

L 5 KR 5466/11

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Freiburg (BWB)

Aktenzeichen

S 1 KR 4054/09

Datum

28.09.2011

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 KR 5466/11

Datum

20.03.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 28.09.2011 aufgehoben und werden die Klagen abgewiesen.

Die Beklagte erstattet den Klägern ein Fünftel ihrer außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen. Im Übrigen sind außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen die Aufhebung ihrer Bescheide, mit denen sie die Tätigkeit des Klägers zu 1 als geschäftsführender Gesellschafter bei der Klägerin zu 2 seit dem 02.04.2008 als versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 Sozialgericht Viertes Buch (SGB IV) beurteilt hat, und die Feststellung, dass diese Tätigkeit nicht versicherungspflichtig war, durch das erstinstanzliche Urteil.

Die Klägerin zu 2 ist eine GmbH. Nach dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vom 09.12.1980 war gemäß § 2 Abs. 1 Gegenstand des Unternehmens der "Betrieb einer Metzgerei, einschließlich der Herstellung von Fleisch- und Wurstwaren aller Art". Das Stammkapital betrug 50.000 DM. Gesellschafter waren F. und H. F. F. brachte die Stammeinlage in Höhe von 5.000 DM in bar ein. H. F. leistete seinen Anteil an der Stammeinlage in Höhe von 45.000 DM durch Einbringung der von ihm als Einzelunternehmen betriebenen Metzgerei. Als erster allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer wurde H. F. bestellt.

In der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 02.04.2008 fassten die damaligen Gesellschafter H. F. (Stammkapital 45.000 DM) und C. F. (Stammkapital 5.000 DM) Beschlüsse zur Änderung des Gesellschaftsvertrags. Das Stammkapital wurde auf Euro umgestellt und auf insgesamt 25.600,00 EUR erhöht. Der Gegenstand der Gesellschaft nach § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages wurde wie folgt neu gefasst: "Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb einer Metzgerei, einschließlich der Herstellung von Fleisch- und Wurstwaren aller Art sowie der Erbringung sämtlicher Werk- und Dienstleistungen in den Bereichen Partyservice und Catering".

Weitere Änderungen des Gesellschaftsvertrags betrafen die §§ 6, 7, 8, 10, 11, 14, 15, 17, 18. Von dem früheren § 8 wurden nur die Absätze 1 und 2 in den neuen § 9 übernommen, womit u.a. der frühere Abs. 3 entfiel, der die Geschäftsführer von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreite. Der frühere § 9 regelte in Abs. 1, dass der Geschäftsführer nur aus wichtigem Grunde aus seinem Amte abberufen werden konnte und ausschließlich die Gesellschafterversammlung für die Abberufung zuständig war. Auch diese Regelung ist im Gesellschaftsvertrag ersatzlos entfallen.

Der Gesellschaftsvertrag enthält nun u.a. folgende Regelungen: §9 Geschäftsführung, Vertretung 1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Die Geschäftsführer sind einzeln geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt. 2. Zum ersten alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer wird bestellt: Herr H. F., Metzgermeister, V. Str. 1 M.-H. §10 Gesellschafterversammlung 1. Gesellschafterversammlungen werden durch die Geschäftsführer einberufen. Jeder Geschäftsführer ist allein einberufungsberechtigt. 2. Die Einberufung erfolgt durch eingeschriebenen Brief an jeden Gesellschafter unter Angabe von Ort, Tag, Zeit und Tagesordnung mit einer Frist von mindestens zwei Wochen bei ordentlichen Gesellschafterversammlungen und von mindestens einer Woche bei außerordentlichen Gesellschafterversammlungen; bei Eilbedürftigkeit kann die Einberufung mit angemessen kürzerer Frist erfolgen. Der Lauf der Frist beginnt mit dem der Aufgabe zur Post folgenden Tag. Der Tag der Versammlung wird bei Berechnung der Frist nicht mitgezählt. 3. Eine Gesellschafterversammlung ist nur beschlussfähig, wenn mindestens 50 % des Stammkapitals vertreten sind. Sind weniger als 50 % des Stammkapitals vertreten, ist unter Beachtung von Abs. 2 unverzüglich eine neue Gesellschafterversammlung mit gleicher Tagesordnung einzuberufen. Diese ist ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig, falls hierauf in der Einberufung hingewiesen wird.

4. Gesellschafterversammlungen finden am Sitz der Gesellschaft statt. Die Versammlung wählt mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen einen Vorsitzenden. Dieser leitet die Versammlung. 5. Sind sämtliche Gesellschafter anwesend oder vertreten und mit der Beschlussfassung einverstanden, so können Beschlüsse auch dann gefasst werden, wenn die für die Einberufung und Ankündigung geltenden gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Vorschriften nicht eingehalten worden sind. 6. Soweit über die Verhandlungen der Gesellschafterversammlung nicht eine notarielle Niederschrift aufgenommen wird, ist über den Verlauf der Versammlung (zu Beweis Zwecken, nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung) eine Niederschrift anzufertigen, in welcher Ort und Tag der Sitzung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Inhalt der Verhandlungen und die Beschlüsse der Gesellschafter anzugeben sind. Die Niederschrift ist vom Vorsitzenden zu unterzeichnen, Jedem Gesellschafter ist eine Abschrift der Niederschrift zu übersenden. §11 Gesellschafterbeschlüsse 1. Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefasst. Außerhalb von Versammlungen können sie, soweit nicht zwingendes Recht eine andere Form vorschreibt, durch schriftliche, fernschriftliche, telegraphische (E-Mail etc.) oder mündliche, auch fernmündliche Abstimmung gefasst werden, wenn sich jeder Gesellschafter an der Abstimmung beteiligt. 2. Soweit über Gesellschafterbeschlüsse nicht eine notarielle Niederschrift aufgenommen wird, ist über jeden außerhalb von Gesellschafterversammlungen gefassten Beschluss (zu Beweis Zwecken, nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung) unverzüglich eine Niederschrift anzufertigen, welche den Tag und die Form der Beschlussfassung, den Inhalt des Beschlusses und die Stimmabgaben anzugeben hat. Die Niederschrift ist jedem Gesellschafter abschriftlich unverzüglich zuzusenden. 3. Gesellschafterbeschlüsse werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit vorsehen. Stimmenthaltungen zählen als Nein-Stimmen. §12 Aufstellung des Jahresabschlusses Die Geschäftsführung hat innerhalb der ersten 6 Monate des darauffolgenden Geschäftsjahres auf den Schluss des vorangegangenen Geschäftsjahres einen Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung) aufzustellen und einen Geschäftsbericht zu fertigen. Die Aufstellung hat nach handels- und steuerrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen. 2. Das Recht der Gesellschafter auf Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft bleibt unberührt. Darüber hinaus steht es den Gesellschaftern zu, alle ihnen zweckdienlich erscheinenden Auskünfte über Vorgänge in der Gesellschaft zu verlangen. §13 Verwendung des Reingewinnes Über die Verwendung des Reingewinns beschließt die Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit. §14 Kündigung des Gesellschafterverhältnisses 1. Die Gesellschaft ist bis zum 31. Dezember 1985 unkündbar. Sie kann jeweils mit einer Frist von 6 Monaten auf den Schluss eines Geschäftsjahres gekündigt werden. Eine Kündigung ist erstmals zum 31. Dezember 1985 zulässig. 2. Die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses hat durch eingeschriebenen Brief gegenüber der Gesellschaft zu erfolgen. Die Frist gem. Abs. 1 ist mit der Aufgabe des Briefes zur Post gewahrt. 3. Die Kündigung hat nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern nur das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters zur Folge. 4. Der ausscheidende Gesellschafter ist verpflichtet, nach Wahl der verbleibenden Gesellschafter seinen Geschäftsanteil - ganz oder teilweise - an einen oder mehrere zu benennende Gesellschafter oder an einen zu benennenden Dritten oder unter Beachtung der Bestimmungen des [§ 33 GmbHG](#) an die Gesellschaft selbst abzutreten oder die Einziehung des Anteils zu dulden. Für die Einziehung gelten die Bestimmungen in dieser Satzung. Wird bis zum Ablauf der Kündigungsfrist dem ausscheidenden Gesellschafter niemand benannt, an den er seinen Geschäftsanteil abzutreten hat oder die Einziehung des Anteils nicht beschlossen, ist die Gesellschaft aufgelöst. 5. Der ausscheidende Gesellschafter erhält eine Abfindung. Die Höhe der Abfindung und die Zahlungsweise sind in dieser Satzung geregelt. §15 Abfindung 1. In allen Fällen, in welchen ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet - ausgenommen bei Verkauf des Geschäftsanteils -, ohne dass die Gesellschaft aufgelöst und abgewickelt wird, ist der ausscheidende Gesellschafter wegen aller seiner Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen in Geld abzufinden. 2. Die Auseinandersetzungsbilanz ist wie folgt zu erstellen: Für die Auseinandersetzung ist die Summe der Geschäftsanteile der letzten vor dem Austritt erstellten Handelsbilanz maßgebend. Sonderabschreibungen auf Anlagen sind nicht zu berücksichtigen. Der Summe der Geschäftsanteile ist der Zeitwert der geringwertigen Wirtschaftsgüter sowie der Anteil an den offenen Rücklagen und der den Kapitalanteilen entsprechende Anteil am Gewinnvortrag zuzurechnen. Bei den geringwertigen Wirtschaftsgütern sind nur solche zu berücksichtigen, welche in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden angeschafft worden sind, Dieser Wert ist nach den Richtlinien des Vermögenssteuergesetzes festzustellen. Ein etwaiger Firmenwert ist nicht zu berücksichtigen. Für stille Reserven beim übrigen Anlagevermögen werden 10 % der Buchwerte den Geschäftsanteilen zugerechnet. Von dem so errechneten Wert sind die Nennwerte der Geschäftsanteile abzuziehen. Von dem Restwert erhält der ausscheidende Gesellschafter seinen Anteil entsprechend seinem Anteil am Stammkapital nach § 3 Abs. 2 dieses Vertrages. 3. Scheidet ein Gesellschafter gem. § 8 Abs. 2 oder Abs. 3 aus der Gesellschaft aus, so tritt an Stelle des o.g. Werts der Buchwert seines Geschäftsanteils nach der zuletzt festgestellten Handelsbilanz der Gesellschaft. 4. Kommt über den Wert des Geschäftsanteils eine Einigung zwischen den Gesellschaftern nicht zustande, so wird der Wert für alle Gesellschafter verbindlich durch das Gutachten eines von der Industrie- und Handelskammer S. O. F. zu bestimmenden Steuerberaters festgelegt. Die Kosten für dieses Schiedsgutachten fallen der Gesellschaft zur Last. 5. Das Abfindungsguthaben ist in vier gleichen Jahresraten auszuzahlen. Die erste Rate wird ein halbes Jahr nach dem Ausscheiden zur Zahlung fällig. Die Gesellschaft ist berechtigt, Zahlungen vor den Fälligkeitsterminen zu leisten. 6. Das Abfindungsguthaben ist mit 8 v.H. jährlich zu verzinsen. Die Auszahlung der Zinsen erfolgt binnen vier Wochen nach Genehmigung des Jahresabschlusses. 7. Der ausscheidende Gesellschafter kann eine Sicherheitsleistung für seinen Abfindungsanspruch nur dann verlangen, wenn die Gesellschaft mit einer Rate länger als drei Monate in Verzug ist. § 16 Abwicklung der Gesellschaft 1. Im Falle der Abwicklung der Gesellschaft sind der oder die Geschäftsführer die Abwickler. 2. Am Liquidationserlös nehmen die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Einlagen teil. § 17 Bekanntmachungen Die Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen ausschließlich im elektronischen Bundesanzeiger. §18 Wettbewerbsverbot 1. Kein Gesellschafter darf der Gesellschaft während der Dauer seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft weder unmittelbar noch mittelbar, direkt oder indirekt, gelegentlich oder gewerbsmäßig Konkurrenz machen oder sich als Gesellschafter an einem Konkurrenzunternehmen beteiligen. Verboten sind alle Geschäfte im Produktionszweig und im Handelszweig der Gesellschaft und zwar im eigenen oder fremden Namen sowie auf eigene oder fremde Rechnung. 2. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot verpflichten sich die Gesellschafter, eine Vertragsstrafe in Höhe von Euro 5.000,- im Einzelfall an die Gesellschaft zu bezahlen. Daneben bleiben die sonstigen vertraglichen und gesetzlichen Rechte, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz, bestehen.

