

## L 5 R 1270/13

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Konstanz (BWB)  
Aktenzeichen  
S 8 R 2379/12  
Datum  
14.03.2013  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 5 R 1270/13  
Datum  
07.05.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 14.03.2013 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Im Streit steht, ob der Kläger in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1.) seit dem 01.03.2011 der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Der im Jahr 1976 geborene Kläger ist gelernter Energieelektroniker. Seit 1999 ist er Gesellschafter der Beigeladenen zu 1.), eine Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH mit Sitz in W ... Die Gesellschaft hat u.a. die Konstruktion, Herstellung, den Handel und Vertrieb von Verpackungsmaschinen zum Geschäftsgegenstand. Sie wurde im Jahr 1994 von F. D. (geboren 1956) und F. A. (geboren 1944), dem Vater des Klägers, gegründet. Gesellschafter waren damals zu je 50% F. D. und F. A. ... Beide waren einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer. Im Gesellschaftsvertrag vom 25.10.1994 ist vereinbart, dass nach Geschäftsanteilen abgestimmt wird (eine Stimme je 100 DM) und Gesellschafterbeschlüsse mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden, soweit nicht das Gesetz oder die Satzung etwas anderes vorschreiben; Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (§ 6 Abs. 2). Seit dem 06.10.1999 halten F. D. und F. A. jeweils 20 % (Einlagen von je 10.000 DM) und der Kläger sowie C. D., Ehefrau von Franz Dehm, jeweils 30 % (Einlagen von je 15.000 DM) der Geschäftsanteile.

Seit 2001 war der Kläger unstreitig bei der Beigeladenen zu 1.) in Vollzeit sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Am 15.02.2011 schlossen die Beigeladene zu 1.) und der Kläger einen Anstellungsvertrag. Danach ist der Kläger ab dem 01.03.2011 als einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1.) tätig. Er ist von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit (§ 1 Abs. 3). Für Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, muss er die Einwilligung der Gesellschafterversammlung einholen (§ 1 Abs. 5). In der Gestaltung seiner Arbeitszeit ist er frei (§ 2). Die Kündigung seines Vertragsverhältnisses ist mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende des Halbjahres möglich (§ 4 Abs. 2 S. 1). Unberührt davon ist die jederzeitige fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (§ 4 Abs. 2 S. 2). Die Vergütung beträgt monatlich 7.200 EUR zuzüglich eines 13. Monatsgehalts und Tantiemen in Höhe von 20 % des Jahresüberschusses; die Tantiemen dürfen maximal 50 % der Festvergütung umfassen (§ 6). Es sind eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 7) und ein Urlaubsanspruch von 30 Tagen (§ 8) vereinbart. Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages bedürfen der Schriftform (§ 12). Mit Wirkung zum 11.03.2011 (Eintragung in das Handelsregister) wurde der Kläger zum einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt. Weiterer einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist F. D. ...

Am 22.06.2011 stellte der Kläger bei der Beklagten einen Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status in der Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1.) ab dem 01.03.2011. Er gab neben den Inhalten seines Anstellungsvertrages u.a. an, dass er vorher als Arbeitnehmer bei der Beigeladenen beschäftigt gewesen sei. Eigene Arbeitnehmer beschäftige er nicht. Er könne nicht durch vertragliche Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Er habe der Gesellschaft keine Darlehen gewährt und keine Bürgschaften übernommen. Über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge neben ihm F. D. und F. A. ... Seine Tätigkeit sei nicht aufgrund von familienhaften Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern geprägt. Er unterliege nicht dem Direktionsrecht der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung und könne seine Tätigkeit frei bestimmen. Er könne selbständig Personal einstellen bzw. entlassen. Von seiner Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet. Außerdem werde die Vergütung als Betriebsausgabe verbucht.

Nach erfolgter Anhörung stellte die Beklagte mit Bescheiden vom 30.11.2011 gegenüber dem Kläger und der Beigeladenen zu 1.) fest, dass die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1.) als geschäftsführender Gesellschafter seit dem 01.03.2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses durchgeführt wird. Die Versicherungspflicht bzw. Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe entsprechend der Anmeldung. Aufgrund seines Kapitaleinsatzes von 30 % des Gesamtkapitals und dem daraus resultierenden Stimmrechtsanteil sei es dem Kläger nicht möglich, die Geschicke der Firma maßgeblich zu beeinflussen. Weiterhin könne er aufgrund von mangelnden Vetorechten bzw. Sperrminoritäten keine Entscheidungen verhindern. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage der Kläger kein, eine selbständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Zwar sei der Kläger aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlung indirekt am Gewinn beteiligt, jedoch müsse er eine Kürzung oder den Wegfall der festen Bezüge bei schlechter Geschäftslage nicht befürchten. Hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Tätigkeit sei dem Kläger zwar weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen. Trotzdem bleibe seine Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie sich in eine von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedere. Er unterliege der Überwachung der Gesellschafterversammlung.

