L 9 KR 13/13

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
9
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 89 KR 1934/09
Datum
09.11.2012
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 9 KR 13/13
Datum
05.12.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 9. November 2012 geändert. Die Bescheide der Beklagten vom 23. Januar 2009 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 30. Oktober 2009 in der Gestalt der Änderungsbescheide vom 20. Januar 2011 werden aufgehoben, soweit diese Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung über den 31. Dezember 2009 hinaus für den Kläger zu 1. feststellen. Im Übrigen werden die Klagen der Kläger abgewiesen. Die Beklagte trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 1/4 mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligen streiten über die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung für die Tätigkeit, die der Kläger zu 1. (Kläger) ab dem 01. Juni 2007 bis zum 31. Dezember 2009 für die Klägerin zu 2. (Klägerin) verrichtete.

Die Klägerin ist ein Unternehmen, das die Vermittlung von Immobilienfinanzierungen und weiterer damit verbundener Finanzdienstleistungen sowie den Betrieb elektronischer Finanzierungsplattformen unterhält. Sie entstand durch Umwandlung der in die (undatierter Gesellschaftsvertrag, nach dem Handelsregister vom 25. Juli 2006). Die wurde ihrerseits durch Übertragung ihres Vermögens aufgrund Verschmelzungsvertrags vom 11. August 2009 als Ganzes in die verschmolzen.

Nach dem Gesellschaftsvertrag (der vom 25. Juli 2006 – im Folgenden: GV) war persönlich haftende Gesellschafterin der KG die die ihrerseits keine Kapitaleinlage erbrachte und am Ergebnis und am Vermögen der Gesellschaft nicht beteiligt war. Von der Stammeinlage der übernahm Herr 25.0000 Euro in bar (undatierter Gesellschaftsvertrag – GV –, eingereicht mit notariellem Vertrag vom 20. März 2017). Die drei Kommanditisten der waren im Jahr 2006 Herr (Kommanditeinlage in Höhe von 5.000 Euro), Herr (Kommanditeinlage in Höhe von 7.500 Euro) und Herr (Kommanditeinlage in Höhe von 12.500 Euro, § 4 GV). Für jeden Kommanditisten wurde ein festes Kapitalkonto, das die Höhe der Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen wiedergab, errichtet (§ 5 Abs. 1 GV) sowie ein Privatkonto, über das sich der Verrechnungsverkehr zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern vollzog (§ 5 Abs. 3 des GV), im Bedarfsfall ein Verlustvortragskonto für jeden Gesellschafter (§ 5 Abs. 2 GV). Ferner wurde bei der Gesellschaft ein gesamthänderisch gebundenes, globales Rücklagekonto geführt, welches aus Gewinnen gespeist wurde. Über die Zuführung von Teilen des Jahresüberschusses zu dem Rücklagekonto entschied die Gesellschafterversammlung (§ 5 Abs. 4 GV). Zur Geschäftsführung und Vertretung der KG war die Komplementärin nach dem Vertrag allein berechtigt und verpflichtet (§ 7 Abs. 1 GV). Zur Vornahme von Geschäften und Rechtshandlungen, die über den üblichen Rahmen des Geschäftsbetriebes hinausgingen, war die Einwilligung der Gesellschafterversammlung erforderlich, dies galt insbesondere für einzelne näher bestimmte Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte (§ 7 Abs. 3 GV). Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der KG bedurften zur ihrer Wirksamkeit einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sofern nicht eine höhere Mehrheit durch den Vertrag oder das Gesetz vorgeschrieben war (§ 10 Abs. 6 GV). Die Versammlung war nur dann beschlussfähig, wenn in der ordnungsgemäß geladenen Versammlung mehr als 70 % des Kommanditkapitals vertreten waren; bei Beschlussunfähigkeit sollte eine neue Gesellschafterversammlung mit derselben Tagesordnung innerhalb einer Frist von 2 Wochen einberufen werden, die dann ohne Rücksicht auf das vertretene Kapital beschlussfähig war (§ 10 Abs. 3 GV). Dabei gewährte je 1.000 Euro Festkapitaleinlage oder Kommanditeinlage eine Stimme (§ 10 Abs. 5 GV). Der nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 zu ermittelnde Gewinn oder Verlust wurde im Verhältnis der festen Kapitalkonten (nach § 5 GV), d.h. nach der Höhe der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, an die Gesellschafter, verteilt. Die persönlich haftende Gesellschafterin nahm nicht am Verlust der Gesellschaft teil (§ 15 Abs. 3 GV). Verbleibende Verluste wurden auf Verlustvortragskonten, Gewinne auf Privatkonten der Gesellschafter gebucht, soweit nicht Verlustvortragskonten auszugleichen waren (§ 15 Abs. 4 GV).

Nach der Ergänzung zum GV vom 31. Mai 2017 trat u.a. der Kläger als Kommanditist mit einer Kommanditeinlage von 625,00 Euro neben

drei weiteren neuen Kommanditisten in die Gesellschaft ein. Deren Kommanditeinlagen beliefen sich auf 2.500 Euro (Herr) sowie 2 x je 625 Euro (Herr und Frau). Außerdem erhöhte der Kommanditist seine bestehende Einlage von 5.000 auf 10.000 Euro. Gemäß einer ergänzenden Regelung zu § 4 GV wurde für "tätige Kommanditisten", auch für den Kläger, ein Gewinnvorab pro Jahr festgelegt, für den Kläger in Höhe von 30.000 Euro (§ 4 Abs. 4 GV). Der Gewinnvorab sollte im Wege der Ergebnisverwendung aus dem Bilanzgewinn verteilt werden. Er sollte kein Sonderentgelt darstellen und im Rahmen der Gewinnverteilung in der Handelsbilanz nicht als Aufwand behandelt werden (Änderung § 4 Abs. 5 Sätze 3 und 4 des GV). Die Änderung des Gesellschaftsvertrags wurde am 11. Juli 2007 in das Handelsregister eingetragen. Nach der weiteren Änderung des GV zu § 4 vom 20. März 2007 sollten Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden, für bestimme Rechtshandlungen, z.B. die Berufung von Geschäftsführern, war eine Beschlussfassung mit 75 % der Stimmen des Gesellschaftskapitals notwendig. Nach der Gesellschafterversammlung am 06. Juni 2007 wurde der Gewinnvorab für 2007 für die vier anderen Kommanditisten und den Kläger unverändert festgesetzt, für den Kläger damit auf 30.000 Euro. Ferner wurde in § 4 Abs. 6 GV die Bestimmung aufgenommen, wonach u.a. der Kläger als Kommanditist entsprechend seiner Fähigkeiten und Fertigkeiten zur Mitarbeit in der Gesellschaft verpflichtet war. Diese Mitarbeit war Voraussetzung für die Zahlung des Vorabgewinns. Nach § 4 Abs. 5 GV wurde zum Gewinnvorab folgende ergänzende Regelung aufgenommen: "Der Gewinnvorab bleibt ungekürzt, wenn der Bilanzgewinn mehr als 120.000 Euro beträgt. Beträgt der Bilanzgewinn zwischen 70.000 Euro und 120.000 Euro so wird zunächst der Gewinnvorab von Bernd Schulz 42.000 Euro Steffen Riedel 42.000 Euro 30.000 Euro voll berücksichtigt.

Der restliche Bilanzgewinn entfällt auf [...]

"Beträgt der Bilanzgewinn unter 70.000 Euro so wird zunächst der Gewinnvorab von

42.000 Euro 42.000 Euro 30.000 Euro

voll berücksichtigt. Der restliche Bilanzgewinn entfällt auf [...]"