Neben dem Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags fassten die damaligen Gesellschafter H. und C. F. ebenfalls am 02.04.2008 einstimmig folgende Beschlüsse:

Teilung eines Geschäftsanteils und Verkauf Der beabsichtigten Teilung des Geschäftsanteils des Gesellschafters H. F. in Höhe von Euro 23.040,- in zwei Geschäftsanteile im Nennwert von Euro 20.480,- und Euro 2.560,- und dem Verkauf und der Abtretung des zuletzt genannten Geschäftsanteils an Herrn W. P. wird zugestimmt. Die Gesellschafterin C. F. verzichtet auf die ihr zustehenden Vorerwerbsrechte und die damit verbundene Einhaltung von Formen und Fristen im Hinblick auf die Unterbreitung und Annahme eines Verkaufsangebots. Geschäftsführerbestellung Herr W. P., geb. 1961, Metzgermeister, wohnhaft B. 8, B. a.K., wird mit Wirkung vom heutigen Tage zum weiteren Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Herr P. ist berechtigt, die Gesellschaft allein zu vertreten. Er ist darüber hinaus vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit. Die Gesellschafterversammlung hat den Entwurf des schriftlichen

Geschäftsführervertrags mit Herrn P. zur Kenntnis genommen und billigt dessen Inhalt. Der Gesellschafter H. F. wird beauftragt und bevollmächtigt, im Auftrag der Gesellschafterversammlung für die GmbH den Geschäftsführervertrag mit Herrn P. abzuschließen. Tantiemeregulation Aus Gründen der Gleichbehandlung soll auch für den Geschäftsführer H. F. dieselbe Tantieme-Regelung gelten, wie im Entwurf des schriftlichen Geschäftsführervertrags mit dem neuen Geschäftsführer W. P. aufgeführt. Der Geschäftsführervertrag zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer H. F. wird deshalb (unter Aufhebung der bisherigen Tantieme-Regelung) durch folgende Klausel ergänzt: "Ferner erhält der Geschäftsführer eine Tantieme in Höhe von 15 % aus dem den Betrag von EUR 20.000,- übersteigenden Jahresüberschuss der Handelsbilanz vor Verrechnung mit Verlustvorträgen und vor Abzug der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Die Bemessungsgrundlage ist hierbei nicht um etwaige Anteile stiller Gesellschafter, um die Tantieme selbst und um andere gewinnabhängige Aufwendungen der Gesellschaft zu kürzen. Die Gewinn tantieme ist einen Monat nach Genehmigung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung zur Zahlung fällig."

Mit Kauf- und Abtretungsvertrag vom gleichen Tag teilte der Gesellschafter H. F. seinen Geschäftsanteil in zwei Anteile mit dem Nennbetrag von 20.480 EUR und 2.560 EUR und verkaufte den Geschäftsanteil im Nennwert von 2.560 EUR an den Kläger zu 1 gegen einen Kaufpreis in Höhe von 20.000 EUR.

Weiterhin wurde am 02.04.2008 der Geschäftsführervertrag zwischen der Klägerin zu 2 und dem Kläger zu 1 folgenden Inhalts geschlossen: §1 Geschäftsführung und Vertretung 1. Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze und des Gesellschaftsvertrags allein zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft allein zu führen; diese Alleinvertretungsbefugnis und Alleingeschäftsführungsbefugnis gilt auch dann, wenn die Gesellschaft über mehrere Geschäftsführer verfügt. 2. Der Geschäftsführer ist vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit. §2 Einzelne Aufgaben 1. Dem Geschäftsführer obliegt die Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen. Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, so können diese eine Geschäftsordnung beschließen, im Rahmen derer bestimmte Aufgabengebiete und Tätigkeitsbereiche vornehmlich dem einen oder dem anderen Geschäftsführer obliegen sollen. 2. Der Geschäftsführer nimmt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahr. 3. Der Geschäftsführer kann über die Zeit, die Dauer und den Umfang seiner Tätigkeit frei bestimmen und ist insoweit nicht irgendwelchen Weisungen der Gesellschafterversammlung oder eines Mitgeschäftsführers unterworfen; dies gilt im Grundsatz auch für die Bestimmung des Orts der Ausübung der Tätigkeit, soweit dem nicht zwingende betriebliche Gründe entgegenstehen. §3 Vertragsdauer 1. Dieser Vertrag beginnt am 01.04.2008. 2. Der Vertrag ist auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. 3. Der Vertrag kann von jeder Partei mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. 4. Die Kündigung des Vertrags bedarf der Schriftform. Kündigt der Geschäftsführer, so ist das Kündigungsschreiben an den Gesellschafter mit der höchsten Kapitalbeteiligung zu richten. 5. Die Abberufung als Geschäftsführer ist nur aus wichtigem Grund zulässig. Die Abberufung ist schriftlich auszusprechen. Sie gilt gleichzeitig als Kündigung des Anstellungsverhältnisses zum nächst zulässigen Zeitpunkt. §4 Bezüge des Geschäftsführers 1. Der Geschäftsführer erhält ein festes Monatsgehalt in Höhe von EUR 5.500,-. 2. Darüber hinaus erhält der Geschäftsführer für die Dauer dieses Geschäftsführervertrages einen Zuschuss zur Krankenversicherung in Höhe des Arbeitgeberanteils, wie er bei einer Krankenversicherungspflicht des Geschäftsführers bestünde, höchstens jedoch in Höhe der Hälfte des Betrages, welchen der Geschäftsführer für seine Krankenversicherung aufzuwenden hat; derzeit beläuft sich dieser Zuschuss auf monatlich EUR 225,-. 3. Besteht das Dienstverhältnis über den Schluss eines Kalenderjahres hinaus, so erhält der Geschäftsführer zusätzlich eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Monatsgehalts, wobei die Gratifikation mit dem letzten Gehalt des Jahres bezahlt wird; hat das Dienstverhältnis nicht das ganze Jahr bestanden, besteht ein zeitanteiliger Anspruch auf Auszahlung der Weihnachtsgratifikation (im vorliegenden Falle bei Beginn des Geschäftsführervertrags ab 01.04.2008: 9/12 eines Monatsgehalts). 4. Des weiteren erhält der Geschäftsführer ein mit dem Juli-Gehalt zahlbares Urlaubsgeld in Höhe von EUR 1.600,-; für das Jahr 2008 gilt die zeitanteilige Regelung gem. vorstehendem Abs. 3 sinngemäß. 5. Ferner erhält der Geschäftsführer eine Tantieme in Höhe von 15 % aus dem den Betrag von EUR 20.000,- übersteigenden Jahresüberschuss der Handelsbilanz vor Verrechnung mit Verlustvorträgen und vor Abzug der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Die Bemessungsgrundlage ist hierbei nicht um etwaige Anteile stiller Gesellschafter, um die Tantieme selbst und um andere gewinnabhängige Aufwendungen der Gesellschaft zu kürzen. Die Gewinn tantieme ist einen Monat nach Genehmigung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung zur Zahlung fällig. 6. Schlussendlich übernimmt die Gesellschaft die Bedienung der Prämien der bestehenden Direktversicherung zwischen dem Geschäftsführer und der S.-Versicherung AG mit der Versicherungsscheinnummer 4 in Höhe von jährlich EUR 1.742,50 (zahlungsweise halbjährlich im Juni und im Dezember eines jeden Jahres) und stellt den Geschäftsführer von derartigen Prämienzahlungen frei. 7. Ein Anspruch auf Vergütung von Überstunden, Sonntags-, Feiertags- oder sonstiger Mehrarbeit besteht nicht. §5 Aufwendungsersatz, Spesen 1. Trägt der Geschäftsführer im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit Kosten und Aufwendungen, so werden sie ihm von der Gesellschaft erstattet, sofern der Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Betriebsbedingtheit belegt oder diese offenkundig ist. 2. Reisespesen und sonstige Spesen werden bis zu den jeweils steuerlich zulässigen Höchstsätzen ersetzt. §6 Urlaub Der Geschäftsführer hat Anspruch auf 25 Tage Urlaub im Kalenderjahr. Ist ein weiterer Geschäftsführer bestellt, so sind die Zeitpunkte, in denen Urlaub genommen wird, zwischen den Geschäftsführern abzustimmen.

§7 Krankheit, Betriebsunfälle 1. Der Geschäftsführer hat bei Erkrankung oder unverschuldeter Verhinderung in der Ausübung seiner Tätigkeit Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge einschließlich der Tantieme auf die Dauer von 3 Monaten, 2. Stirbt der Geschäftsführer, so wird seinen Hinterbliebenen (der Witwe oder, wenn nur Kinder vorhanden sind, den Kindern, die minderjährig sind oder in einer Berufsausbildung stehen und vom Geschäftsführer unterhalten worden sind) das feste Gehalt für die Dauer von 3 Monaten weiterbezahlt; der Tantiemeanspruch bleibt zeitanteilig bis zum Monatsletzten, der auf das Ableben folgt, bestehen. 3. Die GmbH verpflichtet sich, den Geschäftsführer gegen Betriebsunfälle, insbesondere gegen Wegeunfälle auf Geschäftsreisen und Geschäftsfahrten - auch zwischen Wohnung und Betrieb - auf eigene Kosten angemessen zu versichern. Die Versicherung hat Zahlungen für den Fall der Invalidität und des Todes zu umfassen. Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag sollen dem Geschäftsführer oder im Todesfall den von ihm benannten Personen unmittelbar - ohne Durchgangserwerb bei der Gesellschaft - zustehen. §8 Verpflichtung zur Darlehensgewährung Neben seiner Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft hat der Geschäftsführer ein weiteres Unternehmerrisiko dergestalt zu übernehmen, dass er der Gesellschaft ein Darlehen über EUR 15.000,- ohne Sicherheiten zur Verfügung stellt. Näheres regelt der beigefügte Darlehensvertrag, der als Anlage 1 diesem Geschäftsführervertrag angeheftet ist. §9 Schlussbestimmungen 1. Die Ungültigkeit einzelner Bestimmungen berührt nicht die Rechtswirksamkeit des Vertrags im Ganzen. Anstelle der unwirksamen Vorschrift ist eine Regelung zu vereinbaren, die der wirtschaftlichen Zwecksetzung der Parteien am ehesten entspricht. Dasselbe gilt für eine Regelungslücke, 2. Alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag werden im ordentlichen Rechtsweg entschieden. Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Gerichtsstand ist Freiburg i. Br.