Hiergegen legte der Kläger am 16.12.2011 Widerspruch ein und ließ zur Begründung vortragen, es bestünde ein gesonderter Arbeitsvertrag zwischen ihm und der Beigeladenen zu 1.). Danach sei er an keine Arbeitszeit gebunden. Er entscheide als Geschäftsführer über die Einstellung von Personal, baue Geschäftsbeziehungen auf und habe Entscheidungsfreiheit über die Zahlungsweise von Rechnungen. Außerdem müssten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) die Gesellschaftsanteile von ihm und seinem Vater zusammengerechnet werden. Mit danach insgesamt 50 % Gesellschaftsanteilen könne der Kläger maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben. Es liege damit kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor. Mit Widerspruchsbescheid vom 21.08.2012 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Nach der Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Am 20.09.2012 hat der Kläger beim Sozialgericht Konstanz (SG) Klage erhoben und zur Begründung vortragen lassen, es liege eine Sperrminorität vor, weil laut Gesellschaftsvertrag eine Beschlussfassung ohne Einhaltung von Form- und Fristvorschriften ebenso wie die Änderung des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfe. Darüber hinaus sei ein einstimmiger Beschluss auch bei der Abstimmung darüber erforderlich, wer nach dem Tod eines Gesellschafters von dessen Erben den Gesellschaftsanteil des Erblassers gegen Abfindung durch Abtretung erlange. Gleiches gelte für die Einziehung des Geschäftsanteils anstelle der Abtretung. Des Weiteren sei von einer Familien-GmbH auszugehen, da der Kläger und sein Vater zusammen 50 % der Gesellschaftsanteile hielten. Außerdem bürge der Kläger für Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit einem Betrag in Höhe von 1,6 Mio. EUR mit seinem Privatvermögen (unter Verweis auf ein Schreiben der Bank vom 17.09.2012, Bl. 25 der SG-Akte) und trage damit ein erhebliches unternehmerisches Risiko. Er sei neben F. D. alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Außerdem verfüge er als einziger der Geschäftsführer bzw. Gesellschafter über Kenntnisse der Programmierungs- und Steuerungstechnik, die für die Führung und Leitung der Gesellschaft unerlässlich seien. Die übrigen Gesellschafter seien nicht in der Lage, ihm Weisungen zu erteilen. In der Gestaltung seiner Tätigkeit sei er frei. Er müsse lediglich für Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, die Einwilligung der Gesellschafterversammlung einholen. Schließlich sei er aufgrund der Tantiemenvereinbarung am Gewinn der Gesellschaft beteiligt. Insgesamt sei die Gesamtwürdigung der Beklagten deshalb fehlerhaft.

Im Erörterungstermin beim SG hat F. D. auf Befragung u.a. angegeben, die Verteilung der Gesellschaftsanteile im Jahr 1999 habe hauptsächlich steuerliche Gründe gehabt. Seine Ehefrau, C. D., sei nicht im Betrieb tätig. Der Kläger gab u.a. an, sein Vater bereite seinen Ruhestand vor. Deshalb habe er die Geschäftsführertätigkeit und auch seine Bürgschaften übernommen. Sein Vater sei nur noch etwa 10 Stunden pro Woche im Unternehmen tätig. Er betreue nur noch "alte" Kunden. Eine Übertragung der Stimmrechte sei nicht thematisiert worden. Er habe noch eine Schwester. Sein Vater "funke" ihm auch nicht dazwischen. Die Geschäftsführertätigkeit teile er sich mit F. D. ... Es gebe eine interne Aufteilung zwischen ihm und F. D. ... Er, der Kläger, sei für die Elektronik und als Produktmanager tätig. F. D. sei auch als Produktmanager, allerdings für eine andere Produktlinie - im Lebensmittelbereich - tätig. Gesellschafterversammlungen würden für den Jahresabschluss und die Entlastung der Geschäftsführer sowie bei der Neuanschaffung von Firmenwagen und generell bei großen grundsätzlichen Entscheidungen, wie z.B. Gebäudesanierungen, durchgeführt. Tantiemen habe er im Jahr 2011 in Höhe von ca. 18.000 EUR erhalten. Urlaub habe er an ca. 15 Tagen im Jahr genommen.

Mit Urteil vom 14.03.2013 hat das SG die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 30.11.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21.08.2012 sei rechtmäßig. Der Kläger habe keinen Anspruch auf die Feststellung, dass seine Tätigkeit bei der Beigeladenen ab dem 01.03.2011 als Geschäftsführer nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung sowie dem Recht der Arbeitsförderung unterfällt. Die Beklagte sei rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger als Geschäftsführer versicherungspflichtig beschäftigt sei.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer (abhängigen) Beschäftigung sei [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach sei Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ((BSG); im Einzelnen ausführend unter Verweis auf BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#) und [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) S. 13) und unter Gesamtwürdigung aller Umstände sei vorliegend von einer abhängigen Beschäftigung des Klägers ab dem 01.03.2011 auszugehen. Ein maßgeblicher rechtlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund seiner Gesellschafterstellung, mit dem er Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall gegebenenfalls verhindern könne, liege bei dem Kläger nicht vor. Er halte als Gesellschafter lediglich 30 % des Stammkapitals der Beigeladenen und verfüge damit nicht über die Mehrheit am Gesellschaftskapital. Beschlüsse würden in der Gesellschafterversammlung jedoch mit einfacher Mehrheit getroffen. Auch sei ihm die Ausübung der Stimmrechte seines Vaters nicht übertragen worden, wie der Kläger im Erörterungstermin am 26.02.2013 bestätigt habe, so dass ihm eine Sperrminorität oder ein sonstiges Vetorecht nicht zukomme. Der Kläger könne rechtlich insoweit Einzelanweisungen an sich durch die Gesellschafterversammlung und insbesondere seine Entlassung als Geschäftsführer nicht verhindern. Die rechtlich bestehende Abhängigkeit werde auch nicht durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn ausscheide. Zwar stelle die Kammer hier durchaus in Rechnung, dass der Kläger im Elektronikbereich und als Produktmanager einer Produktlinie die Belange des Unternehmens im Wesentlichen selbständig und in eigener Verantwortung betreue, während etwa der andere Geschäftsführer, Herr Dehm, für eine andere Produktlinie im Lebensmittelbereich zuständig sei. Diese Form der Arbeitsteilung spreche jedoch nicht zwingend für eine selbständige Tätigkeit. Es handele sich hierbei um eine Eigenschaft, die eine leitende Stellung in der Regel mit sich bringe, und die als solche nicht jeden leitenden Angestellten zu einem Unternehmer mache.