Die Änderung des GV vom 12. Dezember 2007 legte den Gewinnvorab für 2008 für den Kläger unverändert fest und sah für den Fall eines Bilanzgewinns, der zwischen 70.000 Euro und 120.000 Euro lag, eine abweichende Reihenfolge der Berücksichtigung des Vorab im Vergleich zu 2007 vor. Voll berücksichtigt wurde zunächst der Gewinnvorab von 42.000 Euro 30.000 Euro Der restliche Bilanzgewinn entfiel auf und. Diese Regelung galt auch für den Fall, dass der Bilanzgewinn unter 70.000 Euro fiel mit dem Unterschied, dass und dann keinen Gewinnvorab erhielten.

Nach der Neuregelung zu § 15 Abs. 3 des GV vom 06. Juni 2007 ("Gewinnermittlung und -verteilung") sollte der verbleibende Gewinn gekürzt werden um den gezahlten Gewinnvorab. Einem verbleibendem Verlust sollte der gezahlte Gewinnvorab zugeschlagen werden. Nach § 15 Abs. 4 GV wurde der nach Abs. 3 verbleibende Gewinn oder Verlust im Verhältnis der festen Kapitalkonten auf die Gesellschafter verteilt. Dieser Gewinn oder Verlust wurde entweder auf dem Verlustkonto gebucht, Gewinnanteile wurden auf den Privatkonten gebucht, sofern nicht Verlustvortragskonten nach § 5 Abs. 2 GV auszugleichen waren.

Mit Beschluss vom 21. Dezember 2007 hob die Gesellschafterversammlung das Wettbewerbsverbot für die Gesellschafter (§ 23 des Vertrags) ersatzlos auf.

Der Kläger war ab Juni 2007 für die Klägerin für die Systemadministration, Pflege, Programmierung und Verwaltung der Datenbank, die Schulung und das Training von Kreditmitarbeitern, Büroorganisation und Buchhaltung, aber auch für die Vermittlung von Baufinanzierungen tätig. Er beantragte bei der Beklagten die Feststellung seiner für Klägerin ausgeübten Tätigkeit (04. August 2008) als mitarbeitender Kommanditist. Er habe keinen Arbeitsvertrag geschlossen, an der Komplementär-GmbH sei er nicht beteiligt, Geschäftsführer sei er nicht.

Auf die Anhörung der beiden Kläger teilte der Kläger am 15. Januar 2009 telefonisch mit, er erhalte einen Vorab-Gewinn von jährlich 30.000 Euro. Am Jahresende werde nicht geprüft, ob der Gewinn erwirtschaftet worden sei, eine Rückzahlung des Gewinnvorabs erfolge nicht.

Mit Bescheid 23. Januar 2009 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Klägers bei der Klägerin seit dem 01. Juli 2007 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Eine abhängige Beschäftigung zur GmbH & Co KG bestehe nicht, wenn Gesellschafter auf ihr eigenes Anstellungsverhältnis maßgeblichen Einfluss ausüben könnten. Dies könnten Gesellschafter-Geschäftsführer in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten der KG entweder aufgrund des Gesellschaftsvertrags oder als Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Die Gesellschafterstellung des Kommanditisten schließe ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zur KG aus, wenn er seine Mitarbeit in der Gesellschaft aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Regelung als persönlichen Beitrag zur Erreichung des Gesellschaftszwecks leiste. Hiervon sei in der Regel auszugehen, wenn nur im Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung und Berechtigung des Kommanditisten zur Mitarbeit in der Gesellschaft ggf. noch die ihm zustehende Vergütung festgelegt sei. Vorwegentnahmen eines Kommanditisten, die nicht nach seiner Mitarbeit, sondern entsprechend der Aufteilung des Gewinn und Verlustes abgestuft seien, seien kein Arbeitsentgelt i.S. des § 14 SGB Sozialgesetzbuch/Viertes Buch (SGB IV), wenn am Ende des Jahres kein Ausgleich nach der tatsächlich geleisteten Arbeit stattfinde. In allen übrigen Fällen schließe die Gesellschafterstellung des Kommanditisten die Beschäftigung nur dann aus, wenn er als Gesellschafter die Geschicke der KG, damit auch die Ausgestaltung seines Beschäftigungsverhältnisses, maßgebend beeinflussen könne. Maßgeblichen Einfluss habe der Kommanditist auch, wenn er über einen maßgeblichen Einfluss in der Komplementär-GmbH verfüge, der allein die Geschäftsführung übertragen sei. Nach den vorgelegten Unterlagen und Angaben der Beteiligten sei der Kläger an der Komplementärin nicht beteiligt. Er sei in seiner Tätigkeit für die KG zur Mitarbeit verpflichtet und habe dieser seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Er sei zwar nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden, dennoch überwiegten die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Die Kläger erhoben Widerspruch. Der Kläger habe seine Tätigkeit bereits zum 01. Juni 2007 aufgenommen. Seine Mitarbeit beruhe allein auf dem Gesellschaftsvertrag. Er erhalte einen Gewinnvorab in Höhe von jährlich 30.000 Euro, dieser werde monatlich in Höhe von 2.500 Euro ausgezahlt. Dieser Gewinnvorab bleibe ungekürzt, wenn der Bilanzgewinn mehr als 120.000 Euro betrage. Betrage dieser zwischen 70.0000 und 120.000 Euro, so werde zunächst der Vorabgewinn des Klägers vollständig berücksichtigt, das gelte auch, wenn der Bilanzgewinn unter 70.0000 Euro liege. Außerdem könnten auch Minderheits-Kommanditisten maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft haben. So sei die

Gesellschafterversammlung nur beschlussfähig, wenn 70 % des Kommanditkapitals vertreten seien. Außerdem beruhe seine Mitarbeit bei der Klägerin auf seiner herausragenden Branchen- und Fachkenntnis; Deshalb seien auch die übrigen Gesellschafter kaum in der Lage, ihm gegenüber fachliche Weisungen zu erteilen. Seine Tätigkeiten müssten nicht in den Geschäftsräumen der Klägerin durchgeführt werden. Er sei in der Gestaltung seiner Arbeit frei. Er trage ein erhebliches unternehmerisches Risiko, da er bei fehlendem Gewinn keine Vergütung für seine Mitarbeit erhalte und als Kommanditist für Verlust hafte. Außerdem sei er noch für andere Auftraggeber tätig. Steuerlich würde sein Einkommen als Vorabgewinn, also Einkunft aus einer Beteiligung, nicht als Einkunft aus unselbständiger Tätigkeit behandelt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 30. Oktober 2009 wies die Beklagte die Widersprüche zurück.

Die Kläger haben jeweils getrennt am 02. Dezember 2009 (Kläger) und 03. Dezember 2009 (Klägerin) Klage zum Sozialgericht Berlin (SG) erhoben. Der Kläger sei seit 1994 selbständig tätig als Immobilienverkäufer bis 1999. Seither vermittle er selbständig Baufinanzierungen und Bausparverträge und erhalte dafür Provisionen, ab 2002 in Bürogemeinschaft und auch für die Klägerin. Ab 2007 sei er an der Klägerin beteiligt. Die Statusfeststellung werde bis zum 31. Dezember 2009 begehrt, darüber hinaus bestehe seitens der Klägerin kein Feststellungsinteresse. Ein Teil seines Gewinns habe sich an der tatsächlich erbrachten Leistung im Vermittlungsgeschäft bemessen. In Fällen, in denen kein Gewinn durch die Gesellschaft erzielt werde, sei der Vorabgewinn zurückzuzahlen. Es schlage sich negativ auf das Kapitalkonto des Klägers nieder. Tatsächlich habe sich sein unternehmerisches Risiko jüngst realisiert, es habe per 31. Dezember 2008 ein Fehlbetrag im Kapitalkonto von 15.752,52 Euro bestanden, da ihm ein Gewinnanteil von 24.936,65 Euro zugewiesen sei, er aber Vorauszahlungen in Höhe von 38.723,63 Euro erhalten habe. Diesen Negativsaldo habe er auszugleichen. Das habe sich jüngst auch verwirklicht, da der Kläger einen Unfall gehabt habe und nicht mehr habe mitarbeiten können. Das SG hat die beiden Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Die Beklagte hat mit Bescheid mit Bescheid vom 20. Januar 2011 festgestellt, dass der Kläger in der seit dem 01. Juni 2007 ausgeübten Tätigkeit für die Klägerin der Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung unterliege.