Mit Darlehensvertrag vom 02.04.2008 gewährte der Kläger zu 1 der Klägerin zu 2 ein Darlehen in Höhe von 15.000 EUR zu einem Zinssatz von 4% p.a., rückzahlbar in monatlichen Tilgungsraten in Höhe von 250 EUR bei vierteljährlicher Zinszahlung auf die jeweilige Darlehens-

Restvaluta.

Am 12.06.2008 beantragte die Klägerin zu 2 die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers zu 1.

Mit Bescheid vom 26.11.2008 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Klägers zu 1 als geschäftsführender Gesellschafter bei der Klägerin zu 2 seit dem 02.04.2008 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird und die Versicherungspflicht dem Grunde nach mit Aufnahme der Tätigkeit beginnt. Zur Begründung wurde ausgeführt, auf Grund seiner Stammeinlage von 10 % des Stammkapitals könne der Kläger zu 1 bei der Klägerin zu 2 wegen Fehlens einer Sperrminorität keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben, weil er ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschafterversammlung nicht verhindern könne. Für eine abhängige Beschäftigung des Klägers zu 1 spreche weiter sein festes Monatsgehalt, sein Lohnfortzahlungsanspruch im Falle der Krankheit sowie sein Anspruch auf Jahresurlaub. Auch verfüge der Kläger zu 1 als Geschäftsführergesellschafter nicht allein über die für die Führung der Klägerin zu 2 notwendigen Branchenkenntnisse, weil der geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter H. F. über diese Kenntnisse ebenfalls verfüge. Trotz der weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Klägers hinsichtlich seiner Arbeitszeit, seines Arbeitsortes und der Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit bleibe dessen Arbeitsleistung fremdbestimmt, weil sie sich in einer nicht von ihm selbst vorgegebenen Ordnung des Betriebes eingliedere. Der Kläger zu 1 unterliege der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung sowie den Weisungen des Mehrheitsgesellschafters.

Gegen diesen Bescheid legten die Kläger Widersprüche ein und machten zur Begründung im Wesentlichen geltend, dass sich aus § 2 Abs. 3 des Geschäftsführervertrags ausdrücklich ergebe, dass der Kläger zu 1 über Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit absolut frei bestimmen könne und nicht irgendwelchen Weisungen der Gesellschafterversammlung oder eines Mitgeschäftsführers unterworfen sei. Damit könnten in einer Gesellschafterversammlung auch keine entgegenstehenden Beschlüsse gefasst werden. Durch das bewusste Absehen von einem Zustimmungskatalog seien sämtliche denkbaren Rechtsgeschäfte des Klägers zu 1 als Geschäftsführer der Klägerin zu 2 im Außenverhältnis zulässig, ohne dass zuvor eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung eingeholt werden müsste. Mithin unterliege der Kläger zu 1 als Geschäftsführer der Klägerin zu 2 nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit nicht einem seine persönliche Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht der Klägerin zu 2. Für die Arbeitgeberstellung des Klägers zu 1 spreche weiter, dass er nach dem Geschäftsführervertrag als Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden könne. Des Weiteren sei der Kläger zu 1 von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Auch verfüge der Kläger zu 1 im Hinblick auf den Gegenstand der Klägerin zu 2 "Erbringung sämtlicher Werk- und Dienstleistungen in dem Bereich Partyservice und Catering" allein über das besondere Know-how. Als Voraussetzung für die Übertragung der Geschäftsführerstellung an den Kläger zu 1 habe dieser der Klägerin zu 2 ein Darlehen über 15.000 EUR gewähren müssen und sei damit selbst ein nicht unerhebliches eigenes wirtschaftliches Unternehmerrisiko eingegangen.

Die Kläger haben eine von den Gesellschaftern H. und C. F. unter dem 11.12.2008 unterzeichnete Bestätigung mit folgendem Wortlaut vorgelegt:

1. Ich, H. F., geboren 1957, V. 1, H., bin einer der drei Gesellschafter der im Handelsregister des Amtsgerichts Freiburg unter HRB 2 eingetragenen H. F. GmbH mit dem Sitz in M.-H.; von dem insgesamt 25.600,00 betragenden Stammkapital der Gesellschaft halte ich einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von Euro 20.480,00. 2. Ich, C. F., geboren 1982, V. 1, M.-H., bin ebenfalls Gesellschafterin der H. F. GmbH mit einer Stammeinlage von Euro 2.560,00. 3. Weiterer Gesellschafter ist seit April 2008 Herr W. P., geboren am 23.08.1961, wohnhaft B. 8, B. a. K. 4. Wir, die Gesellschafter H. F. und C. F., bestätigen hiermit Folgendes: In den Verhandlungen im Frühjahr 2008 mit Herrn P. im Hinblick auf dessen Beitritt zur Gesellschaft als weiterer dritter Gesellschafter und dessen beabsichtigte Bestellung zum weiteren Geschäftsführer der Gesellschaft war seitens des Herrn P. mit Nachdruck immer wieder klargestellt worden, dass er nur unter der Prämisse Gesellschafter und insbesondere weiterer Geschäftsführer werden wolle, wenn er völlig frei "schalten und walten" könne im Amte als Geschäftsführer. Herr P. wies darauf hin, dass er viele Jahre lang (weisungsfreier) Gesellschafter- Geschäftsführer eines großen Konkurrenzunternehmens der Firma H. F. GmbH gewesen sei und dort Unternehmerfunktion und Arbeitgeberfunktion ausgeübt habe. Er könne es sich nicht vorstellen, nach all den Jahren vom Aufgabenfeld her, vom Status her, von seinen Fähigkeiten und der Qualifikation her einen erheblichen Rückschritt vorzunehmen und sich in eine Arbeitnehmer-Stellung zu begeben. Nach durchaus intensiven, nicht immer ganz einfachen Verhandlungs-Runden haben wir uns als Gesellschafter gegenüber Herrn P. verpflichtet, vom Weisungsrecht der Gesellschafter bzw. der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer P. keinen Gebrauch zu machen, sondern ihn so zu behandeln, als wäre er stimmrechtsmäßig mit unseren Gesellschaftsanteilen gleichberechtigt oder würde zumindest über eine Sperrminorität mit sehr weit gehendem Vetorecht verfügen. In Erfüllung dieser Zusage haben wir bei der Neufassung der Satzung der GmbH bewusst auf die Aufnahme des sonst üblichen Zustimmungskatalogs im Hinblick auf die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung für bestimmte Rechtsgeschäfte und sonstige Willenserklärungen des Geschäftsführers gerade auch im Hinblick auf den Geschäftsführer P. ebenso verzichtet, wie auf die Aufnahme eines entsprechenden Katalogs in den Geschäftsführervertrag mit Herrn P. ... Wir bestätigen darüber hinaus, dass wir bzw. die Gesellschafterversammlung seit Bestellung des Herrn W. P. zum weiteren Geschäftsführer zu keinem Zeitpunkt von irgendeinem Weisungsrecht Gebrauch gemacht haben gegenüber Herrn P. und dass wir dies auch in Zukunft nicht zu tun beabsichtigen im Hinblick auf die diesbezüglichen Abreden mit Herrn P. ... Diese Abrede - völlige Weisungsfreiheit - würde so ausdrücklich in § 2 Abs. 3 des Geschäftsführer-Vertrags mit Herrn P. schriftlich fixiert und von uns als Anstellungs-Organ (Gesellschafterversammlung) so auch abgesegnet und mitgetragen. Darüber hinaus wurde - ebenfalls auf Wunsch des Herrn P. - ihm in § 2 Abs. 2 des Geschäftsführer-Vertrags die Stellung eines Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften übertragen, darüber hinaus wurde ausdrücklich schriftlich fixiert (§ 3 Abs. 5), dass Herr P. nur aus wichtigem Grunde aus der Organ-Stellung als Geschäftsführer abberufen werden kann - ein sehr ungewöhnliches Zugeständnis für einen Minderheitsgesellschafter, bewusst aber von uns so mitgetragen zur weiteren Klarstellung, dass Herr P. einem hälftig am Stammkapital beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer gleichgestellt sein soll. Im Gegenzug haben wir darauf gedrängt, dass Herr P. seine Unternehmerfunktion und das Mittragen des kaufmännischen Risikos dadurch unter Beweis stellen müsse, dass er - über seine Einlage hinaus - der Gesellschaft ein Gesellschafter-Darlehen in Höhe von Euro 15.000,00 ohne jede Sicherheit zu gewähren habe. Dies war absolute Bedingung für die Bestellung zum Geschäftsführer; diese Bedingung wurde seitens des Herrn P. akzeptiert, das Darlehen wurde gewährt. Die tägliche Praxis entspricht absolut den getroffenen und im Geschäftsführervertrag fixierten Vereinbarungen: Herr P. bestimmt absolut selbstständig und frei über seine Zeit, die Dauer und den Umfang seiner Tätigkeit als Geschäftsführer und auch über den Ort der Ausübung seiner Tätigkeit, ist ohne jede Einschränkung absolut weisungsfrei und selbstständig.

Mit den Widerspruchsbescheiden vom 21.07.2009 wurden die Widersprüche der Kläger zurückgewiesen. Es sei nicht maßgebend, ob das

Weisungsrecht und Direktionsrecht des Auftraggebers laufend ausgeübt werde. Entscheidend sei vielmehr, dass der Auftraggeber die Rechtsmacht habe, die Durchführung der Beschäftigung entscheidend zu bestimmen. Dieses Recht ergebe sich aus dem GmbH-Gesetz, wonach die Gesellschafterversammlung über Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern zu entscheiden habe, den Gesellschaftszweck ändern könne, Weisungen über Gründung und Schließung von Zweigstellen erteilen könne, mithin von der Gesellschafterversammlung das gesamte Gepräge der Gesellschaft gesteuert werde.

