderen überwogen seine Einnahmen aus der Beschäftigung die aus der selbständigen Tätigkeit für die GbR.

Im Jahre 2009 erzielte der Kläger im Rahmen seiner Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) Arbeitsentgelt i.H.v. (12 x 1.800,- Euro + 5.000,- Euro (Weihnachtsgeld) =) 26.600,- Euro. Dem standen Einkünfte aus der GbR-Tätigkeit i.H.v. (12 x 2.000,- Euro =) 24.000,- Euro gegenüber. Soweit der Kläger das von der Beigeladenen zu 1) gezahlte Arbeitsentgelt als "monatliches Nettogehalt von 1.800,- Euro" bzw. (für die Zeit ab Januar 2010) 2.150,- Euro angeben hat, handelt es sich offenkundig um eine versehentliche Falschbezeichnung. Denn sowohl nach dem Arbeitsvertrag vom 22. Dezember 2008 als auch nach den eingereichten Gehaltsabrechnungen handelt es sich bei den genannten Beträgen um Bruttobeträge. Im Jahre 2010 erzielte der Kläger im Rahmen seiner Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) Arbeitsentgelt i.H.v. (9 x 2.150,- Euro + 3 x 2.791,- Euro + 3 x 641,- Euro (Dienstfahrzeug als Sachbezug) =) 29.646,- Euro. Dem standen Einkünfte aus der GbR-Tätigkeit i.H.v. (11 x 2.500,- Euro + 1 x 1.500 Euro =) 29.000,- Euro gegenüber.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und entspricht dem Ausgang des Rechtsstreits. Die Kosten der Beigeladenen sind gemäß [§ 193 Abs. 4 SGG](#) nicht erstattungsfähig, da sie zu den Gebührenpflichtigen nach [§ 184 Abs. 1 SGG](#) zählen.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe im Sinne von [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2016-03-16