Mit Urteil vom 09. November 2012 hat das SG die Bescheide der Beklagten aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Klägerin nicht der Versicherungspflicht unterlegen habe. Zwar habe er als Kommanditist keine Sperrminorität, er sei aber nicht in die Ordnung eines Betriebs eingebunden. Er habe in seinem Arbeitsbereich nach Gutdünken schalten und walten können. Außerdem trage er ein Unternehmerrisiko, da er an Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligt sei. Wenn weniger Gewinn am Ende des Jahres festgestellt worden sei, hätte er einen Teil des gewährten Abschlags zurückzahlen müssen, so auch im Fall einer Insolvenz. Da ein Teil des Gewinns an der tatsächlich von ihm erbrachten Leistung hinsichtlich des Vermittlungsgeschäfts bemessen worden sei, hätte er u.U. auch einen Teil des erhaltenen Gewinns zurückzahlen müssen. Dieses Risiko habe sich tatsächlich verwirklicht.

Gegen das ihr am 12. Dezember 2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 14. Januar 2013 Berufung eingelegt. Entscheidend für die Beurteilung sei, ob der Kommanditist nach dem Gesamtbild in einem persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis gegenüber seinem Arbeitgeber stehe. Dabei könne ein Gesellschafter einer Personengesellschaft im Rahmen seiner ausschließlich und unmittelbar aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Verpflichtung nicht als oder wie ein Beschäftigter tätig sein. Es sei nicht ausreichend, dass die Verpflichtung des Klägers ausschließlich auf dem Gesellschaftsvertrag fuße und für eine selbständige Tätigkeit spreche. Weitere Voraussetzung sei vielmehr, dass der mitarbeitende Kommanditist kein dem Umfang seiner Dienstleistung entsprechendes Arbeitsentgelt erhalte, sondern seine Vergütung sich als vorweggenommene Gewinnbeteiligung darstelle. Das sei der Fall, wenn die Vorwegentnahmen nicht der Mitarbeit entsprächen, sondern nach Gewinn und Verlust entsprechend den Kapitalanteilen abgestuft seien. Im Gegensatz dazu habe der vorliegende Gesellschaftsvertrag Gewinnvorabentnahmen vorgesehen, die mit den jeweiligen Kommanditanteilen in keiner Weise korrespondierten. Zudem sollten sich nach dem Gesellschaftsvertrag Gewinne nur nach Berücksichtigung der Posten ergeben, die im Verhältnis der Gesellschafter zueinander betriebswirtschaftlicher Aufwand und Ertrag darstellten, z.B. sämtliche Bezüge von Geschäftsführern. Die Vergütung des Klägers habe sich an der geleisteten Arbeit bemessen. Das sei auch in der mündlichen Verhandlung vor dem SG deutlich geworden. Der Gewinn sei in einer ersten Stufe nach der tatsächlich erbrachten Leistung verteilt worden, in einer zweiten Stufe sei er dann nach den Kapitalanteilen verteilt worden, da nicht alle Gesellschafter mitarbeitende Gesellschafter gewesen seien. Der Kläger habe in der Tätigkeit der Kontrolle durch die Gesellschaft unterstanden, ohne dass er dies aufgrund seiner Gesellschafterstellung habe beeinflussen können.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 9. November 2012 aufzuheben und die Klagen abzuweisen.

Die Kläger zu 1. und Klägerin zu 2. beantragen

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger habe ein Unternehmerrisiko, da er bei nicht ausreichendem Gewinn einen Teil wieder habe zurückzahlen müssen und auch praktisch Rückzahlungspflichten ausgesetzt gewesen sei. Er sei am 20. Oktober 2009 zum Ausgleich des Negativkapitalkontos seitens der Gesellschaft aufgefordert worden. Am 09. November 2009 sei eine Darlehensvereinbarung über den aus dem Negativkapitalkonto resultierenden Rückzahlungsbetrag erfolgt. Die Rückzahlung sei zunächst bis zum 30. Oktober 2012 vereinbart, dann zweimal verlängert bis zum 30. April 2014. Am 20. Februar 2014 habe er eine Rückzahlung in Höhe von 17.560,85 Euro geleistet, am 03. März 2014 eine weitere Rückzahlung in Höhe von 104,87 Euro. Nicht nur der bezifferte Kapitalanteil bilde die Einlage, sondern auch die Dienste für das Unternehmen. Dies sei für Personenhandelsgesellschaften nahezu typisch.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat sich der Kläger vor dem Senat der Beschränkung des Antrags nach § 7a SGB IV auf den Zeitraum bis 31. Dezember 2019 angeschlossen.

Für die weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, die vorgelegen haben und Gegenstand der Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Berlin vom 09. November 2012 ist begründet. Das SG hat den Klagen zu Unrecht stattgegeben, soweit es für die Tätigkeit des Klägers für die Klägerin ab dem 01. Juni 2007 bis zum 31. Dezember 2009 festgestellt hat, dass keine Versicherungspflicht in den vier Zweigen der Sozialversicherung besteht. Vielmehr bestand in dem Zeitraum Versicherungspflicht. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 23. Januar 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30. Oktober 2009 und des Änderungsbescheides vom 20. Januar 2011 ist rechtmäßig und verletzt die Kläger jeweils nicht in ihren Rechten. Der Kläger war bei der Klägerin in dem zur Prüfung gestellten Zeitraum versicherungspflichtig beschäftigt.

I. Rechtsgrundlage für die erfolgte Feststellung der Beklagten ist § 7a Sozialgesetzbuch/ Viertes Buch SGB IV. Nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV können die Beteiligten schriftlich oder elektronisch eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet; die Beklagte entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles (§ 7a Abs. 1 Satz 3, § 7a Abs. 2 SGB IV). Gemessen daran war die Beklagte zur Feststellung der Versicherungspflicht berechtigt, denn die inhaltlichen Voraussetzungen lagen vor.

1. Der Kläger hat einen Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status für die bei der Klägerin ausgeübte Tätigkeit gestellt. Im Zuge der Klageerhebung beschränkte er den Statusfeststellungsantrag wirksam auf den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2009.

2. Die inhaltlichen Voraussetzungen für die Feststellungen der Beklagten liegen vor. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch/ Sechstes Buch, SGB VI) und nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch, SGB III), in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch/ Fünftes Buch, SGB V), in der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch/ Elftes Buch, SGB XI).

a. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nach den genannten Rechtsgrundlagen ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Beschäftigung ist 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. Diese Weisungsgebundenheit kann – insbesondere bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. 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 14. Juni 2017 – L 9 KR 354/13 –, Rn. 84, jeweils juris).