Beispielsweise sei es bei Fremdgeschäftsführern durchaus üblich, dass diese ihre Arbeitszeit frei bestimmten und alleine über die maßgeblichen und notwendigen Branchenkenntnisse verfügten, während diese Kenntnisse den Gesellschaftern selbst fehlten. Fremdgeschäftsführer seien dennoch grundsätzlich abhängig beschäftigt und versicherungspflichtig (unter Verweis auf BSG Urf. v. 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01](#)).

Entsprechendes gelte für die Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis möglicherweise durch freundschaftliche Rücksichtnahme zwischen dem Kläger und dem anderen Geschäftsführer und den übrigen Gesellschaftern gekennzeichnet sei. Auch dies führe nicht zu einer Verschiebung im Firmengefüge, wie es im Gesellschafts- und Geschäftsführervertrag eingerichtet sei. Dafür nämlich, dass der Kläger die Geschäfte der beigeladenen GmbH wie ein Alleingesellschafter nach eigenem Gutdünken geführt habe und führe, bestünden gerade keine Anhaltspunkte. Vielmehr würden die beiden Gründungsgesellschafter weiterhin nicht unerhebliche Unternehmensanteile tragen. Die Gesellschafterversammlung habe insbesondere bei grundsätzlichen Entscheidungen wie Gebäudesanierungen u.ä. die maßgebliche Entscheidungskompetenz vorbehalten und übe diese auch aus. Sogar die Neuanschaffung eines Firmenwagens für die Eigennutzung müsse sich der Kläger von der Gesellschafterversammlung genehmigen lassen. Von einer herausragenden, einem Alleingesellschafter gleichen Stellung des Klägers bei der Beigeladenen, d.h. von einer Stellung als "Kopf und Seele" des Unternehmens, könne also nicht ausgegangen werden. Die Funktion des Klägers innerhalb der Beigeladenen zu 1.) bringe deutlich zum Ausdruck, dass der Kläger zwar eine fachlich bedeutsame Stellung innerhalb der Firma einnehme, er jedoch aus gesellschaftsrechtlicher und tatsächlicher Sicht keine maßgeblichen Befugnisse innehalte, die es ihm erlaubten, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich mitzulenken. Die Position des Klägers unterscheide sich qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die sich für die Prosperität des Unternehmens einsetzen und im Übrigen auch unternehmerische (Teil-)Aufgaben wahrzunehmen hätten.

Mit Blick darauf trete auch in den Hintergrund, dass der Kläger seine persönliche wirtschaftliche Situation möglicherweise nicht unerheblich auch an den wirtschaftlichen Fortbestand der Beigeladenen geknüpft habe. Die Kammer halte es schon nicht für gänzlich ungewöhnlich, dass ein Mitglied der Geschäftsleitung seinem Arbeitgeber persönliche Bürgschaften gewähre (unter Verweis auf LSG Baden-Württemberg Urf. v. 21.10.2011 - [L 4 R 5166/08](#)). Wenn der Kläger in der Lage sei, der Beigeladenen in nicht unerheblichen Ausmaß Bürgschaften zu gewähren, verwundere es, dass die hierfür im Hintergrund stehenden finanziellen Mittel nicht für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen verwendet würden. Dies zeige vielmehr erneut, dass eine größere Beteiligung des Klägers an der Beigeladenen nicht gewollt sei. Dementsprechend könnten die übernommenen Bürgschaften nicht dazu führen, dass die Beschäftigung des Klägers als selbständige Tätigkeit zu qualifizieren sei. Selbst wenn sich im Falle einer Insolvenz der Beigeladenen deutliche finanzielle Einbußen auch in persönlicher Hinsicht ergäben, schlage dadurch nicht die insgesamt vertraglich und tatsächlich als abhängige Beschäftigung ausgestaltete Geschäftsführertätigkeit des Klägers in eine selbständige unternehmerische Tätigkeit um.

Für eine abhängige Beschäftigung spreche weiter, dass ein einem Arbeitsvertrag entsprechender Geschäftsführervertrag vorliege, und dass der Kläger ein von der Ertragslage unabhängiges regelmäßiges monatliches Gehalt beziehe. Das Gehalt von monatlich 7.200 EUR bei 13 Monatsgehältern sei nicht erkennbar marktunüblich. Es lasse sich auch nicht feststellen, dass der Kläger etwa die Höhe seiner Bezüge in ähnlicher Weise bestimmen könne, wie ein Firmeninhaber die Höhe seiner Entnahmen bestimmen könne. Die vereinbarte erfolgsabhängige Tantieme betreffe nur einen untergeordneten Anteil an den Einkünften. Sie dürfe nach dem Anstellungsvertrag maximal 50 % des Festentgelts erreichen. Im Jahr beliefe sie sich sogar nur auf ca. 18.000 EUR, d.h. umgerechnet ca. 20 % des Festentgelts. Im Hinblick auf die kontinuierlichen monatlichen Zahlungen folge, dass der Kläger keine Teilhabe am Unternehmensrisiko in dem Sinne getroffen habe, dass bei ihm der Erfolg seines persönlichen Arbeitseinsatzes jeweils ungewiss gewesen sei. In dem Geschäftsführervertrag würden dem Kläger ferner Urlaubsansprüche und Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zugesprochen.