Die Kläger haben ihr Begehren weiterverfolgt und am 12.08.2009 Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben. Zur Begründung haben sie ergänzend zum Vorbringen im Verwaltungsverfahren auf die Bestätigung der Mitgesellschafter C. F. und H. F. vom 11.12.2008 hingewiesen, wonach die beiden Mitgesellschafter in Gesellschafterversammlungen keinen Gebrauch von dem einer Gesellschafterversammlung als oberstes Organ einer GmbH zustehenden Weisungsrecht gegenüber dem Kläger zu 1 machen würden. Rechtlich handele es sich dabei um eine wirksame Stimmbindungsvereinbarung, welche auch außerhalb entsprechender Satzungsbestimmungen möglich und rechtlich zulässig sei. Ein Verstoß gegen eine solche Stimmbindungsvereinbarung mache zwar die Stimmabgabe im Rahmen einer Gesellschafterversammlung nicht unzulässig, ein Verstoß gegen diese verpflichte jedoch zum Schadensersatz.

Die Beklagte ist den Klagen entgegengetreten und hat sich zur Begründung auf die Gründe des Widerspruchsbescheids bezogen sowie ergänzend ausgeführt, die Tatsache, dass der Kläger zu 1 das Geschäftsfeld "Partyservice und Catering" innoviert habe und zu einem Umsatzträger der Klägerin zu 2 ausgebaut habe, sei kein Indiz für das Vorliegen einer selbständigen unternehmerischen Erwerbstätigkeit. Vielmehr gehöre dies zum Aufgabenbereich des Klägers zu 1 bei der Klägerin zu 2.

Mit an die Kläger ergangenen Bescheiden vom 25.08.2011 hat die Beklagte die Bescheide vom 26.11.2008 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.07.2009 insoweit geändert, als sie festgestellt hat, dass in der seit 02.04.2008 vom Kläger zu 1 ausgeübten Beschäftigung als geschäftsführender Gesellschafter bei der H. F. GmbH Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht und ab dem 01.01.2011 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr besteht. In dem zu beurteilenden Beschäftigungsverhältnis bestehe laufend Versicherungspflicht in der Rentenversicherung ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#)) sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ([§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)) und in der Zeit vom 02.04.2008 bis 31.12.2010 habe auch Versicherungspflicht in der Krankenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#)) und in der Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) in Verbindung mit Satz 1 SGB XI) bestanden, weil sich aus den vorliegenden Unterlagen keine Tatbestände ergäben, die die Versicherungspflicht ausschlossen oder Versicherungsfreiheit begründeten beziehungsweise weil keine Befreiung von der Versicherungspflicht bestehe. Ab dem 01.01.2011 bestehe in der Krankenversicherung Versicherungsfreiheit wegen des voraussichtlichen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze des Jahres 2011 ([§ 6 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 SGB V](#)). Das zusätzliche Erfordernis, dass das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze in drei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren überschritten haben müsse (sog. dreijährige Wartefrist), sei zum Ende des Jahres 2010 erfüllt. Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung für privat Krankenversicherte bestehe jedoch ([§ 23 Abs. 1 SGB XI](#)).

Mit Urteil vom 28.09.2011 hat das SG die Bescheide der Beklagten vom 26.11.2008 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.07.2009 und in der Fassung der Bescheide vom 25.08.2011 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger zu 1 seit Aufnahme der Tätigkeit als Geschäftsführer für die Klägerin zu 2 am 02.04.2008 nicht sozialversicherungspflichtig ist. Bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter seien, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine sogenannte Sperrminorität verfügten, liege regelmäßig eine abhängige Beschäftigung vor. Eine hiervon abweichende Beurteilung komme in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zuließen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor. Gemessen an diesen Maßstäben sei die Geschäftsführertätigkeit des Klägers zu 1 bei der Klägerin zu 2 als selbständige Tätigkeit einzustufen. Zwar verfüge der Kläger zu 1 weder über eine Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität. Der vorliegende Fall zeichne sich aber durch Besonderheiten aus, welche dennoch die Einstufung der Tätigkeit des Klägers zu 1 als selbständige Tätigkeit bedingen. Insoweit sei für das Gericht maßgebend, dass nach § 2 des Geschäftsführervertrages dem Kläger zu 1 die Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen obliege (§ 2 Abs. 1 Geschäftsführervertrag) und er im Rahmen seiner Tätigkeit nicht irgendwelchen Weisungen der Gesellschafterversammlung oder eines Mitgeschäftsführers unterworfen sei (§ 2 Abs. 3 Geschäftsführervertrag). Auf Grund dieser dem Kläger zu 1 eingeräumten Rechtsmacht könne er maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen, ohne dass die Gesellschafterversammlung ihn im Rahmen seines Aufgabenbereiches beschränken könnte, zumal die Abberufung des Klägers zu 1 als Geschäftsführer nach § 3 Abs. 5 Geschäftsführervertrag nur aus wichtigem Grund zulässig sei. Angesichts dieser klaren Regelungen, könne das Gericht eine Weisungsgebundenheit des Klägers zu 1 selbst ansatzweise nicht erkennen. Da die dem Kläger rechtlich eingeräumte Stellung auch tatsächlich in der Gesellschaft so praktiziert werde und der Kläger zu 1 der Klägerin zu 2 ein für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis geradezu atypisches Darlehen gewährt habe, sei die Kammer der Auffassung, dass die Tätigkeit des Klägers zu 1 als eine selbständige Tätigkeit einzuordnen sei.

Gegen dieses ihr am 11.11.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am Montag, den 12.12.2011 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt und im Wesentlichen geltend gemacht, Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, die keinen maßgebenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft hätten, also weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine umfassende Sperrminorität verfügten, seien als Arbeitnehmer im Sinne der Sozialversicherung zu qualifizieren. Sie seien nicht in der Lage, sich gegenüber Weisungen der Mehrheit in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort ihrer Geschäftsführertätigkeit, die ihnen nicht genehm seien, zur Wehr zu setzen. Das BSG habe in seinen Entscheidungen vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - (USK 2006-8) und vom 24.01.2007 - [B 12 KR 3 1/06 R](#) - (USK 2007-82) nochmals klargestellt, dass zu den tatsächlichen Verhältnissen eines zu beurteilenden Vertragsverhältnisses auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht gehöre - unabhängig von ihrer Ausübung. Die Weisungsgebundenheit eines leitenden Angestellten könne sich zwar - wie offenbar vorliegend - zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern, gleichwohl liege aber keine selbständige Tätigkeit vor. Diese Auffassung werde auch von Dr. Josef Berchtold, ehemals stellvertretender Vorsitzender des 12. Senats des BSG, nunmehr Vorsitzender Richter des 5. Senats des BSG, in seiner Kommentierung zu [§ 7 SGB IV](#) in Beck'sche Kurz-Kommentare - Kommentar zum Sozialrecht, Rn. 45 f. geteilt. Sofern die im Zuge der jüngeren Rechtsprechung des BSG erfolgte Präzisierung des Begriffs der tatsächlichen Verhältnisse auch auf Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer von GmbHen Anwendung finde, wäre auch in dieser Konstellation die Rechtsbeziehung maßgeblich so wie sie praktiziert werde und die praktizierte so wie sie rechtlich zulässig sei. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze wäre zu klären, ob die im Gesellschaftsvertrag und im Geschäftsführervertrag getroffenen Regelungen, die eine wertende Zuordnung zum Typus des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erlaubten, formlos abbedingbar seien, was ihrer

Ansicht nicht der Fall sei. Nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags erfolge die Beschlussfassung in der Gesellschaft mit einfacher Mehrheit, weshalb der Kläger zu 1 mit lediglich 10 v. H. von ihm gehaltenen Gesellschaftsanteilen Weisungen der Mehrheit der Gesellschafterversammlung in Bezug auf seine Geschäftsführertätigkeit nicht verhindern könne. Nach § 1 des Geschäftsführervertrags habe der Kläger zu 1 sein Amt nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen und des Gesellschaftsvertrages zu führen. Nach den weiteren Bestimmungen des Geschäftsführervertrags habe der Kläger zu 1 - was auch für eine abhängige Beschäftigung spreche - zudem Anspruch auf ein monatliches Festgehalt (§ 4), auf 25 Arbeitstage Erholungsurlaub im Kalenderjahr (§ 4) und Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit für die Dauer von 3 Monaten (§ 6). Nach § 3 Abs. 5 des Geschäftsführervertrages könne der Kläger zu 1 zudem aus wichtigem Grund abberufen/gekündigt werden. Wenn von der Gesellschafterversammlung den Vorlagen und Entscheidungen des Klägers zu 1 bisher stets gefolgt worden sei, sei dies Ausdruck seiner fachlichen Kompetenz, nicht aber - wie vom SG angenommen - einer Weisungsfreiheit. Die Nichtausübung eines bestehenden Kontroll- und Weisungsrechts durch die Gesellschafterversammlung oder eines Widerspruchsrechts durch den Mehrheitsgesellschafter in der Vergangenheit impliziert nämlich nicht schon die Weisungsungebundenheit des Geschäftsführers. Im Falle eines Konflikts mit der Gesellschafterversammlung bzw. den anderen Gesellschaftern hätte der Kläger zu 1 nämlich allein aufgrund seiner Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Kontakte und seiner dadurch begründeten Bedeutung für die Gesellschaft keine beherrschende Position inne, die trotz der vertraglichen Situation faktische Weisungsungebundenheit bedingen würde. Insbesondere könne der von der Gesellschafterversammlung als zuständigem Organ zu schließende und ggf. allein von ihr zu ändernde Geschäftsführervertrag nicht mehr Kompetenzen übertragen als dies der Gesellschaftsvertrag zulasse.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 28.09.2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und sich im Berufungsverfahren auch nicht geäußert.