b. Nach diesen Grundsätzen beurteilt sich auch die Frage, ob Mitarbeiter einer Kommanditgesellschaft (KG) oder einer GmbH & Co KG, die gleichzeitig auch Gesellschafter der KG sind, eine abhängige Beschäftigung für die Gesellschaft ausüben. Die Gesellschafterstellung schließt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ebenso wenig aus wie die Tatsache, dass die KG als solche keine juristische Person ist, sondern bei ihr Träger der Rechte die Gesellschafter sind (BSG, Urteil vom 27. Juli 1972 – 2 RU 122/70 Rn. 28). Maßgeblich für die Tätigkeit eines in der KG mitarbeitenden Kommanditisten ist die Abgrenzung zur Mitunternehmereigenschaft. Ist der Kommanditist in seiner ausgeübten Tätigkeit selbst handelnder Mit-Unternehmer, kann er nicht in derselben Tätigkeit versicherungspflichtig beschäftigt sein. Denn er erbringt in diesem Fall die Leistung/Tätigkeit auch für sich selbst, er ist dann nicht in ein für ihn fremdes Unternehmen eingebunden und weisungsabhängig, sondern in sein eigenes und trägt in der Tätigkeit unmittelbar als Gesellschafter das Unternehmerrisiko (zu Gesellschaftern einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ausgeführt von: BSG, Urteil vom 26. Mai 1966 – 2 RU 178/64, BSGE 25, 51, 52; grundlegend: Urteil vom 31. Juli 1962 – 2 RU 110/58, BSGE 17, 211, 214 ff. für den nicht rechtsfähigen Verein; für die KG: Urteil vom 27. Juli 1972 – 2 RU 122/70 Rn. 28). Erbringt der Kommanditist dagegen aufgrund eines außergesellschaftsrechtlichen Tatbestandes eine Leistung gegenüber der Gesellschaft, liegt ein Drittverhältnis vor und kann er in diesem im Verhältnis zur Gesellschaft auch Beschäftigter i. S. des § 7 SGB IV sein (BSG, Urteil vom 26. Mai 1966 – 2 RU 178/64, BSGE 25, 51, 52 f.). Für die Abgrenzung, ob die Tätigkeit eine solche als Mitunternehmer darstellt oder eine Beschäftigung vorliegt, kommt es darauf an, ob das Tätigwerden des Gesellschafters auf der Verpflichtung als Gesellschafter beruht, d.h., ob sich die Pflicht zur Arbeitsleistung ausschließlich und unmittelbar aus dem Gesellschaftsverhältnis ergibt.

Das gilt (nach der neueren Dogmatik des 12. Senats des BSG): Der Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und Beschäftigung vorgelagert ist die Frage, ob überhaupt eine sozialversicherungsrechtlich relevante "Tätigkeit" ausgeübt wird (BSG, Urteil vom 29. Februar 2012 – B 12 KR 4/10 R –, juris). Arbeiten Gesellschafter in "ihrer" Gesellschaft mit, ist zunächst stets zu prüfen, ob sie über ihre gesellschaftsrechtlichen Funktionen hinaus überhaupt in einer gesonderten Beziehung zur Gesellschaft stehen und neben der Wahrnehmung ihrer sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Aufgaben weitere Tätigkeiten für die Gesellschaft ausüben oder ihre

Tätigkeiten für die Gesellschaft eine weitere rechtliche Grundlage neben dem Gesellschaftsrecht haben. Tätigkeiten für eine Gesellschaft können jeweils allein dem gesellschaftsrechtlichen Bereich zuzuordnen sein oder – wenn sie hinsichtlich ihres Umfangs oder ihrer Art nach über das hinausgehen, was gesellschaftsrechtlich an Arbeitsverpflichtungen festgelegt wird – (auch) auf der Grundlage daneben zusätzlich bestehender Rechtsbeziehungen erbracht werden. Insbesondere macht die Vereinbarung einer Vergütung einen zusätzlichen Vertragsschluss erforderlich. Im Rahmen der Satzungsautonomie bzw. der Vertragsfreiheit ist es den Beteiligten grundsätzlich unbenommen, sich – ohne, dass hierin ein Verstoß gegen § 32 Sozialgesetzbuch/ Erstes Buch (SGB I) läge – für eine Ausgestaltung in der einen oder anderen Weise zu entscheiden. Nur und erst, wenn die Prüfung dieses Umstandes überhaupt die Begründung zusätzlicher Rechtsbeziehungen ergibt, kommt bei persönlicher Abhängigkeit die Annahme einer abhängigen Beschäftigung in Betracht (BSG, Urteil vom 04. Juni 2009 – B 12 KR 3/08 R –, juris, m.w.N.). Die von den am Gesellschaftsvertrag Beteiligen gewählten Bezeichnungen sind dafür ebenso wenig maßgebend, wie eine rein formale Begründung von Tätigkeitspflichten im Gesellschaftsvertrag (BSG, Urteil vom 27. Juli 1972 – 2 RU 122/70 –, juris; vielmehr im Fall des Vereins, ob "das Tätigwerden unmittelbarer Ausfluss der Mitgliedschaft selbst ist", dazu BSG, Urteil vom 31. Juli 1962 – 2 RU 110/58, BSGE 17, 211, 216). Die Auferlegung von Pflichten, die inhaltlich typisch für ein Beschäftigungsverhältnis sind, schließt nicht bereits dadurch ein Beschäftigungsverhältnis aus, dass sie allein im Gesellschaftsvertrag erfolgt. Die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zur Beschäftigung und der daraus resultierenden Versicherungspflicht lassen sich nicht dadurch umgehen, dass die typischen Elemente eines Beschäftigungsverhältnisses in das Gewand eines Gesellschaftsvertrages gekleidet werden. Erfolgt z.B. eine Mitarbeit eines Kommanditisten, ohne dass entweder im Gesellschaftsvertrag oder einem gesonderten schriftlichen Dienst- oder Arbeitsvertrag eine Pflicht hierzu begründet wurde, liegen aber nach dem Gesamtbild der Tätigkeit in dieser die Merkmale einer Beschäftigung vor, d.h. erfolgt sie weisungsgebunden und gegen ein Entgelt in der KG, welches die Merkmale eines Arbeitsentgeltes erfüllt, ist von einem mündlich geschlossenen Vertrag über eine Mitarbeit auszugehen und auch regelhaft ein Beschäftigungsverhältnis zur KG i.S. des § 7 SGB IV begründet, vergleichbar dem faktischen Arbeitsverhältnis nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts.