Ebenfalls führe schließlich die Kapitalbeteiligung des Klägers am Unternehmen zu keiner anderen Einschätzung. Direkte Beteiligungen der Arbeitnehmer an ihren Betrieben durch Beteiligung an Gesellschaftsanteilen oder Aktienbeteiligungen seien nicht ungewöhnlich, insbesondere wenn sie - wie im vorliegenden Fall - nicht maßgeblich ins Gewicht fielen. Hätten die früheren Hauptgesellschafter F. D. und F. A. tatsächlich dem Kläger eine bedeutende Stellung im Unternehmen einräumen wollen, hätte es nahegelegen, ihm die Anteile hälftig zu übertragen bzw. durch eine Gesellschaftsvertragsänderung Sperrminoritäten einzuräumen. Die (bislang einzige) Übertragung der Gesellschafteranteile im Jahr 1999 sei allerdings - wie Herr D. im Erörterungstermin am 26.02.2013 ausgeführt habe - vorrangig aus steuerlichen Gründen erfolgt und nicht, um dem Kläger oder der Ehefrau von Herrn D. maßgebliche Mitspracherechte zu übertragen. Der Kläger sei zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht in Vollzeit im Unternehmen beschäftigt gewesen. Dass der andere Geschäftsführer, Franz Dehm, trotz seines 20-prozentigen Kapitalanteils nach eigenen Angaben beim Erörterungstermin seit Jahren als selbständig Tätiger geführt werde, stünde einer abhängigen Beschäftigung des Klägers schließlich nicht entgegen.

Am 21.03.2013 hat der Kläger gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 20.03.2013 zugestellte Urteil Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt und zur Begründung vortragen lassen, das SG habe die für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Umstände nicht ausreichend berücksichtigt. Eine umfassende Gesamtabwägung der Kriterien fehle vollständig. Zu berücksichtigen sei insbesondere, dass sehr wohl eine Sperrminorität bestehe. Diese beschränke sich zwar auf einzelne Entscheidungen, die dann jedoch einstimmig gefällt werden müssten. Dies sei insbesondere bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages und damit verbundenen Anweisungen an den Kläger der Fall. Außerdem sei nicht hinreichend berücksichtigt, dass eine Übertragung der Stimmanteile des Vaters nie in Frage gekommen sei, da dies nicht relevant sei, weil sein Vater ihm nicht "dazwischen funke". Faktisch verfüge der Kläger über 50 %. Auch die speziellen Fachkenntnisse des Klägers habe das Gericht unzureichend gewürdigt. Ein Absetzen des Klägers würde zu einem Erliegen des Geschäftsbetriebs führen, da er als einziger der Gesellschafter über die entsprechenden Spezialkenntnisse verfüge. Auch die Ausführungen des SG zur Bürgschaft über 1,6 Mio. EUR überzeugten nicht. Dies stelle einen äußerst ungewöhnlichen Umstand dar, dem sich kein weisungsgebundener, nicht die Geschicke des Unternehmens mitbestimmender Geschäftsführer unterwerfen würde. Die weiteren Ausführungen des SG zur Bürgschaft seien spekulativ. Tatsächlich verfüge der Kläger nicht über 1,6 Mio. EUR; die Bürgschaft sei hauptsächlich durch Grundpfandrechte abgesichert. Das Gericht unterlasse es völlig, dieses bemerkenswerte unternehmerische Risiko des Klägers überhaupt im Sinne einer abhängigen Beschäftigung zu würdigen und verkenne die Bedeutung der Einlassung des Klägers, dass im Fall des Wegfalls dieser Bürgschaft das Unternehmen nicht mehr existieren könne. Demgegenüber hänge auch die finanzielle Existenz des Klägers vom Erfolg des Unternehmens ab. Das erhebliche Unternehmerrisiko führe dazu, dass der Kläger seine Tätigkeit nicht für ein ihm fremdes, sondern im eigenen Unternehmen ausübe (unter Verweis auf BSG Urf. v. 24.06.1982 - [12 RK 45/80](#)). Nicht berücksichtigt sei zudem, dass der Kläger über seine Arbeitskraft frei verfügen und seine Tätigkeit und Arbeitszeit frei gestalten könne. Auch die Abbedingung des Selbstkontrahierungsverbots lasse das SG unberücksichtigt. Zusammenfassend überwiegen damit die Merkmale einer selbständigen

Tätigkeit deutlich (unter Verweis auf BSG Ur. v. 15.12.1971 - [3 RK 67/68](#)).

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 14.03.2013 und den Bescheid der Beklagten vom 30.11.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21.08.2012 aufzuheben und festzustellen, dass seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1.) ab dem 01.03.2011 nicht der gesetzlichen Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung hat die Beklagte auf die Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen und ergänzend vorgetragen, aus der Übernahme der Bürgschaft ergebe sich kein Unternehmerrisiko, weil die Belastung mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft nur dann für eine Selbstständigkeit spreche, wenn ihr eine größere Freiheit bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehe oder diese zu höheren Verdienstchancen führe (unter Verweis auf BSG Ur. v. 25.01.2001 - [B 12 KR 17/00 R](#); BSG Beschl. v. 21.01.2009 - [B 12 KR 15/07 B](#)). Dies sei nicht der Fall. Zum Argument der alleinigen Branchenkenntnis habe das BSG lediglich in seiner älteren Rechtsprechung bezogen auf die Familien-GmbH entschieden, dass dies indiziell gegen eine abhängige Beschäftigung sprechen könne, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer als einziger Gesellschafter über die zur Führung des Betriebes notwendigen Branchenkenntnisse verfüge (unter Verweis auf BSG Ur. v. 15.12.1971 - [3 RK 67/67](#)). Die fachliche Überlegenheit allein lasse indes nicht den Schluss auf eine selbständige Tätigkeit zu (unter Verweis auf BSG Ur. v. 08.12.1987 - 7 Rar 14/86). Hier lägen schon keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kläger als einziger Gesellschafter über die alleinigen Branchenkenntnisse verfüge.

Der Kläger ließ hierauf erwidern, selbstverständlich gehe die Abhängigkeit aufgrund des Umstandes, dass das Unternehmen ohne die Bürgschaft nicht überlebensfähig sei, mit einer größeren Freiheit bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes seiner eigenen Arbeitskraft einher. Darüber hinaus sei der Verdienst des Klägers hiervon abhängig. Weshalb nunmehr bestritten werde, dass der Kläger der alleinige Gesellschafter mit den erforderlichen Branchenkenntnissen sei, sei nicht nachvollziehbar. Bislang sei dies unstrittig gewesen.