Die Kläger wiederholen und ergänzen ihr bisheriges Vorbringen und heben hervor, die in der Berufungsbegründung vorgetragene Rechtsmeinung, dass Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, die keinen maßgebenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft hätten, also weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine umfassende Sperrminorität verfügen, immer als Arbeitnehmer in Sinne der Sozialversicherung zu qualifizieren seien, sei unzutreffend. Denn auch wenn der geschäftsführende Gesellschafter über keine Mehrheit am Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfüge, könne eine abhängige Beschäftigung weiter dann ausgeschlossen sein, wenn es ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestatte, nicht genehme Weisungen zu verhindern. Dies habe das SG zutreffend erkannt und auf die Besonderheiten der vorliegenden Fallkonstellation verwiesen. Ausweislich der Bestimmungen in § 2 Abs. 3 des Geschäftsführervertrags sei der Kläger zu 1 vollständig weisungsfrei. Die Gesellschafterversammlung sei aufgrund dieser Bestimmung und der Stimmbindungsvereinbarung nicht berechtigt, dem Kläger zu 1 Weisungen in Bezug auf seine Geschäftsführertätigkeit zu erteilen. Abgesehen davon, dass im Hinblick auf § 2 Ziffer 3 des Geschäftsführervertrags Weisungen rechtlich unbeachtlich wären, habe es in all den Jahren seit dem 01.04.2008 niemals auch nur den Versuch gegeben, dem Kläger zu 1 irgendwelche Weisungen zu erteilen; dies sei auch in den zukünftigen Jahren nicht beabsichtigt. Diese uneingeschränkte Weisungsfreiheit sei das absolute Gegenstück zu der Rechtsfigur eines bei Abschluss diverser Rechtsgeschäfte von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängigen Geschäftsführers einer GmbH. Auch könne eine Gesellschafterversammlung - entgegen der Berufungsbegründung - den Inhalt eines Geschäftsführervertrags nicht "allein" abändern. Der Kläger zu 1 könne gemäß § 3 Abs. 5 des Geschäftsführervertrags zudem nicht jederzeit und ohne Angabe von Gründen, wie dies das Gesetz vorsehe, aus dem Amt des Geschäftsführers abberufen werden, sondern nur aus wichtigem Grund. Regelungen im Geschäftsführervertrag betreffend Festgehalt, Urlaub, Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit etc. sei keine entscheidende Bedeutung zuzumessen, sie könnten nur dazu dienen, das Bild abzurunden und träten immer dann, wenn eine Weisungsfreiheit des betreffenden Gesellschafter-Geschäftsführers festgestellt werde, völlig in den Hintergrund. Im Übrigen sei bezüglich der Aufnahme von Klauseln in GmbH-Geschäftsführerverträgen betreffend fixe Vergütung, Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsanspruch etc. die Vertragsgestaltungs-Praxis zu beachten. In Vorschlägen zur Gestaltung von GmbH-Geschäftsführerverträgen für Mehrheitsgesellschafter/Alleingesellschafter in den einschlägigen Formularbüchern bzw. in den über Internet-Portale zugänglichen diesbezüglichen Vertragsformularen (z.B. "Beck-Online") seien ohne Ausnahme derartige Bestimmungen vorgesehen. Wären derart zentrale Bestimmungen nicht im Gesellschafter-Geschäftsführervertrag geregelt, wäre der Willkür des diesbezüglichen Mehrheitsgesellschafters Tür und Tor geöffnet. Er könnte sich zu Lasten der Gewinnanteile des oder der Minderheitsgesellschaftler(s) nach eigenem "gusto" in monatlich wechselnder Höhe betreffend seine Vergütung aus dem Vermögen der GmbH bedienen, er könnte Urlaub in Anspruch nehmen so oft und so lange, wie es ihm persönlich beliebt, etc. Es dürfte sich wohl kein Minderheits-Gesellschafter finden, der sich kapitalmäßig an einer solchen GmbH beteiligen würde. Insbesondere ließen die Vorgaben der Finanzverwaltung und die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs es gar nicht zu, dass die im Gesellschafter-Geschäftsführervertrag eines Mehrheitsgesellschafters einer GmbH zentralen Fragen wie die Höhe der Vergütung, Urlaub/Urlaubsabgeltung etc. offen blieben. Denn Leistungen einer Kapitalgesellschaft, die an den beherrschenden Gesellschafter erbracht würden, seien immer dann als "verdeckte Gewinnausschüttung" zu werten, wenn es an einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung fehle oder diese Vereinbarung zivilrechtlich unwirksam sei. Überhöhte Bezüge eines Gesellschafter-Geschäftsführers könnten außerdem als verdeckte Einlagerung gegen [§ 30 GmbHG](#) verstoßen oder zumindest, auch wenn das Stammkapital nicht angegriffen werde, den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen. Dieselben Grundsätze würden gesellschaftsrechtlich für überhöhte bzw. nicht klar definierte Gratifikationen (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Tantiemen) bzw. Gehaltsfortzahlungs- oder Altersvorsorge-Regelungen zugunsten des Mehrheits-Gesellschafters gelten. Bediene sich der Geschäftsführer ohne klare und eindeutige Regelungen im Geschäftsführervertrag aus dem Vermögen der GmbH, dann mache er sich zudem wegen Untreue strafbar. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ließe es daher nicht zu, eindeutige Regelungen betreffend Festgehalt, Urlaub, Urlaubsabgeltung, Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, Altersversorgung, Tantieme etc. als Indiz für eine abhängige Beschäftigung eines Gesellschafters zu werten, wenn derartige klare und eindeutige Regelungen im Geschäftsführervertrag eines zweifellos selbständigen Mehrheitsgesellschafters/Alleingesellschafters steuerrechtlich, gesellschaftsrechtlich und strafrechtlich zwingend erforderlich seien. Zutreffend habe das SG hervorgehoben, dass der Kläger zu 1 der Klägerin zu 2 ein "geradezu atypisches Darlehen gewährt" habe. Im vorliegenden Falle gehe es nicht nur um die Darlehensgewährung (ohne jede Stellung von Sicherheiten) selbst, vielmehr habe der Kläger zu 1 einen weiteren nicht unerheblichen Betrag aufgewandt, um sich in die GmbH einzukaufen. Bei einem Misserfolg oder gar einer Insolvenz des Unternehmens würde der Kläger zu 1 demgemäß nicht nur den Darlehensrückzahlungsanspruch verlieren, vielmehr wäre auch das eingesetzte Kapital "in den Sand gesetzt". Immerhin habe der Kläger zu 1 für einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von lediglich 2.560,00 EUR einen Kaufpreis in Höhe von 20.000,00 EUR gezahlt. Damit korrespondiere auf der anderen Seite die Aussicht auf Gewinn, die sich u.a. auch in der (leistungsbezogenen/erfolgsbezogenen) relativ ungewöhnlichen Höhe der Tantieme niederschläge. Seien - wie im vorliegenden

Fall - in einem Geschäftsführervertrag keine festen Arbeitszeiten geregelt, sei der Geschäftsführer des Weiteren alleinvertretungsberechtigt und sei er darüber hinaus von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit, dann spreche all dies gegen eine abhängige Beschäftigung. Nach der Rechtsprechung des BSG sei es weiterhin keineswegs die Regel, sondern gerade die Ausnahme, dass ein Arbeitnehmer ohne Weiteres, insbesondere ohne zwingende betriebliche Gründe einen Großteil des ihm vertraglich zustehenden Urlaubs nicht in Anspruch nehme. Der Kläger zu 1 habe demgegenüber in all den Jahren seiner Tätigkeit für die Klägerin zu 2 den überwiegenden Teil des ihm zustehenden Jahresurlaubs aus betrieblichen Gründen nicht genommen.

Weitere Kriterien, die gegen eine abhängige Beschäftigung sprächen, seien: - die Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen gem. § 2 Abs. 1 S. 1 des Geschäftsführervertrags (vgl. hierzu die Ausführungen unter II. 2. c) der Klageschrift vom 11.08.2009); - die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers gem. § 2 Abs. 2 des Geschäftsführervertrags (vgl. hierzu die Ausführungen unter II. 2. d) der Klageschrift; - die in Verträgen mit Fremdgeschäftsführern/Minderheitsgesellschaftern regelmäßig nicht zu findende, ungewöhnliche Regelung in § 3 Abs. 5 des Geschäftsführervertrags, dass die Abberufung des Klägers zu 1 aus dem Amt des Geschäftsführers nur aus wichtigem Grund möglich ist (vgl. II. 2. f der Klageschrift); - die Klausel in § 4 Abs. 7 des Geschäftsführervertrags, wonach der Kläger zu 1 keinen Anspruch auf Vergütung von Überstunden, Sonntags-, Feiertags- oder sonstiger Mehrarbeit hat - dies, obwohl 60- bis 70-Stunden-Wochen, die der Kläger zu 1 seit Jahren ableistet, keine Seltenheit sind, sondern die Regel (vgl. die Ausführungen hierzu unter II. 2. h) der Klageschrift); - grundsätzliche Entscheidungsfreiheit dahingehend, wann Urlaub genommen wird gem. § 6 des Geschäftsführervertrags (vgl. hierzu die Ausführungen unter II. 2. i) der Klageschrift; - besonderes Know-How, Fachwissen und Qualifikation und Aufbau eines völlig neuen Geschäftszweigs (vgl. hierzu die Ausführungen unter II. 2. k) der Klageschrift); - Existenz einer Stimmbindungsvereinbarung - Verzicht der beiden Mitgesellschafter auf Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem Kläger zu 1 (vgl. hierzu die Ausführungen unter II. 2. 1) der Klageschrift); - bewusster Verzicht auf die Installierung des sonst absolut üblichen Zustimmungskatalogs sowohl in der Satzung der Klägerin zu 2 als auch im Geschäftsführervertrag dahingehend, dass der Kläger zu 1 bei besonders wichtigen Geschäften zuvor die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen hätte (vgl. hierzu die Ausführungen unter II. 2. m) der Klageschrift).

Der Kläger sei nicht nur auf dem Papier, sondern auch in der Praxis Unternehmer, wie er dies all die Jahrzehnte zuvor als (sozialversicherungsfreier) Geschäftsführer einer Konkurrenz-Kapitalgesellschaft ebenfalls gewesen sei. Hierzu haben die Kläger ergänzend ua. den Geschäftsführervertrag des Klägers zu 1 mit K.'s Fleisch- und Wurstmarkt GmbH vom 12.8.1996 vorgelegt sowie den Gesellschaftsvertrag jener GmbH, wonach der Kläger zu 1 zumindest seit Juni 2002 49 % des Stammkapitals gehalten hat.

In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagten-Vertreterin in Ergänzung und zur Klarstellung des Bescheides vom 25.08.2011 für die Beklagte anerkannt, dass auch in der sozialen Pflegeversicherung keine Versicherungspflicht seit 01.01.2011 besteht und erklärt, dass es sich, soweit von Versicherungspflicht in der privaten Pflegeversicherung die Rede sei, um einen rechtlichen Hinweis handele. Die Kläger haben das Anerkenntnis an genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten, des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist statthaft und auch im Übrigen zulässig; sie ist unter Beachtung der maßgeblichen Form- und Fristvorschriften ([§ 151 Abs. 1 und 2 SGG](#)) eingelegt worden. Die Berufung ist auch hinsichtlich der Versicherungspflicht des Klägers zu 1 in der Arbeitslosen- und Rentenversicherung sowie für die Zeit bis 31.12.2010 auch hinsichtlich der Kranken- und Pflegeversicherung begründet. Die Klagen gegen die Bescheide der Beklagten vom 26.11.2008 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.07.2009 und in der Fassung der Bescheide vom 25.08.2011 waren (mit Ausnahme der darin trotz des Änderungsbescheids vom 25.08.2011 auch für die Zeit ab dem 01.01.2011 noch weiter festgestellten Versicherungspflicht zur Pflegeversicherung) unbegründet.

Zulässiger Gegenstand des Rechtsstreits sind die Bescheide der Beklagten vom 26.11.2008 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.07.2009. Ebenfalls Verfahrensgegenstand sind die während des Klageverfahrens ergangenen Bescheide vom 25.08.2011. Das folgt aus [§ 96 Abs. 1 SGG](#) (vgl. Urteil des Senats vom 24.11.2010 - L 5 KR 357/10 - m.w.N.). Mit den Ergänzungsbescheiden vom 25.08.2011 hat die Beklagte die Versicherungspflicht des Klägers zu 1 ab dem 02.04.2008 zur Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie zur Kranken- und Pflegeversicherung festgestellt und diese für die Krankenversicherung auf die Zeit bis zum 31.12.2010 beschränkt. Die vom Kläger zu 1 ausgeübte Beschäftigung - Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2 - war konkret und ausdrücklich als solche bereits im Ausgangsbescheid bezeichnet und ergab sich zudem aus dem Antrag.