c. Gemessen daran war der Kläger in den o.g. Tätigkeitszeiträumen nicht aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses für die Klägerin tätig und lagen nach dem Gesamtbild die Merkmale einer Beschäftigung vor, obwohl er (formal) auf der Basis des Gesellschaftsvertrags gearbeitet hat. Der Kläger war frühestens ab dem 06. Juni 2007 aus einer dann im Gesellschaftsvertrag (GV) enthaltenen Vereinbarung zur Mitarbeit verpflichtet (§ 4 Abs. 6 des GV in der Fassung des Beschlusses vom 06. Juni 2007). Für die Zeit vorher ließ der Gesellschaftsvertrag dagegen lediglich erkennen, dass es mitarbeitende Kommanditisten gibt, begründete aber für diese, so auch den Kläger, keine Dienstleistungspflicht. Nach § 4 Abs. 6 des GV (Fassung vom 31. Mai 2007) war lediglich der Gewinnvorab für "tätige Kommanditisten" festgelegt. Eine Tätigkeit des Klägers bereits ab dem 01. Juni 2007 erfolgte daher aufgrund anderer, ergänzender, im konkreten Fall wohl mündlicher Vereinbarung. Die Begründung einer Tätigkeitspflicht für Kommanditisten im GV spricht zwar ab dem 06. Juni 2007 formal für eine Tätigkeit des Klägers als Mitunternehmer und gegen eine Beschäftigung. Die vertragliche Ausgestaltung im Übrigen sowie die (Begleit-)Umstände belegen jedoch, dass die Tätigkeit als eigenständige Nebenpflicht begründet (und vergütet) wurde und gerade nicht im Gesellschaftsverhältnis wurzelte. So hatten nach dem Gesellschaftsvertrag nur mitarbeitende Gesellschafter einen Anspruch auf Zahlung eines Gewinnvorab ("für tätige Kommanditisten"). Nur tätige Gesellschafter konnten ihn beanspruchen, nicht mitarbeitende Gesellschafter konnten ihn dagegen nicht allein aufgrund ihrer Gesellschafterstellung verlangen (zu diesem Aspekt, BSG, Urteil vom 27. Juli 1972 – 2 RU 122/70 Rn. 30). Das ist für einen vorgezogenen Gesellschaftergewinn zumindest untypisch und spricht eher für einen Vergütungscharakter des Gewinnvorab für geleistete Arbeit. Für die Begründung einer eigenständigen Tätigkeitspflicht spricht zudem die Ausgestaltung und Bemessung der Vergütung für die tätigen Kommanditisten, speziell den Kläger. Zwar war mit dem Vorabgewinn im GV selbst kein eigenständiges Arbeitsentgelt gerade für die Mitarbeit des Klägers explizit vertraglich begründet, es richteten sich aber die im GV vereinbarten Vorwegentnahmen (Vorabgewinn) für tätige Kommanditisten ihrer Höhe nach erkennbar nicht an einem Kapitalanteil, sondern an der Tätigkeit selbst aus (zu diesem Kriterium, BSG, Urteil vom 27. Juli 1972 – 2 RU 122/70 Rdnr. 30). Auch das spricht gegen eine Mitarbeit als Gesellschafter. Das gilt gerade auch für den Kläger: Er hatte mit der Ergänzung des Gesellschaftsvertrags vom 31. Mai 2007 einen Kapitalanteil von nicht einmal 2 % des Kommanditkapitals, ausgehend von einem Gesamtkapital von 34.375 Euro (Erhöhung von 25.000 Euro – 2006 – durch Hinzunahme von vier weiteren Kommanditisten und einer Erhöhung eines bestehenden Kommanditanteils um 5.000 Euro). Trotzdem erhielt er ab 01. Juni 2007 konstant einen Gewinnvorab von 30.000 Euro im Jahr, während z.B. der Kommanditist mit der höchsten Kapitaleinlage von 10.000 Euro (entspricht 29,09 % Kapitalanteil im Jahr 2007) nur einen Gewinnvorab von 12.000 Euro jährlich erhielt, damit weniger als die Hälfte des Klägers. Der Kommanditist erhielt mit einer Kommanditeinlage von 2.500 Euro (entspricht einem Kapitalanteil von 7,3 % im Jahr 2007, damit mehr als doppelt so hoch wie der Kläger) 42.000 Euro Gewinnvorab pro Jahr. Er erhielt also nicht einmal doppelt so viel Gewinnvorab wie der Kläger. Gleichzeitig wurden die Kapitalanteile in den Änderungen des Gesellschaftsvertrags 2007 nicht geändert.

Die tätigkeitsabhängige Vergütung wird durch den mündlichen Klägervortrag im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG gestützt, wonach die Höhe des Gewinnvorab davon abhängig gewesen sei, dass der Kläger den Erwartungen an seine Mitarbeit entsprochen habe (S. 3 des Protokolls des SG). Diese Regelung findet sich zwar in dem GV so nicht wieder. Erkennbar ist allerdings anhand der Beschlüsse vom 06. Juni 2007 und 12. Dezember 2007, dass unterjährig über die Festlegung des Gewinnvorab erneut Beschlüsse der Gesellschafterversammlung getroffen wurden und so die Regelung in § 4 Abs. 5 des Vertrags vom 31. Mai 2007 mit einer Festlegung des Gewinnvorab pro Jahr für die Kommanditisten zumindest zur Überprüfung gestellt wurde. Praktisch wurde die Höhe der Vorwegentnahmen in den Gesellschafterbeschlüssen für die Jahre 2007 und 2008 dann unverändert beschlossen (Beschlüsse vom 06. Juni 2007 und vom 12. Dezember 2007, 31. August 2009).

Soweit der Kläger vorträgt, seine persönliche Dienstleistung sei gerade Teil seiner Gesellschafter-Einlage und bestimme deswegen für ihn die Höhe des Gewinnvorab, ist das zwar als gesellschaftsvertragliche Gestaltung grundsätzlich denkbar, im Fall des Klägers liegen für eine solche Vertragslage aber keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Es ist bereits nicht erkennbar, dass er seine Tätigkeit als Teil seiner gesellschaftsvertraglich geschuldeten Kommanditisten-Einlage der Gesellschaft schuldete. Dies ergibt sich nicht aus dem GV als Gesellschafterpflicht. Begründet wurde darin am 06. Juni 2007 eine Tätigkeitspflicht allein als Voraussetzung für die Zahlung des Gewinnvorab (§ 4 Abs. 6), jedoch nicht als Pflicht für die Kommanditisten. Darüber hinaus ist ein Bezug zur Kommanditeinlage i.S. einer durch die Tätigkeit bewirkten Erhöhung der Kapital-Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zusätzlich zur bereits geleisteten Geldeinlage (i.S. von § 4 Abs. 2 des GV) mit Auswirkungen z.B. auf das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung (§ 10 Abs. 5 GV) im GV gerade nicht vorgesehen.Ein Ausgleich vorab entnommener Gewinne entsprechend des Kapitalanteils fand auch im Nachhinein nicht statt. Die Höhe des Gewinnvorab und die Frage, ob sich die Staffelung der Vorwegentnahmen am Kapitalanteil und damit am Haftungsrisiko der Gesellschafter orientiert, spielt dann keine Rolle, wenn wenigstens am Jahresende ein kapitalorientierter und kein tätigkeitsorientierter Ausgleich erfolgt. Werden die ausgezahlten Vorabgewinne z.B. am Jahresende anhand der Kapitalorientierung ausgeglichen, lässt sich ein Gewinnvorab ohne weiteres als Vorwegentnahme eines Gesellschafters i.S. einer Vorauszahlung auf seinen Gewinn(-anteil) werten. Dann

würde die Höhe des während des Geschäftsjahres gewährten Vorab nicht für eine Beschäftigung sprechen (BSG, Urteil vom 27. Juli 1972 – 2 RU 122/70 Rdnr. 30). Ein im oben genannten Sinne nicht tätigkeits-, sondern kapitalanteilorientierter Ausgleich im Nachhinein war für die GmbH & Co KG vertraglich jedoch nicht vorgesehen und fand auch praktisch nicht statt. Die nach dem GV am Jahresende vorzunehmende Ermittlung und die Zuweisung der zu verteilenden Gewinne und Verluste war nur bedingt kapitalorientiert, denn die Vorauszahlungen an den Kläger blieben führend und geschützt. Soweit eine Verteilung der Gewinne auch anhand der Kapitalanteile vorgenommen wurde, ist jedenfalls nicht nachgewiesen, dass damit ein kapitalorientierter Ausgleich des Gewinnvorab durchgeführt wurde.