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 des Klägers ist gem. [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne Zulassung durch das Sozialgericht statthaft und auch sonst zulässig. Sie ist aber nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig. Der Kläger unterliegt in der bei der Beigeladenen zu 1.) ausgeübten Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer seit 01.03.2011 der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu ihrem Erlass gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 3](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) sachlich zuständig und die Bescheide sind auch hinreichend bestimmt und beschränken sich nicht auf eine unzulässige Feststellung von Elementen eines Rechtsverhältnisses.

Gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten 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. Über den Antrag entscheidet abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) die Beklagte ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Der Kläger hat sich für das (fakultative) Anfrageverfahren bei der Beklagten nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) entschieden; ein vorrangiges Verfahren bei der Einzugs- oder der Prüfungsstelle war nicht eingeleitet worden (zur Verfahrenskonkurrenz etwa Senatsurteile vom 08.06.2011 - [L 5 KR 4009/10](#) und [L 5 R 4078/10](#)).

Die angefochtenen Bescheide sind (noch) hinreichend bestimmt und enthalten keine isolierte Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung. Gem. [§ 33 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen muss im Einzelfall zumindest durch Auslegung vor dem Hintergrund der den Beteiligten bekannten Umstände zu erschließen sein, auf welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten sich die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung beziehen soll. Notwendig ist regelmäßig die Angabe einer bestimmbareren Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG Ur. v. 11.03.2009 - [B 12 R 11/07 R](#); Ur. v. 04.06.2009 - [B 12 R 6/08 R](#)). Außerdem darf sich weder die im Anfrageverfahren ([§ 7a SGB IV](#)) noch die im Einzugsstellenverfahren ([§ 28h SGB IV](#)) ergehende Entscheidung auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG Ur. v. 11.3.2009 - [B 12 R 11/07 R](#)). Die Beklagte hat diese Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt. Sie hat die vom Kläger bei der Beigeladenen zu 1.) ausgeübte Tätigkeit mit "geschäftsführender Gesellschafter" hinreichend bestimmt bezeichnet und sich nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt, sondern festgestellt, dass für die in abhängiger Beschäftigung verrichtete Tätigkeit Versicherungspflicht bzw. Versicherungsfreiheit entsprechend der Anmeldung besteht. Aus der den Beteiligten bekannten Anmeldung ging klar hervor, dass wegen erheblichen Überschreitens des regelmäßigen Jahresarbeitsentgelts, auch in den vergangenen drei Jahren, gem. [§ 6 Abs. 1](#) und 4 SGB V Versicherungsfreiheit zur Kranken- und gem. [§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 SGB XI](#) zur Pflegeversicherung besteht und sich die Feststellung von Versicherungspflicht allein auf die gesetzliche Rentenversicherung und die Arbeitslosenversicherung bezieht. Die Bevollmächtigte der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung des Senats eine entsprechende Klarstellung unwidersprochen zu Protokoll gegeben.

Die angefochtenen Bescheide sind auch materiell rechtmäßig. Der Kläger übt die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1.) seit dem 01.03.2011 als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und nicht als selbständige Tätigkeit aus. Er ist deshalb in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtig.

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, 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 Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG Ur t. v. 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#)). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG Ur t. v. 19.06.2001 - [B 12 KR 44/00 R](#)). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Letzteres besteht in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen. Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit (zuletzt z.B. Ur t. v. 04.09.2013 - [L 5 R 4751/11](#)).

Im Einzelfall kann es darauf ankommen, ob der Betreffende im Unternehmen "schalten und walten" kann wie er will, weil er die Inhaber des Unternehmens (etwa die Gesellschafter einer GmbH) persönlich dominiert oder weil diese von ihm wirtschaftlich abhängig sind (vgl. auch BSG Ur t. v. 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) -). In diesem Fall ist er selbständiger Unternehmer. Dies hat das BSG in seiner älteren Rechtsprechung insbesondere für den (Fremd)Geschäftsführer einer GmbH angenommen, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist (BSG Ur t. v. 15.12.1971 - [3 RK 67/68](#), SozR Nr 68 zu § 165 RVO; Ur t. v. 24.06.1982 - [12 RK 45/80](#), juris; Ur t. v. 08.12.1987 - [7 RAR 25/86](#), juris; Ur t. v. 05.02.1998 - [B 11 AL 71/97 R](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 22](#); Ur t. v. 14.12.1999 - [B 2 U 48/98 R](#), juris; Ur t. v. 17.05.2001 - [B 12 KR 34/00 R](#); Ur t. v. 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#); Ur t. v. 06.03.2003 - [B 11 AL 25/02 R](#)). In seiner neueren Rechtsprechung hat das BSG allerdings Zweifel an dieser "Überlagerungsrechtsprechung" geäußert und die Bedeutung der Rechtsmacht (im Unternehmen) für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung hervorgehoben (vgl. BSG Ur t. v. 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) und - [B 12 R 14/10 R](#)); es spreche einiges dafür, der aus gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben entspringenden Rechtsmacht als Teil der tatsächlichen Verhältnisse maßgebende Bedeutung beizumessen, da entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer (abhängigen) Beschäftigung auch im Zusammenhang mit Familiengesellschaften die Möglichkeit sei, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden (BSG, a. a. O.). Unerheblich ist in jedem Fall, dass eine bestehende Rechtsmacht mit daraus folgenden Weisungsrechten (mangels tatsächlichen Anlasses) in der Geschäftspraxis nicht ausgeübt wird, solange sie nur aufrechterhalten bleibt und von ihr (bei gegebenem Anlass, etwa bei einem familiären Zerwürfnis) Gebrauch gemacht werden kann. Eine (bloße) "Schönwetter-Selbstständigkeit" (so BSG, a. a. O.) ist mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht hinnehmbar.

Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben; zu diesen gehört, unabhängig von ihrer Ausübung, auch die einem Beteiligten zustehende (nicht wirksam abbedungene) Rechtsmacht. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG Ur t. v. 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#); Ur t. v. 19.06.2001 - [B 12 KR 44/00 R](#), m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung vgl. zuletzt BSG Ur t. v. 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#)). Die Zuordnung nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d.h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht (ebenso die Behörde) insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb - der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend - voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalles wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (so BSG Ur t. v. 24.05.2012 - [B 12 KR 14/10 R](#) und - [B 12 KR 24/10 R](#)).

Nach den genannten Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Familienangehörigen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Familiäre Bindungen schließen das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht von vornherein aus. Unschädlich ist vor allem, dass die Abhängigkeit des Beschäftigten bei familiärer Verbundenheit im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und Weisungsrechte deshalb möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (BSG Ur t. v. 17.12.2002 - [B 7 AL 34/02 R](#), m.w.N.). Das sozialversicherungspflichtige abhängige Beschäftigungsverhältnis in Familienunternehmen ist darüber hinaus abzugrenzen von der nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit; hierfür sind ebenfalls alle Umstände des Einzelfalles maßgeblich (Urteil d. Senats v. 17.12.2002 - [B 7 AL 34/02 R](#), m.w.N.). Danach setzt ein Beschäftigungsverhältnis neben der Eingliederung des Familienangehörigen in den Betrieb mit einem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass ein Entgelt gezahlt wird, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt. Es muss über freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehen. Abzustellen ist weiter darauf, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Ist all das der Fall, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Familienangehörige, auch der Ehegatte, auf das Entgelt wirtschaftlich angewiesen ist, wenngleich dies die Abhängigkeit des Beschäftigten indizieren kann (vgl. BSG Ur t. v. 19.02.1987 - [12 RK 45/85](#) SozR 2200 § 165 Nr. 90; BSG Ur t. v. 23.06.1994 - [12 RK 50/93](#)). Indizwirkung kann auch der Höhe des gezahlten Entgelts zukommen (BSG Ur t. v. 17.12.2002 - [B 7 AL 34/02 R](#)). Allerdings schließt eine - auch erheblich - untertarifliche Bezahlung des Verwandten ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus (vgl. auch BSG Ur t. v. 12.09.1996 - 7 RAR 120/95; zu alledem auch Senatsurteile v. 30.07.2008 - [L 5 KR 5339/08](#) und v. 04.02.2009 - [L 5 KR 2219/08](#)).

Nach den genannten Grundsätzen ist ebenfalls 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 Ur. v. 18.12.2001 – [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); BSG Ur. v. 06.03.2003 – [B 11 AL 25/02 R](#), [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 Ur. v. 04.07.2007 – [B 11a AL 5/06 R](#), juris, m.w.N.). Der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer gehört nach der Rechtsprechung des BSG danach 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 Ur. v. 18.04.1991 – [7 RAr 32/90](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#), m.w.N.).

Davon ausgehend kann die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1.) ab dem 01.03.2011 nach ihrem Gesamtbild nicht als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft werden. Der Senat nimmt auf die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen ist ergänzend auszuführen:

Ein gewichtiges Indiz, das für eine abhängige Beschäftigung des Klägers spricht, ist die Ausgestaltung seiner Rechtsmacht im Unternehmen der Beigeladenen zu 1.). Er verfügt nicht über die Rechtsmacht, unternehmenspolitische Entscheidungen zu treffen oder solche Entscheidungen zu verhindern. Der Kläger ist an der Beigeladenen zu 1.) nur mit einem Kapitalanteil von 30 % beteiligt. Da Gesellschafterbeschlüsse aber gem. § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags mit einfacher Mehrheit getroffen werden und je 100 DM Kapitalanteil eine Stimme gewähren, besitzt der Kläger nur eine Anteilsminderheit. Über Sonderrechte zur Herbeiführung oder Verhinderung von Gesellschafterbeschlüssen verfügt der Kläger ebenfalls nicht. Die vom Kläger angeführten Fälle, in denen ausnahmsweise Einstimmigkeit gegeben sein muss (Änderung des Gesellschaftsvertrages, Beschlussfassung unter Abweichung von Frist- und Formerfordernissen, Tod eines Gesellschafters), begründen keine statusrelevante Sperrminorität. Das BSG hat bereits entschieden, dass eine Sperrminorität des Gesellschafter-Geschäftsführers, die sich auf die Festlegung der Unternehmenspolitik, die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die Auflösung der Gesellschaft beschränkt, die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht ausschließt (Ur. v. 24.09.1992 – [7 RAr 12/92](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8](#)). Durch eine solche Vereinbarung erlangt der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht die – für den Status maßgebliche – Möglichkeit, ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit abzuwehren.

Insgesamt kommt dem Kläger mithin keine entscheidende Rechtsmacht im Unternehmen der Beigeladenen zu 1.) zu. Ob und in welchem Umfang die Gesellschaftermehrheit von dieser Rechtsmacht in der Geschäftspraxis Gebrauch macht (hier insbes. der Vater des Klägers), ist indes nicht ausschlaggebend. Für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ist nicht die im Unternehmensalltag, zumal bei ungestörten ("Schönwetter"-)Verhältnissen, übliche Verfahrensweise, sondern die Verteilung der Rechtsmacht (Lenkungsmacht) maßgeblich, auf die im Bedarfsfall zurückgegriffen werden kann (vgl. BSG Ur. v. 29.08.2012 – [B 12 R 14/10 R](#), juris). Die familiäre Verbundenheit des Klägers zum Mitgesellschafter F. A. rechtfertigt eine andere Sicht der Dinge nicht. Der Umstand, dass er mit seinem Vater zusammen 50 % der Gesellschaftsanteile hält, begründet keine Rechtsmacht im beschriebenen Sinne. Die mit familiären Bindungen zusammenhängenden weniger stark ausgeprägten Weisungen im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses führen nicht dazu, dass auf Rechte aus der Gesellschafterstellung verzichtet wird.