Die Beklagte war für die Entscheidung über den Antrag zuständig. Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) können die Beteiligten - in der Regel der Dienstgeber und der Dienstnehmer - schriftlich 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. Für eine solche Statusfeststellung ist nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) die Beklagte zuständig, nicht die nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) zur Entscheidung berufene Einzugsstelle. Einen solchen Antrag auf Statusfeststellung hatten die Kläger bei der Beklagten gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Die getroffenen Feststellungen sind, soweit sie nach dem angenommenen Teilanerkennnis noch in Streit stehen, materiell rechtmäßig. Der Kläger zu 1 übt seine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus, die die Sozialversicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie für die ersten drei Jahre auch in der Kranken- und Pflegeversicherung begründet. Zutreffend hat die Beklagte auch festgestellt, dass der Kläger zu 1 ab dem 01.01.2011 nicht mehr der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht unterliegt, sondern versicherungsfrei ist. Gleiches gilt jedoch entgegen der (bis zur Abgabe des Anerkenntnisses in der mündlichen Verhandlung des Senats fortbestehenden) Feststellung der Beklagten für die soziale Pflegeversicherung.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie der Kranken- und Pflegeversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB VI -, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes

Buch Sozialgesetzbuch - SGB III -, [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V - und [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) in Verbindung mit Satz 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB XI -). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Die Beschäftigung wird in [§ 7 SGB IV](#) gesetzlich definiert. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1; BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#); BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, veröffentlicht in Juris). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie 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 selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (siehe zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96](#) - = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. 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 geht 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 (BSG, Urteile vom 08.08.1990 - [11 RAR 77/89](#) - und vom 08.12.1994 - [11 RAR 49/94](#) - jeweils veröffentlicht in Juris). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteile vom 01.12.1977 - [12/3/12 RK 39/74](#) -; vom 04.06.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -; vom 10.08.2000 - [B 12 KR 21/98 R](#) - jeweils m.w.N. veröffentlicht in Juris). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -, veröffentlicht in Juris).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das BSG dementsprechend regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Vergleichbares gilt auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch nicht über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile verfügen. Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalls den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) -, m.w.N. veröffentlicht in Juris). Der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer gehört nach der Rechtsprechung des BSG danach dann nicht zu den in abhängiger Beschäftigung stehenden Personen, wenn er kraft seiner Gesellschaftsrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der Geschäftsführer über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt. Aber auch bei einem geringeren Kapitalanteil kann die Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall fehlen. So ist eine abhängige Beschäftigung grundsätzlich zu verneinen, wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügt und damit ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft verhindern kann (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#) m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen war der Kläger zu 1 im maßgeblichen Zeitraum abhängig beschäftigt.

Der Kläger zu 1 hat keine Stellung als Gesellschafter, die seine Unabhängigkeit als Geschäftsführer begründen könnte. Die Gesellschafterversammlung ist nach § 10 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags beschlussfähig, wenn mindestens 50% des Stammkapitals vertreten ist. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden nach § 11 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen, soweit nicht im Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit vorgesehen ist. Je 1 EUR eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme ([§ 47 Abs. 2 GmbHG](#)). Der Kläger zu 1 verfügt lediglich über 10 % des Stammkapitals und damit über 10% der Stimmen. Eine Sperrminorität für Gesellschaftsbeschlüsse sieht der Gesellschaftsvertrag nicht vor. Aufgrund seiner geringen Kapitalbeteiligung ist der Kläger zu 1 daher nicht in der Lage, ihm nicht genehme Beschlüsse der Gesellschaft zu verhindern. Mit seinem 10%igem Anteil am Stammkapital kann der Kläger zu 1 noch nicht einmal Satzungsänderungen verhindern. Gemäß [§ 53 GmbHG](#) kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der notariell beurkundet werden muss und einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf. Damit können z.B. auch gegen seine Stimmen im Wege der Satzungsänderung jederzeit Genehmigungserfordernisse u.ä. für bestimmte Geschäfte eingeführt werden, worauf es allerdings für die Beurteilung gegenwärtig nicht ankommt.

Der Geschäftsführer einer GmbH ist - ist anders als der Vorstand einer Aktiengesellschaft (vgl. [§ 76 AktG](#)) - weisungsgebunden (vgl. [§§ 6 Abs. 3, 37 Abs. 1, 38 Abs. 1, 46 Nr. 5](#) und 6 GmbHG). Dementsprechend haben die Gesellschafter der GmbH eine in jeder Hinsicht übergeordnete Geschäftsführungskompetenz (Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 37 Rn. 3). Weisungen können die Gesellschafter den Geschäftsführern durch Beschluss in jeder beliebigen Angelegenheit der (auch laufenden) Geschäftsführung und mit jedem beliebigen Inhalt als allgemeine Richtlinien oder Einzelweisung erteilen, solange nicht umgekehrt die Satzung dies ausschließt. Einzelne Geschäftsführungsentscheidungen in konkreten Angelegenheiten können sowohl negativ-verbietend (insoweit unmittelbar unter § 37 Abs. 1 fallend) als auch positiv-gebietende Weisungen enthalten (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, § 37 Rn. 20 m.N.).

Diese Grundsätze gelten auch hier, da der Gesellschaftsvertrag der Klägerin zu 2 einen Ausschluss des beschriebenen sachlichen

Weisungsrechts nicht enthält. Auch eine körperschaftsrechtliche Stimmbindung, die auf andere Weise die Möglichkeit ausschließen könnte, dass ihn betreffende Weisungen - gegen seinen Willen - getroffen werden, enthält der Gesellschaftsvertrag nicht. Der Kläger zu 1 ist als Gesellschafter-Geschäftsführer dementsprechend auch an solche Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden, die gegen seine Stimmen gefasst werden. Die bloße Mitwirkung des Klägers zu 1 an den Gesellschafterbeschlüssen führt angesichts seiner aufgrund der geringen Beteiligung beschränkten Rechtsmacht zu keiner anderen Bewertung. Er hat keine Rechtsmacht, Einfluss auf die eigentliche Unternehmenspolitik zu nehmen und muss auch Weisungen durch Gesellschaftsbeschlüsse, die allein auf den weiteren Geschäftsführer als Gesellschafter und dessen dominierende Stellung zurückzuführen sind, ausführen. Damit unterscheidet sich die Rechtsmacht des Klägers zu 1 deutlich von der eines Alleingesellschafters einer GmbH oder eines Gesellschafters, der über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der GmbH oder jedenfalls über eine Sperrminorität verfügt.

Im Ergebnis ist der Kläger zu 1 auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags der Klägerin zu 2, in der er als Minderheitsgesellschafter ohne Vetorecht keinen maßgeblichen Einfluss hat, gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang seiner Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt werden ([§ 37 Abs. 1 GmbHG](#)), da der Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes bestimmt.

Bei dieser Gestaltung des Gesellschaftsvertrags ist deshalb das Vorliegen besonderer Umstände erforderlich, wenn der Schluss auf einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft gezogen werden soll. Solche Umstände sind nicht gegeben.

Insbesondere besteht keine Stimmbindungsvereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrags, die sachliche Weisungen der Gesellschafter ganz oder überwiegend ausschließt. Gesellschafter können sich zwar jederzeit außerhalb der Satzung ihren Mitgesellschaftern schuldrechtlich im Rahmen des ihnen zustehenden stimmrechtlichen Ermessens verpflichten, in der Gesellschafterversammlung in bestimmter Weise abzustimmen. Haben alle Gesellschafter eine die Gesellschaft betreffende Angelegenheit unter sich einverständlich geregelt, so ist diese Regelung - auch ohne Bestandteil der Satzung zu sein - zumindest solange zugleich als eine solche der Gesellschaft zu behandeln, als dieser nur die aus der Abrede Verpflichteten angehören (BGH, Urteil vom 20.01.1983 - [II ZR 243/81](#) -, veröffentlicht in Juris).

Eine schriftliche Stimmbindungs-Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern H. und C. F. oder zwischen diesen und dem Kläger zu 1 liegt nicht vor. Mit der Bestätigung vom 11.12.2008 über eine Verpflichtung der Gesellschafter H. und C. F. gegenüber dem Kläger zu 1, vom Weisungsrecht der Gesellschafter bzw. der Gesellschafterversammlung gegenüber diesem keinen Gebrauch zu machen, sondern ihn so zu behandeln, als wäre er stimmrechtsmäßig mit ihren Gesellschaftsanteilen gleichberechtigt oder würde zumindest über eine Sperrminorität mit sehr weit gehendem Vetorecht verfügen, wird das Vorliegen einer konkreten Stimmbindungsvereinbarung weder bestätigt noch ausdrücklich behauptet. Vielmehr führen die Gesellschafter H. und C. F. hierzu aus, dass sie in Erfüllung dieser Zusage bei der Neufassung der Satzung der GmbH bewusst auf die Aufnahme des sonst üblichen Zustimmungskatalogs im Hinblick auf die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung für bestimmte Rechtsgeschäfte und sonstige Willenserklärungen des Geschäftsführers gerade auch im Hinblick auf den Kläger zu 1 als weiteren Geschäftsführer ebenso verzichtet hätten, wie auf die Aufnahme eines entsprechenden Katalogs in den Geschäftsführervertrag mit dem Kläger zu 1. Von dem Abschluss einer Stimmbindungsvereinbarung eines bestimmten Inhalts in Erfüllung dieser Zusage ist demgegenüber nicht die Rede.

Soweit die Gesellschafter H. und C. F. in der genannten Erklärung im Übrigen bestätigen, dass sie bzw. die Gesellschafterversammlung seit Bestellung des Klägers zu 1 zum weiteren Geschäftsführer zu keinem Zeitpunkt von irgendeinem Weisungsrecht diesem gegenüber Gebrauch gemacht hätten, dass sie dies auch in Zukunft im Hinblick auf die diesbezüglichen Abreden mit dem Kläger zu 1 nicht beabsichtigten, weisen sie insoweit darauf hin, dass diese Abrede - völlige Weisungsfreiheit - in § 2 Abs. 3 des Geschäftsführer-Vertrags schriftlich fixiert und von ihnen als Anstellungs-Organ (Gesellschafterversammlung) so auch abgesegnet und mitgetragen worden sei. Nach dieser Regelung kann der Kläger zu 1 über die Zeit, die Dauer und den Umfang und weitgehend auch den Ort seiner Tätigkeit frei bestimmen, ist aber auch nur insoweit nicht irgendwelchen Weisungen der Gesellschafterversammlung oder eines Mitgeschäftsführers unterworfen. Dass daneben eine (Stimmbindungs-)Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern H. und C. F. oder allen Gesellschaftern bestünde, mit der dem Kläger zu 1 über § 2 Abs. 3 des Geschäftsführer-Vertrags hinaus, eine völlige, insbesondere auch sachliche Weisungsfreiheit eingeräumt worden wäre, ist auch insoweit weder behauptet noch bestätigt.