aa) Nach § 4 Abs. 5 und § 15 Abs. 3 und 4 des GV in der Fassung des Beschlusses vom 06. Juni 2007 wurde der nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 des GV zu ermittelnde Gewinn vorab um den gezahlten Gewinnvorab gekürzt. Einem Verlust wurde der Gewinnvorab zugeschlagen und erst ein verbleibender Gewinn wurde nach Abs. 4 im Verhältnis der festen Kapitalkonten verteilt. Für die Ermittlung des Jahresergebnisses der Gewinnermittlung bleiben damit die vorab ausgezahlten Gewinnvorab maßgebend. Bestimmt § 4 Abs. 5 GV (in der Fassung ab dem 06. Juni 2007) dann ergänzend, dass der Gewinnvorab "ungekürzt bleibt", wenn der Bilanzgewinn mehr als 120.000 Euro beträgt, bei einem Betrag darunter (70.000 – 120.000 Euro oder unter 70.000 Euro) der Gewinnvorab in voller Höhe u.a. für den Kläger für 2007 (nach und) und an zweiter Stelle für 2008 (nach) "berücksichtigt werden" soll, bleibt gleichwohl der ausgezahlte Gewinnvorab konkret für den Kläger als feste Größe der Verteilung beim Jahresergebnis maßgebend. Der in Bezug genommene Bilanzgewinn steht dabei für den bei Jahresabschluss in der KG grundsätzlich zu ermittelnden Jahresüberschuss (vgl. (EBJS/Weipert HGB § 169 Rn. 5 beck-online: ",Grundlage der Gewinnverteilung in der Kommanditgesellschaft ist deshalb stets der Jahresüberschuss"). Die Regelung des § 4 Abs. 5 mit der abgestuften "Berücksichtigung des Gewinnvorab" bewirkt insoweit für den Kläger keinen kapitalorientierten Ausgleich. Die in ihr vorgesehene "Kürzung" des Gewinnvorab erfolgt bereits der Höhe nach nicht kapitalorientiert. Auch ein Ausgleich der Vorabzahlungen und der tatsächlich erzielten Gewinne, bezogen auf den Kapitalanteil des Klägers, findet nicht statt. Nach dem GV bleiben nach obigen vertraglichen Regelungen die Vorauszahlungen dem Kläger auch unabhängig davon voll erhalten, dass der Überschuss den ausgezahlten Gewinnvorab auch abdeckt. Dies folgt zum einen aus der gesellschaftsvertraglichen Formulierung, wonach der Gewinnvorab "berücksichtigt" wird, zum anderen aus der Bestimmung des § 15 Abs. 4 GV im Verhältnis zu Abs. 3, wonach der nach § 4 (Abs. 5) gezahlte Gewinnvorab vom ermittelten (Gesamt-)Gewinn vorab abgezogen wird und erst danach gemäß der Kapitalanteile "verteilt" wird. Aus § 4 Abs. 5, wonach der Gewinnvorab aller dort genannten Gesellschafter z.B. bereits bei einem Bilanzgewinn von mehr als 120.000 Euro "ungekürzt bleibt", obwohl die Gesamtsumme ihres Gewinnvorab mit 168.000 Euro diesen Bilanzgewinn übersteigt, ergibt sich, dass diese Regelung (die "Berücksichtigung") bereits summenmäßig nicht (allein) aus dem ermittelten Bilanzgewinn getragen werden konnte. Für einen vollständigen Ausgleich des Gewinnvorab i.S. einer Umverteilung am Jahresende wäre eine Voraussetzung, dass z.B. nach einer kapitalorientierten Ermittlung der Gewinnanteile der ausgezahlte Gewinnvorab jeweils von diesen abgezogen wird. Im Fall der vorliegenden Gesellschaft bleibt der Gewinnvorab insoweit aber auch bei der Verteilung des Bilanzgewinns auf die Gesellschafter "außen vor".

bb) Ist ein gesellschaftsvertraglich geregelter Kapitalausgleich nicht gegeben, so war auch eine am Jahresende zwischen den Gesellschaftern tatsächlich abweichend vorgenommene Gewinnverteilung – zumindest primär – weiter von der Mitarbeit, konkret dem Arbeitserfolg und -ergebnis bestimmt. Der Kläger hat selbst im Verwaltungsverfahren noch telefonisch mitgeteilt, es werde am Jahresende keine Rückzahlung des Gewinnvorab geprüft. Im Termin vor dem SG hat er angegeben, dass der Gewinn auf einer ersten Stufe "nach der tatsächlich erbrachten Leistung verteilt wurde", konkret "nach seiner Vermittlertätigkeit" (für Baufinanzierungen). Erst in einer zweiten Stufe sei der Gewinn nach den Kapitalanteilen verteilt worden (S. 2 des Protokolls des SG). Bereits dies spricht dafür, dass ein Ausgleich entweder gar nicht stattfand oder die endgültige Gewinnverteilung ebenfalls primär von der Tätigkeit, nicht vom Festkapitalanteil bestimmt war, so dass unberücksichtigt bleiben kann, dass diese Verteilung dem schriftlichen Gesellschaftsvertrag nicht entsprach. Ohne Bedeutung ist auch, ob der Kläger tatsächlich Zahlungen an die Gesellschaft geleistet hat, die auf einem Fehlbetrag im Kapitalkonto beruhten. Wurde ihm ein Fehlbetrag in Rechnung gestellt, weil der Kläger krankheitsbedingt zeitweise nicht für die Gesellschaft tätig werden konnte, so manifestiert sich darin gerade kein kapitalorientierter Ausgleich, sondern hat der Kläger mit dem weiter gezahlten Gewinnvorab u.U. einen Vorschuss auf eine tätigkeitsorientierte Vergütung erhalten, den ihm die Gesellschaft dann in Rechnung gestellt hat (vgl. dazu auch g.).

d. Eine Beschäftigung war nicht aufgrund des Einflusses des Klägers auf die Klägerin ausgeschlossen. Abzustellen ist insoweit nicht auf die Gesamtheit der Kommanditisten, sondern auf den rechtlichen Einfluss des Klägers, weil nur seine Versicherungspflicht im Streit steht. Er unterlag in seiner Tätigkeit für die Gesellschaft der Weisungsbefugnis der zur Geschäftsführung berufenen Geschäftsführerin (der Komplementärin, vgl. § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags) und der Gesellschafterversammlung (der KG). Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164 Satz 1 Handelsgesetzbuch – HGB). Bei der Ausübung der Geschäftsführungsbefugnisse, bedurfte die Komplementär-GmbH somit auch keiner Zustimmung des Klägers. Anderes galt nur, soweit die Maßnahme der Geschäftsführung eine Handlung betraf, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausging. Allein hier konnte die Entscheidung über den Wortlaut des § 164 Satz 1 Halbsatz 2 HGB ("widersprechen") hinausgehend nur im Einvernehmen mit dem Kommanditisten erfolgen (dazu LSG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 14.1.2015 – L 8 R 578/13, BeckRS 2015, 69688, beck-online). Eine Weisungsgebundenheit würde nur dann fehlen, wenn der Kläger auf Grund seiner Rechte als Gesellschafter die für ein Arbeitsverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden konnte, weil er ihm nicht genehme Entscheidungen jederzeit verhindern konnte. Umgekehrt spricht es für eine fehlende Weisungsgebundenheit der Gesellschaft ihm gegenüber, wenn der Kommanditist über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile oder aber eine Sperrminorität verfügte, die es ihm ermöglichte, nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung der KG oder der geschäftsführenden Komplementärin, der Beteiligungs GmbH, jederzeit zu verhindern. Mit seinem Kapitalanteil von 2 % der Kapitalanteile der KG war es dem Kläger nicht möglich, Weisungen an sich seitens der GmbH & Co KG zu verhindern, die dann seine Tätigkeit bestimmt hätten und ihm zugute gekommen wären. Nach dem Gesellschaftsvertrag 2006 ist zur Wirksamkeit der Beschlüsse für die GmbH & Co KG im Allgemeinen eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich (§ 10 Abs. 6 des Vertrags). Der Kläger hatte keine Sperrminorität und konnte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auch nicht (dauerhaft) verhindern. Für die Beschlussfähigkeit stellte § 10 Abs. 3 GV zwar darauf ab, dass mehr als 70 % des Kommanditkapitals vertreten sein müssen, der Kläger hielt aber keine 30 % des Kommanditkapitals. Darüber hinaus musste die Gesellschafterversammlung bei fehlender Beschlussfähigkeit in einer Sitzung innerhalb einer Frist von zwei Wochen mit derselben Tagesordnung erneut einberufen werden und war dann ohne Rücksicht auf das anwesende Kommanditkapital beschlussfähig (§ 10 Abs. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags). Am Kapital der Beteiligungs GmbH als geschäftsführender Komplementärin (§ 7 des Gesellschaftsvertrags) war der Kläger gar nicht beteiligt.