Ein ganz atypischer Fall, bei dem die Rechtsmacht nach der oben dargestellten alten Rechtsprechung des BSG durch die tatsächlichen Verhältnisse "überlagert" wäre, liegt nicht vor. Ob der Kläger hinsichtlich des Unternehmensgegenstands der Beigeladenen zu 1.) – wie behauptet – tatsächlich überragende Fachkenntnisse hat und deswegen "Kopf" und "Herz" des Unternehmens ist, kann dahin gestellt bleiben. Dies unterstellt, wäre er ohne Zweifel ein besonders wertvoller, ggf. kaum oder gar nicht ersetzbarer Mitarbeiter. Wird diesem Umstand aber nicht durch entsprechende Unternehmensbeteiligungsrechte Rechnung getragen, bleibt auch der unersetzliche Mitarbeiter Beschäftigter (Senatsurteil vom 22.01.2014 – [L 5 R 2329/13](#)). Hier wurde darauf verzichtet, die (behauptete) Funktion des Klägers als "überlebenswichtiger" Teil des Betriebs gesellschaftsrechtlich abzubilden, etwa durch eine Übernahme der Kapitalanteile seines Vaters oder die Festlegung von Sonderrechten in der Gesellschafterversammlung. Eine ganz atypische Fallgestaltung, bei der die Bedeutung der Rechtsmacht im Unternehmen für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung wegen besonderer Umstände gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen zurücktreten müsste, liegt in solchen Fällen regelmäßig (noch) nicht vor. Auch besonders wichtige oder unersetzliche Arbeitnehmer eines Unternehmens sind grundsätzlich abhängig Beschäftigte und rücken allein wegen ihrer besonderen Kenntnisse oder Fertigkeiten nicht in die Stellung des (Mit-)Unternehmers ein (vgl. Senatsurteile vom 22.01.2014 – [L 5 R 2329/13](#) und 04.09.2013 – [L 5 R 235/13](#); anders etwa die Fallgestaltung bei LSG Baden-Württemberg Ur. v. 26.06.2012 – [L 11 KR 2769/11](#)). Hierfür genügt es vorliegend auch nicht, dass der Kläger, wie es von jedem leitenden Angestellten und hochqualifizierten Mitarbeiter erwartet wird, selbständig arbeiten und seine Aufgaben frei von (Fach-)Weisungen erfüllen kann.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht desweiteren, dass in arbeitsrechtlicher Hinsicht der Tätigkeit des Klägers ein Vertrag mit arbeitnehmertypischen Regelungsgehalten zugrunde liegt. Im Vertrag vom 15.02.2011 ist arbeitnehmertypisch ein monatliches Festgehalt vereinbart. Soweit zusätzlich Tantiemen gezahlt werden, ist dies bei Beschäftigten in verantwortlichen Positionen nicht untypisch (Ur. d. Senats v. 17.04.2013 – [L 5 KR 1525/11](#)). Vom Gehalt des Klägers wird außerdem Lohnsteuer abgeführt und es wird auch (steuerrechtlich) als Betriebsausgabe gebucht und geltend gemacht. Der Kläger erhält wie abhängig beschäftigte Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und er hat einen Urlaubsanspruch von 30 Tagen. Dies alles spricht für eine abhängige Beschäftigung.

Schließlich spricht gegen eine selbständige Tätigkeit, dass der Kläger ein den sozialversicherungsrechtlichen Status maßgeblich prägendes Unternehmerrisiko nicht trägt. Die von ihm übernommene Bürgschaft in erheblichem Umfang fällt in Abwägung mit den für eine abhängige

Beschäftigung sprechenden Indizien nicht maßgeblich ins Gewicht.

Unternehmerrisiko trägt, wer eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einsetzt und somit der Erfolg des Einsatzes der sachlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist (BSG Ur. v. 04.06.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) mwN). Im Einzelfall kann auch die Gewährung von Darlehen oder Sicherheiten (Bürgschaften) für das Unternehmen auf ein unternehmerisches Risiko hinweisen und als arbeitnehmeruntypisches Verhalten gegen eine abhängige Beschäftigung sprechen. Allerdings ist das den Darlehensgeber oder Bürgen treffende Ausfallrisiko bzw. das daraus folgende Risiko der Haftung mit dem privaten Vermögen vom Kapitalrisiko des Unternehmers im Ansatz zu unterscheiden; es tritt gegenüber den Gesichtspunkten, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, vielfach eher in den Hintergrund (Urt. d. Senats vom 22.01.2014 - [L 5 R 2148/13](#); in diesem Sinne auch LSG Baden-Württemberg Ur. v. 22.03.2013 - [L 4 KR 3725/11](#)). Eine Bürgschaft kann in erster Linie für die Abgrenzung einer Beschäftigung gegenüber einer durch "Mitunternehmerschaft" begründeten Tätigkeit im (auch) eigenen Betrieb von Bedeutung sein, während ihre Bedeutung für die Zuordnung einer Tätigkeit in einem fremden Betrieb gering ist, da sie kein mit der Tätigkeit verbundenes Risiko darstellt (BSG Ur. v. 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#)). Die Gewährung von Darlehen und Sicherheiten für das Unternehmen erlaubt im Unterschied zur Verteilung der Rechtsmacht im Unternehmen zudem regelmäßig keine hinreichend klare Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status, da es neben dem von Fall zu Fall unterschiedlich zu gewichtenden Umfang eines solchen wirtschaftlichen Engagements zusätzlich auf die ihm zugrunde liegenden Motive ankommt. So haben z.B. Darlehen oder Bürgschaften unter Eheleuten nicht dieselbe Bedeutung wie Darlehen oder Bürgschaften unter miteinander nicht verheirateten (oder verwandten) Personen (vgl. etwa LSG Baden-Württemberg Ur. v. 15.08.2008 - [L 4 KR 4577/06](#); Ur. v. 23.02.2010 - [L 11 KR 2460/09](#)). Ebenso kann zu berücksichtigen sein, ob der Arbeitnehmer dem Unternehmen in wirtschaftlichen Notlagen - zur Erhaltung des Arbeitsplatzes (vgl. etwa BSG Ur. v. 17.05.2001 - [B 12 KR 34/00 R](#); LSG Baden-Württemberg Ur. v. 22.03.2013 - [L 4 KR 3725/11](#)) - oder aus anderen Gründen Darlehen bzw. Sicherheiten gewährt.