Entsprechendes gilt für die in der genannten Bestätigung enthaltene Erklärung, dem Kläger zu 1 sei - auf seinen Wunsch - in § 2 Abs. 2 des Geschäftsführer-Vertrags die Stellung eines Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften übertragen worden, darüber hinaus sei ausdrücklich schriftlich fixiert worden (§ 3 Abs. 5), dass er nur aus wichtigem Grunde aus der Organ-Stellung als Geschäftsführer abberufen werden kann. Dieses ungewöhnliche Zugeständnis an einen Minderheitsgesellschafter sei bewusst von ihnen so mitgetragen worden zur weiteren Klarstellung, dass der Kläger zu 1 einem hälftig am Stammkapital beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer gleichgestellt sein solle. Auch hier wird lediglich auf die im Geschäftsführervertrag enthaltene Regelung Bezug genommen. Insoweit fällt auf, dass in § 9 des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags das Abberufungsrecht des Geschäftsführers (damaliger Alleingesellschafter H. F.) auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt war und diese Regelung im Zuge der notariell beurkundeten Änderungen vom 02.04.2008 bewusst ersatzlos gestrichen wurde. Sie findet sich nun im Geschäftsführervertrag (vgl. unten).

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich selbständige schuldrechtliche Verpflichtungen der Gesellschafter H. und C. F. des Inhalts, in der Gesellschafterversammlung - ggf. nach einer Vorabstimmung mit dem Kläger zu 1 - (uneingeschränkt?) für keine Entscheidungen zu stimmen, die der Kläger zu 1 ablehnt, der eher vage gehaltenen Bestätigung nicht entnehmen lassen, sondern lediglich dass - und teilweise auch warum - auf die Aufnahme eines - im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag nicht enthaltenen - Zustimmungskatalogs im Gesellschafts- und Geschäftsführervertrag verzichtet wurde und die Regelungen des § 2 Abs. 2 und 3 sowie § 3 Abs. 5 in den Geschäftsführervertrag aufgenommen worden sind und dass im Hinblick auf § 2 Abs. 3 des Geschäftsführervertrags Weisungen bisher nicht erteilt worden und auch in Zukunft nicht beabsichtigt seien. Angesichts der Darlegungen der Gesellschafter H. und C. F., die zum Zeitpunkt der Änderung des Gesellschaftsvertrags und der Aufnahme des Klägers zu 1 in die Gesellschaft die alleinigen Gesellschafter waren, fällt allerdings auf, dass sie § 9 und § 8 Abs. 3 des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags gestrichen und die Einschränkung des Abberufungsrechts sowie die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot der Geschäftsführer nun nicht mehr in der Satzung, sondern - im Hinblick auf die Wirksamkeit in fraglicher Weise - im Geschäftsführervertrag und durch Gesellschaftsbeschluss geregelt haben (vgl. unten) und dass sie als die damaligen Gesellschafter dem Kläger zu 1 weder im Rahmen der vorgenommenen Änderungen des Gesellschaftsvertrags ein weitgehendes Vetorecht eingeräumt noch den Geschäftsführern nach dem Vorbild des [§ 76 Abs. 1 AktG](#) die Leitung der Gesellschaft in eigener Verantwortung

übertragen und sie im Rahmen ihrer - ggf. ebenfalls im Gesellschaftsvertrag erweiterten - Zuständigkeit von Weisungen freigestellt haben. Dies alles macht deutlich, dass sie dem Kläger zu 1 eine mit der des Betriebsgründers, bisherigen und jetzigen Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers H. F. vergleichbare, vom Kläger zu 1 durchsetzbare Rechtsmacht nicht eingeräumt haben und auch nicht einräumen wollten.

Besondere Umstände ergeben sich schließlich nicht aus dem Geschäftsführervertrag. Der Kläger zu 1 ist als Mit-Geschäftsführer der Klägerin zu 2 mit der Geschäftsführung des Unternehmens betraut. Diese umfasst die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen. Der Begriff der Geschäftsführung umfasst auch die fachliche und personelle Leitung des Unternehmens (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, § 35 Rn. 29 m.N.). Der Vortrag der Kläger, dass der Kläger zu 1 auch Arbeitgeberaufgaben im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahrnimmt, hilft daher für die Abgrenzung nicht weiter, weil ihn dies nicht von einem abhängig beschäftigten Fremdgeschäftsführer unterscheidet. Entsprechendes gilt für den zeitlichen Umfang des Arbeitseinsatzes. Denn schon die Treuepflicht verlangt vom Geschäftsführer in der Regel, seine ganze Arbeitskraft bei der GmbH einzusetzen. Das beinhaltet die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden in außergewöhnlichen Situationen oder auch zum Abbruch oder Verschieben eines Urlaubs (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, § 35 Rn. 49 m.N.). Dies gilt ebenso für die teilweise Nichtinanspruchnahme. Wenn die Kläger geltend machen, der Kläger zu 1 habe auch aus nicht zwingenden betrieblichen Gründen auf einen Teil seines bezahlten Urlaubs ganz verzichtet, ist dies eine persönliche Entscheidung, die auch jedem Angestellten offensteht und weist hier insbesondere keinen Zusammenhang mit einem unternehmerischen Risiko auf (vgl. unten).

Der Geschäftsführervertrag enthält auch im Übrigen die üblichen Regelungen hinsichtlich eines regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelts (5.500 EUR) sowie des Urlaubs (25 Tage). Die Lohnfortzahlung wurde sogar gegenüber den für abhängig Beschäftigte üblichen 6 Wochen auf drei Monate und die Fortzahlung der Tantiemen ausgedehnt und nicht nur für den Krankheitsfall, sondern auch für den Fall der unversicherten Verhinderung und mit Einschränkungen des Zeitraums der Fortzahlung der Tantiemen auch für den Fall des Todes geregelt. Weiterhin erhält der Kläger zu 1 eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Monatsgehalts, Urlaubsgeld sowie Spesen und Auslagenersatz. Daneben wird ihm ein Zuschuss zur Krankenversicherung gewährt und werden seine Beiträge zur Direktversicherung übernommen sowie eine berufliche Unfallversicherung (einschließlich der Absicherung von Wegeunfällen) zu seinen Gunsten von der Gesellschaft abgeschlossen.

Als Geschäftsführer hat der Kläger zu 1 damit eindeutig kein unternehmerisches Risiko übernommen. Er bezieht ein festes, durchaus seiner Stellung als Geschäftsführer in einem Kleinunternehmen angemessenes Gehalt und eine auch für einen leitenden Angestellten sehr weitgehende soziale Absicherung. Soweit er daneben am Gewinn beteiligt ist, kann dies schon angesichts des Festgehalts nicht als Risikoübernahme gesehen werden. Maßgeblich ist dies auch nicht als Hinweis auf einen fehlenden Interessengegensatz im Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnis, denn insoweit handelt es sich um kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Ein solcher Gegensatz kann z.B. auch fehlen, wenn der Arbeitnehmer - ohne Gesellschafter zu sein - am Unternehmenserfolg beteiligt wird.

Der klägerische Vortrag, dass Hintergrund der genannten Regelungen insbesondere steuerrechtliche Zwänge seien, ändert an dem Dargelegten nichts. Unabhängig hiervon überzeugt er auch nicht. Dass keine höheren als die vertraglich vereinbarten Entgelte und keine nicht vertraglich konkret geregelten Zuwendungen an einen Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer gezahlt werden können, ohne dass die Gefahr der steuerlichen Bewertung solcher Leistungen als verdeckte Gewinnausschüttungen entsteht, mag zutreffen, ändert aber nichts daran, dass lediglich ein geringes Entgelt und stattdessen eine höhere Gewinnbeteiligung hätte vereinbart werden können und dass eine Weihnachtsgratifikation, Urlaubsgeld, eine - dreimonatige - Lohnfortzahlung, die Übernahme von Spesen und Auslagen, von Zuschüssen zur Krankenversicherung sowie die Freistellung von den Beiträgen zu einer Direktversicherung und der Abschluss einer Unfallversicherung zugunsten des Geschäftsführers nicht zwingender Bestandteil eines Geschäftsführervertrags sind. Denn es ist - auch steuer-, gesellschafts- und strafrechtlich - unbedenklich, diese Leistungen weder vertraglich zu vereinbaren noch tatsächlich zu erbringen.

Die Beteiligung an der GmbH als Gesellschafter ist - wie sich aus dem oben Dargelegten ergibt - bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer, der weder Mehrheitsgesellschafter ist noch ein Vetorecht besitzt, für ein unternehmerisches Risiko des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht ausschlaggebend. Dementsprechend kann allein eine Beteiligung in Höhe von 10% unabhängig von der Höhe des hierfür gezahlten Kaufpreises keine Unternehmereigenschaft des Geschäftsführers begründen. Der Kläger zu 1 wird auch wegen der Gewährung eines - hier üblich verzinsten und innerhalb von fünf Jahren zurückzahlbaren - Darlehens über 15.000,00 EUR nicht zum Mitunternehmer. Denn hieraus erwächst ihm ein Unternehmerrisiko nicht, zumal das Ausfallrisiko des Darlehensgebers dem Risiko nicht gleichgestellt werden kann, das der Unternehmer mit dem Einsatz von Wagniskapital eingeht (vgl. Urteil des Senats vom 08.06.2011 - [L 5 KR 4009/10](#) -).

Wenn er ebenso wie der andere Geschäftsführer im Rahmen seiner Geschäftsführertätigkeit alleinvertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit ist, ist dies bei einer kleineren GmbH nicht untypisch und dementsprechend auch nicht ausschlaggebend für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Es kann daher offenbleiben, ob die generelle Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot, die im Rahmen der Änderung des Gesellschaftsvertrags durch Änderungsbeschluss vom 02.04.2008 entfallen war, im Geschäftsführervertrag und durch den Gesellschafter-Beschluss vom gleichen Tag ohne Satzungsgrundlage wirksam erfolgen konnte (vgl. hierzu Priester, Aktuelle Gestaltungsfragen bei GmbH-Verträgen, DStR 1992, 254, 256 f.; - der im Wege der Korrektur von Amts wegen im Handelsregister vorgenommenen Eintragung der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot kommt lediglich deklaratorische Wirkung zu).