e. In seiner Tätigkeit war der Kläger in den Betrieb der Klägerin funktionsgerecht dienend eingegliedert; Er war nicht als Geschäftsführer für die Klägerin und damit nicht erkennbar schwerpunktmäßig leitend tätig, sondern in Bereichen, in denen er im Rahmen der Arbeitsteilung auf die Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern im Unternehmen angewiesen war. Er war im Bereich der Firmenkalkulation, der

Systemadministration, der Pflege, Programmierung und Verwaltung der Datenbank tätig sowie bei der Bearbeitung und Vermittlung von Baufinanzierungen, damit einem Hauptgeschäftsfeld der Klägerin. Darüber hinaus war er nach eigenen Angaben mit der Schulung und dem Training von Kreditbearbeitern betraut und der Büroorganisation sowie Buchhaltung, damit Tätigkeiten im Gefüge eines Unternehmens. Er war – auch wenn er selbst im Urlaub war – für den IT-Bereich Ansprechpartner des Unternehmens (S. 3 des Protokolls des SG). Die Tatsache, dass er in seiner Tätigkeit keinen Einzelweisungen unterlag, hinsichtlich der Arbeitszeit frei war und z.B. im Bereich der Vermittlung von Baufinanzierungen große Freiheit besaß und auch in der Wahl der konkreten Tätigkeit eine Priorisierung vornehmen konnte, welche konkrete Aufgabe oder welches Aufgabenfeld er bearbeitete und auch Hilfskräfte für die Tätigkeit ohne Zustimmung der Klägerin einstellen und einsetzen konnte, spricht nicht gegen seine organisatorische Eingliederung in den Betrieb. Ein gegebenenfalls nur erheblich eingeschränkt wahrgenommenes Weisungsrecht ist bei Diensten höherer Art und Tätigkeiten im Management von Unternehmen nicht ungewöhnlich. Ein solches eingeschränktes Weisungsrecht schließt die Zuordnung zum Typus der Beschäftigung dann nicht aus, wenn es zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert ist (BSG, Urteile vom 25. April 2012 – B 12 KR 24/10 R – und vom 20. März 2013 – B 12 R 13/10 R –; Senat, Urteil vom 07. August 2013 – L 9 KR 269/11 –; jeweils juris). Auch praktisch weitgehend weisungsfrei geleistete Dienste werden als Beschäftigung i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV erbracht, wenn sie fremdbestimmt bleiben und in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG, Urteil vom 19. Juni 2001 – B 12 KR 44/00 R –, juris). Der Kläger war bei der Tätigkeit für die Klägerin in deren Betrieb als Teil eines Arbeitsteams und nicht in seinem eigenen Betrieb tätig. Auch die Tatsache, dass er nicht seine gesamte Arbeitskraft für die Klägerin aufwenden musste, sondern auch noch für andere Auftraggeber tätig war, spricht nicht gegen die organisatorische Einbindung im Umfang seiner tatsächlich für die Klägerin ausgeübten Arbeit in das Unternehmen. Wie § 8 Abs. 2 und 3 SGB IV belegen, geht der Gesetzgeber davon aus, dass mehrere Beschäftigungen und/oder selbständige Tätigkeiten parallel ausgeübt werden können. Möglich ist demzufolge auch, eine Beschäftigung neben einer weiteren als selbständig zu qualifizierenden Tätigkeit auszuüben. Jedes Rechtsverhältnis ist für sich zu betrachten. Daher hat auch die Aufhebung eines zunächst für ihn bestehenden Wettbewerbsverbots für die Frage der Beschäftigung in dem Unternehmen keine Bedeutung.

f. Eine herausgehobene Fach- und Sachkompetenz, besonderes Know-how auch mit einem Alleinstellungsmerkmal innerhalb des Betriebs hebt weder die Weisungsgebundenheit auf noch die arbeitsteilige Tätigkeit. Hielt die Rechtsprechung des BSG es in einzelnen Entscheidungen früher für möglich, ausnahmsweise eine Selbständigkeit von Mitarbeitern ohne (ausreichende) Kapitalanteile zu begründen, weil diese faktisch wie Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft führen können (sog. "Kopf-und-Seele-Rechtsprechung"), so hat das BSG diese Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben (BSG Urteil vom 29.7.2015 - B 12 KR 23/13 R - BSGE 119, 216, Rn. 29 f. mwN; Urteil vom 29.8.2012 - B 12 KR 25/10 R - BSGE 111, 257, Rn. 32; zuletzt Urteil vom 14. März 2018 – B 12 KR 13/17 R –, BSGE (vorgesehen), Rn. 20, juris). Der Senat hat sich dem angeschlossen und keine Veranlassung davon abzuweichen.

g. Der Kläger hatte nur ein sehr begrenztes Unternehmerrisiko. Er erhielt für seine Tätigkeit eine feste Vergütung in Gestalt des Gewinnvorab (monatlich: 2.500 Euro). Dieser war gesellschaftsvertraglich allein daran geknüpft, dass er "tätiger Kommanditist" war. Es gibt keinen Hinweis, dass er zwischen 2007 und Ende 2009 keinen Gewinnvorab in der vereinbarten Höhe erhalten hat. Mithin unterlag er, soweit er seine Arbeitskraft einsetzte, unmittelbar keinem Unternehmerrisiko, da eine erfolgsunabhängige Auszahlung des Gewinnvorab gesichert war. Er erhielt den Gewinnvorab sogar in Zeiten ausgezahlt, in denen er wegen Krankheit nicht tätig war. Aus den am 06. Juni und 12. Dezember 2007 erfolgten Änderungen des Gesellschaftsvertrags ergibt sich nichts anderes. Der Gewinnvorab wurde in der Ermittlung des Jahresüberschusses stets (vorab) berücksichtigt (dazu bereits unter c. aa.). Als Kommanditist haftete er gegenüber Dritten (Gläubigern der KG) – da davon auszugehen ist, dass er die Einlage erbracht hatte – lediglich mit seiner Kapitaleinlage in Höhe von 625 Euro. Diese Haftung ergibt sich nach § 172 Abs. 1 Handelsgesetzbuch (HGB). Sie stellt im Verhältnis zum festen Gewinnvorab von jährlich 30.000 Euro kein relevantes Unternehmerrisiko dar. Weiteres Kapital hatte er nicht einzusetzen.

Ein Verlustrisiko i. S. einer Gefahr für die bezogene Vergütung (Gewinnvorab) bestand auch in dem Fall nicht, in dem die Gesellschaft keinen Gewinn erzielt hätte, sondern Verluste i.S. eines Jahresfehlbetrags erwirtschaftete oder weniger Jahresüberschuss als ausgezahlte Gewinnvorabschläge. Der Kläger behielt in beiden Fällen seine bereits bezogene Vergütung. Zwar wurde ein in der Jahresüberschussermittlung sich ergebender Verlustvortrag nach dem GV auf einem Verlustvortragskonto gebucht (§ 5 Abs. 2 des Vertrags i.V.m. § 15 Abs. 4 und 5 des GV in der Fassung vom 06. Juni 2007). Das Risiko, Verluste so intern anteilig zugeschrieben zu erhalten, beruhte für den Kläger aber bereits nicht auf seiner Tätigkeit, sondern der Gesellschafterstellung. Es unterscheidet den Kläger insoweit nicht von einem Gesellschafter-Geschäftsführer (mit einem monatlichen Geschäftsführergehalt). Nur in dem Fall, dass das Verlustrisiko gerade auf dem für die Tätigkeit bezogenen Gewinnvorab beruht und diesen selbst erfasst hätte, könnte es gerechtfertigt sein, den für die Tätigkeit bezogenen Gewinnvorab selbst als mit einem Risiko behaftet zu sehen. Jedoch folgte aus dem GV jedenfalls für den Kläger keine gesellschaftsvertragliche Nachschuss- oder eine Rückzahlungspflicht, die den bezogenen Gewinnvorab im Nachhinein praktisch aufzehren konnte. Hätten sich daraus Verluste ergeben, wäre dieser auf dem Verlustvortragskonto mit künftigen Gewinnanteilen zu verrechnen gewesen (§ 15 Abs. 5 des GV vom 06. Juni 2007).

Eine positive Nachschuss- oder Rückzahlungspflicht im Verhältnis zur Gesellschaft hätte zu ihrer Wirksamkeit im GV einer ausdrücklichen Regelung bedurft, sie ergibt sich nicht bereits aus dem Gesetz. Das gilt auch unter Berücksichtigung von § 163 i.V.m. § 169 HGB. Muss danach einem Gewinnauszahlungsanspruch des Kommanditisten eine betragsgleiche Gewinngutschrift gegenüberstehen, so ist die Regelung mit dieser Maßgabe dispositiv (EBJS/Weipert HGB § 169 Rn. 18 ff., 21, beck-online). Die Begründung von Ansprüchen auf Gewinnvorab kann je nach Ausgestaltung eine solche spezielle gesellschaftsvertragliche Regelung abweichend von § 169 Abs. 1 HGB darstellen. Dabei kann eine Vorwegentnahme endgültig beim Gesellschafter verbleiben, obwohl der Gewinnanteil nicht in dieser Höhe besteht. Andernfalls steht sie gesellschaftsvertraglich unter dem Vorbehalt ihrer Rückforderung. Fehlt ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt der gesellschaftsvertraglichen Rückforderung und ergibt er sich nicht allein aus dem Begriff "Gewinnvorab" oder anderen gesellschaftsvertraglichen Regelungen, so ergibt sich eine Rückforderung nicht aus der allgemeinen Kapitalerhaltungspflicht, wie sie in § 169 HGB niedergelegt ist. Das gilt selbst dann, wenn durch das Behaltendürfen des bereits bezogenen Gewinnvorab der Kapitalanteil des Kommanditisten gemindert würde, wofür im Fall des Klägers Anhaltspunkte fehlen (so BGH, Urt. vom 12. März 2013 – II ZR 73/11 Rn. 10 ff., Rn. 12, wonach es bei der KG keinen im Innenverhältnis wirkenden Kapitalerhaltungsgrundsatz gibt, die Gesellschafter vielmehr ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis insoweit untereinander und zur Gesellschaft weitgehend frei gestalten können. Das schließe die Entscheidung darüber ein, ob und wie erbrachte Einlagen zurückgewährt werden.) Unabhängig davon, ob für die GmbH & Co KG, in der eine persönlich haftende natürliche Person als Komplementär fehlt, aus Gläubigerschutzinteressen doch eine Pflicht zur Kapitalerhaltung auch Pflichten zur Wiederauffüllung des Kapitalanteils begründen könnte (so die teilweise geäußerte Kritik am BGH), dürfte mit Blick auf die obigen konkreten gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Klägerin einer Pflicht zur Wiederauffüllung eines tatsächlich negativen

Kapitalkontos so lange zumindest die Einrede mangelnder Fälligkeit entgegen stehen, wie keine den Gewinnvorab übersteigenden Gewinngutschriften anfallen (zu dieser Konstellation einer vereinbarten gewinnunabhängigen Tätigkeitsvergütung für Kommanditisten, EBJS/Weipert HGB § 169 Rn. 21).

Die durch den Kläger an die Gesellschaft geleisteten Zahlungen vom 20. Februar 2014 und vom 03. März 2014 waren unter Berücksichtigung dieser Rechtslage keine Rückzahlungen wegen eines negativen Kapitalkontos des Klägers als Gesellschafter, auch wenn die Beteiligten diese Vorstellung hatten. Die Aufforderung der Klägerin an den Kläger zum Ausgleich des Kapitalkontos vom 20. Oktober 2009 konnte den Gewinnvorab vielmehr nur als gezahlten Vorschuss auf eine Tätigkeitsvergütung zurückfordern. Ob sich ein solcher Anspruch auf die Regelungen des GV zum Gewinnvorab stützen konnte, mag dahingestellt bleiben. Die 2014 von dem Kläger geleisteten Zahlungen erfolgten auf eine selbständig im November 2009 begründete neue Schuld, nämlich auf die am 01. November 2009 im Nachgang zur Aufforderung vom 20. Oktober 2009 begründete Darlehensverbindlichkeit.

Ein Haftungsrisiko nach außen, gegenüber Dritten, wird für den Kläger mit dem Bezug des Gewinnvorab nicht begründet. Selbst wenn in dem Behaltendürfen des Gewinnvorab trotz eines ihm nicht entsprechenden Gewinnanteils eine kapitalmindernde Entnahme des Kommanditisten i.S. einer Einlagenrückgewähr läge, so führte dies nicht ohne weiteres dazu, dass die Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis (§ 167 Abs. 3 HGB, dazu bereits oben) dem Kläger als Kommanditisten nicht mehr zugute käme. Der Kommanditist haftet auch in diesem Fall nur bis zur Höhe seines Kapitalanteils (persönlich) für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten. Ein für den Kläger mögliches Haftungsrisiko wäre für ihn weiter auf 625 Euro beschränkt (MüKoHGB/Karsten Schmidt HGB § 172 Rn. 8, beck-online).

Einem solchen begrenzten Unternehmerrisiko des Klägers standen keine erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber. Der Kläger hatte in dem GV keine besonderen Gestaltungsrechte zuerkannt erhalten, die es ihm ermöglicht hätten, auf unternehmerische Entscheidungen des Betriebs entscheidenden Einfluss zu nehmen. Allein die Ausdehnung der Vermittlungstätigkeit für Baufinanzierungen, die zu seinem Aufgabengebiet gehörte, ermöglichte ihm, seinen Ertrag zu erhöhen.

h. Der Kläger kann sich nicht auf Entscheidungen der Finanzbehörden für seine Selbständigkeit stützen: Wird er steuerrechtlich u.U. als Mitunternehmer gesehen und wurden seine Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb iS von § 15 Abs. 1 Nr. 2, 2. Halbsatz Einkommensteuergesetz (EStG) anerkannt, ist die sozialversicherungsrechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich unabhängig davon zu treffen. Es handelt es sich bei § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG um eine allein durch Besonderheiten des dortigen Regelungsgegenstandes bedingte und auf sonstige Rechtsgebiete nicht übertragbare Sonderregelung. Sie beruht darauf, dass die Personengesellschaft einkommenssteuerrechtlich kein Steuersubjekt ist und dass deshalb die einzelnen Mitunternehmer als Steuersubjekte die auf sie entfallenden Gewinnanteile als Einkünfte zu versteuern haben. Abweichend vom bürgerlichen Recht erklärt die Regelung im Rahmen des Verhältnisses der Personengesellschaft zu ihren Gesellschaftern, die der Gesellschaft Dienste leisten (oder Wirtschaftsgüter überlassen), grundsätzlich alles, was die Gesellschafter für ihre Leistungen beziehen, als im Rahmen ihres Gewerbebetriebs angefallen und deshalb zu den Gewinnanteilen. Diese "Durchbrechung der Einheit der Rechtsordnung" verstößt nach dem Beschluss des BVerfG vom 15. Juli 1969 (1 BvR 457/66, BVerfGE 26, 327, 334) nicht gegen das Grundgesetz (GG, so BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – B 12 KR 31/06 R –, SozR 4-2400 § 7 Nr. 7, Rn. 30).

II. Der Kläger unterlag in allen Zweigen der Sozialversicherung der Versicherungspflicht. Allerdings hatte er den Antrag auf Feststellung im Klageverfahren auf die Zeit bis zum 31. Dezember 2009 wirksam beschränkt, so dass auch die Feststellung der Beklagten auf diesen Zeitraum zu beschränken war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision war nicht zuzulassen.
Rechtskraft
Aus
Login
BRB
Saved
2019-03-04