Die Regelung zur Kündigung des Geschäftsführervertrags in § 3 Abs. 3, die auch durch die Gesellschaft mit einer Frist von sechs Monaten zum Kalendervierteljahr erfolgen kann, ist mit der in § 3 Abs. 5 geregelten Einschränkung der Abrufbarkeit als Geschäftsführer nicht in Einklang zu bringen. Es ist nachvollziehbar, dass im Gesellschaftsvertrag nicht auf das ordentliche Kündigungsrecht verzichtet wurde. Dieses ermöglicht die Beendigung des Geschäftsführervertrags ohne besonderen Grund mit dem Ergebnis, dass der Kläger zu 1 nach Ablauf der Kündigungsfrist gezwungen ist, die Geschäftsführerstellung niederzulegen, wenn er diese Aufgabe nicht ohne vertragliche Grundlage und insbesondere ohne Vergütung weiterhin wahrnehmen will. Damit lässt sich daraus, dass er nur aus wichtigem Grund abrufbar sein soll, wenig herleiten. Zudem dürfte die Beschränkung des Abberufungsrechts in § 3 Abs. 5 des Geschäftsführervertrags unwirksam sein. Gemäß [§ 38 Abs. 2 GmbHG](#) ist die jederzeitige Abrufbarkeit im Sinne des [§ 38 Abs. 1 GmbHG](#) auf wichtige Gründe nur in der Satzung einschränkbar. Diese Einschränkung der Abberufbarkeit aus Organstellung als körperschaftsrechtliche Frage ist einer Regelung außerhalb der Satzung (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, § 38 Rn. 21 m.N.) in schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und dem

Geschäftsführer und insbesondere, wie hier, im Geschäftsführervertrag nicht zugänglich (vgl. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 38 Rn. 5 m.w.N.).

Die Bestätigung vom 11.12.2008 nimmt hinsichtlich der Beschränkung des Abberufungsrechts lediglich Bezug auf diesen - unwirksamen - § 3 Abs. 5 des Geschäftsführervertrags mit dem Kläger zu 1. Auch wenn die Gesellschafter H. und C. F. weiterhin bestätigen, dass sie diese Regelung "mittragen", ergibt sich hieraus nicht, dass sie beide - oder der Mehrheitsgesellschafter allein - eine verbindliche schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Kläger zu 1 getroffen haben, in der sie sich diesem gegenüber verpflichtet hätten, einer Abberufung nur aus wichtigem Grund zuzustimmen.

Auch wenn man aber eine wirksame Einschränkung unterstellt, könnte allein die beschränkte Abrufbarkeit als Geschäftsführer den Kläger zu 1, der, unabhängig davon, ob sie von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen, an Weisungen der Gesellschafter wie ein Fremdgeschäftsführer gebunden ist, kein unternehmerisches Risiko trägt und in besonderer Weise gegen jedes Risiko auch im Hinblick auf den Ausfall seiner Arbeitsfähigkeit abgesichert ist, nicht als selbständigen Unternehmensleiter erscheinen lassen.

Der erkennbare Wille kein abhängiges Beschäftigung zu begründen reicht ebenfalls nicht aus, um den Kläger zu 1 als selbständig tätigen Geschäftsführer zu beurteilen, da der sozialrechtliche Status nicht zur vertraglichen Disposition der Parteien steht.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich auch aus den tatsächlichen Modalitäten der Tätigkeit des Klägers zu 1 keine durchgreifenden Anhaltspunkte für eine selbständige Tätigkeit. Dass der Kläger zu 1 keinen festen Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeit unterliegt, entspricht, wie dargelegt, seiner Treuepflicht. Unabhängig davon, ob ihm der Ort seiner Tätigkeit freigestellt ist, unterhält er keine eigene Betriebsstätte und ist organisatorisch in den Betrieb eingebunden und auf diesen angewiesen. Auch im Übrigen lässt sich eine besondere Position des Klägers zu 1 als Einzigen nicht der Familie angehörenden Gesellschafter nicht erkennen, mit Rücksicht auf die sich seine Tätigkeit wesentlich von der eines Fremdgeschäftsführers unterscheiden würde. Dies gilt auch hinsichtlich seiner zusätzlichen Fach- und Branchenkenntnisse, die er ebenso als abhängig beschäftigter Geschäftsführer und Betriebsleiter benötigt. Fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten machen nicht jeden leitenden Angestellten zu einem Unternehmer. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur - wie hier - in den Betrieb eingegliedert ist (BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 18](#)). Auch wenn der Kläger zu 1 der Einzige sein sollte, der in diesem Betrieb über entsprechende Kenntnisse im Bereich Catering und Party-Service verfügt, könnte dies dementsprechend für die Frage der Versicherungspflicht nicht ausschlaggebend sein. Dies gilt im vorliegenden Fall im besonderen Maße, da hinsichtlich der Metzgerei-Branche der Mehrheitsgesellschafter und weitere Geschäftsführer als Metzgermeister nicht nur ebenfalls fachkundig ist, sondern seine zunächst als Einzelunternehmen betriebene Metzgerei Grundlage der am 09.12.1980 gegründeten Klägerin zu 2 war, die auch heute weiterhin seinen Namen trägt.

Seine Aufnahme in die Gesellschaft ist sicher auch erfolgt, um den Kläger zu 1 noch stärker an das Unternehmen zu binden, da der Kläger zu 1 als fähige, erfahrene und engagierte Führungskraft für die Klägerin zu 2 nicht leicht zu ersetzen wäre. Der erstmals in der mündlichen Verhandlung erfolgte Vortrag, dass bereits beabsichtigt gewesen sei, dass der Kläger zu 1, der wegen eines Hörsturzes seine frühere Tätigkeit aufgegeben hat, Nachfolger des kaum vier Jahre älteren Gesellschafters H. F. werden soll, der sich wegen eines Hüftleidens spätestens im Alter von 60 Jahren aus dem Betrieb zurückziehen und sicherstellen will, dass der Betrieb mit seinen z.T. ebenfalls nicht mehr jungen Mitarbeitern weitergeführt wird, lässt nicht darauf schließen, dass der Kläger zu 1 bereits vor der Betriebsübernahme die Geschicke des Familienbetriebs bestimmt und eine dominierende Stellung innehat, die im Gesellschafter- und im Anstellungsvertrag - wie dargelegt - keinen entsprechenden Ausdruck findet. Insofern bleibt vielmehr maßgeblich, dass die Rechtsmacht in Händen der Gesellschaft und damit insbesondere des Mehrheitsgesellschafters liegt.

Nach alledem überwiegen die für eine abhängige Tätigkeit sprechenden Umstände die dagegen sprechenden deutlich.

Der Kläger zu 1 ist auch gegen Arbeitsentgelt ([§ 14 SGB IV](#)) und nicht nur geringfügig beschäftigt gewesen, was nach den obigen Darlegungen keiner weiteren Erörterung bedarf. Er war damit in der Renten- und Arbeitslosenversicherung und zunächst auch in der Kranken- und Pflegeversicherung versicherungspflichtig.

Dagegen war der Kläger zu 1 gemäß [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) ab 01.01.2011 nicht nur in der gesetzlichen Kranken-, sondern auch in der Pflegeversicherung versicherungsfrei. Danach sind versicherungsfrei Arbeiter und Angestellte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze nach den Absätzen 6 oder 7 übersteigt und in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren überstiegen hat; Zuschläge, die mit Rücksicht auf den Familienstand gezahlt werden, bleiben unberücksichtigt. Das Jahresarbeitsentgelt des Klägers zu 1, der vor dem 01.04.2008 selbständig tätig war, hat ab Aufnahme der Beschäftigung die jeweilige Jahresarbeitsentgeltgrenze - auch bereits für das Jahr 2008 - überschritten. Dies hat die Beklagte zutreffend im Änderungsbescheid dargelegt.

Der Kläger zu 1 ist damit ab dem 01.01.2011 nicht mehr pflichtversichertes Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung. Daraus folgt zugleich, dass er nicht der Versicherungspflicht zur sozialen Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#)) unterliegt. Die im Bescheid vom 26.11.2008 ausgesprochene Feststellung, dass der Kläger zu 1 (als Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung) in der Pflegeversicherung pflichtversichert ist, ist im Änderungsbescheid vom 25.08.2011 nicht aufgehoben worden. Dieser trifft keine Feststellungen zur Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung, weswegen davon auszugehen ist, dass die alten Feststellungen (wohl versehentlich) aufrecht erhalten geblieben sind. Die nicht im Verfügungssatz, aber in der Begründung des Bescheids angesprochene gesetzliche Pflegeversicherungspflicht nach [§ 23 Abs. 1](#) und 2 SGB XI in einer privaten Versicherung ist nicht Gegenstand des Statusverfahrens und nicht Aufgabe der Beklagten. Die Statusfeststellung bezieht sich nach [§ 7 a Abs. 4 SGB IV](#) nur auf die durch eine Beschäftigung vermittelte Sozialversicherungspflicht. Die Pflicht zum Abschluss von Versicherungsverträgen nach [§ 23 SGB XI](#) beruht demgegenüber auf einer anderen Grundentscheidung des Gesetzgebers. Nicht die unterstellte Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter ist Anknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht, sondern die Überlegung, alle Bevölkerungsschichten vor dem Risiko der Pflegebedürftigkeit und den damit verbundenen finanziellen Auswirkungen zu schützen. Versicherungspflichttatbestand ist deshalb (nicht die Beschäftigung, sondern) die Mitgliedschaft in einem privaten Krankenversicherungsunternehmen. Ob für den Kläger zu 1 aufgrund von [§ 23 SGB XI](#) eine Pflicht zum Abschluss einer Versicherung gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit besteht, unterliegt deshalb nicht der Prüfung durch die Beklagte, unabhängig davon bildet sie keine Grundlage für die (hier nicht ausdrücklich aufgehobene) Feststellung der

Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung. (vgl. bereits Urteil des Senat vom 24.11.2010 - [L 5 R 6000/08](#) -). Dementsprechend hat die Beklagte - entsprechend der Empfehlung des Vorsitzenden - in der mündlichen Verhandlung auch die Versicherungsfreiheit in der sozialen Pflegeversicherung ab dem 01.01.2011 anerkannt und erklärt, dass soweit von der Versicherungspflicht in der privaten Versicherung die Rede sei, es sich um einen rechtlichen Hinweis handele. Diese Anerkenntnis haben die Kläger angenommen, so dass der Rechtsstreit insoweit erledigt ist.

Die Berufung der Beklagten hat im gleichen Umfang Erfolg, soweit das SG in dem angegriffenen Urteil festgestellt hat, dass der Kläger zu 1 seine Tätigkeit für die Klägerin zu 2 im Rahmen einer nicht abhängigen Beschäftigung ausübe. Die Feststellungsklage der Kläger war zulässig (BSG, Urteil vom 04.06.2009 - [B 12 R 6/08 R](#) -, veröffentlicht in juris). Im Hinblick auf die Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung ab dem 01.01.2011 besteht ein Feststellungsinteresse aber nicht mehr, nachdem die Beklagte mit den Änderungsbescheiden vom 25.08.2011 die Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung festgestellt und die entsprechende Versicherungsfreiheit in der sozialen Pflegeversicherung in der mündlichen Verhandlung anerkannt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) (vgl. BSG, Beschluss vom 29.05.2006 - [B 2 U 391/05 B](#) -, veröffentlicht in juris); sie berücksichtigt das Teilanerkennnis.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-03-27