Ausgangspunkt für die Würdigung eines statusrelevanten Unternehmerrisikos ist demnach zunächst ebenfalls die unternehmens- bzw. gesellschaftsrechtliche Rechtskonstruktion - nunmehr vor allem in haftungsrechtlicher Hinsicht - , die die Beteiligten gewählt haben. Der Kläger ist danach an der Beigeladenen zu 1.) über seinen Kapitalanteil in Höhe von 15.000 DM beteiligt; hierauf konzentriert sich der unternehmerische Einsatz von Wagniskapital. Seine danach bestehende Eigenschaft als Mitgesellschafter mit einem Anteil von 30 % reicht nicht für die Annahme eines statusrelevanten Unternehmerrisikos aus. Auch die vom Kläger eingesetzte Arbeitskraft kann nicht dem Wagniskapital eines Unternehmers gleichgesetzt werden. Er hat Anspruch auf eine feste monatliche Vergütung. Dem steht auch nicht entgegen, dass dem Kläger nach dem Anstellungsvertrag - zusätzlich - eine vom Unternehmenserfolg abhängige Tantiemenzahlung zusteht. Tantiemenzahlungen sind bei Beschäftigten in verantwortlichen Positionen als Leistungsanreiz nicht unüblich (Urt. d. Senats v. 17.04.2013 - [L 5 KR 1525/11](#)). Ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit mit unternehmerischem Risiko kann darin nicht gesehen werden, zumal die Tantiemen vorliegend neben dem für den Lebensunterhalt bereits ausreichenden Gehalt gezahlt werden.

Das ihn als Bürgen treffende Risiko der Haftung mit dem privaten Vermögen ist vom Kapitalrisiko des Unternehmers zu unterscheiden. Der Kläger hat nach seinen Ausführungen in der mündlichen Verhandlung des Senats für Verbindlichkeiten der Beigeladenen zu 1.) aus Avalkrediten und aus laufenden Krediten, die zur Vorfinanzierung für von der Beigeladenen zu 1.) zu erstellenden Produkten gewährt wurden, eine Bürgschaft bis zu (früher) 1,6 Mio. EUR, aktuell 800.000 EUR übernommen und zur Absicherung dieser Bürgschaft der Bank Grundpfandrechte in Höhe von 154.000 EUR an einem ihm gehörenden Einfamilienhaus eingeräumt. Abgesichert werden allerdings keine der Gesellschaft langfristig zur Verfügung stehenden Mittel, die als Aktiva Eigenkapital gleich kommen, sondern vorübergehende Kredite für das laufende Geschäft. Der Umstand, dass der Kläger eine Bürgschaft über 800.000 EUR gewährt, ist für abhängig beschäftigte Arbeitnehmer ohne Zweifel untypisch und spricht daher für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit, zumal er mit Eigenkapital an der Beigeladenen zu 1.) beteiligt ist. Dennoch bleiben für das Gesamtbild der Tätigkeit des Klägers die zuvor dargestellten Gesichtspunkte, namentlich die Rechtsstellung als Minderheitsgesellschafter ohne Sperrminorität und Sonderrechte, prägend, zumal sich der Kläger bei der Bürgschaft keine weiteren Rechte hat einräumen lassen, die ihm einen bestimmenden Einfluss (zumindest) auf die Mittelverwendung bzw. zusätzliche rechtliche Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftstätigkeit der Beigeladenen zu 1.) gesichert hätten (in einem vergleichbaren Fall so schon Urt. d. Senats v. 22.01.2014 - [L 5 R 2148/13](#)). Die arbeitnehmeruntypische Gewährung von Bürgschaften tritt in der Gesamtabwägung somit als weniger gewichtig dahinter zurück.

Der Senat verkennt nicht, dass - neben der Gewährung einer Bürgschaft - auch noch weitere Gesichtspunkte, so etwa die Befugnis, Personal unbeschränkt einstellen und entlassen zu dürfen, oder die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#), für eine selbständige Erwerbstätigkeit des Klägers sprechen können. Auch diesen Umständen, namentlich der in als GmbH verfassten Unternehmen nicht seltenen Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot (dazu etwa BSG Ur. v. 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) und [B 12 R 14/10 R](#); Ur. v. 04.07.2007 - B 11a AI 5/06 R), kommt indessen kein ausschlaggebendes Gewicht in der Gesamtabwägung aller maßgeblichen Einzelfallumstände zu. Sie haben für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung gegenüber der dargestellten Verteilung der Rechtsmacht im Unternehmen, der überwiegend arbeitnehmertypisch konzipierten Vertragsgrundlage für die Tätigkeit des Klägers und dem Fehlen eines hinreichend statusrelevanten Unternehmerrisikos geringeres Gewicht, weshalb es beim Gesamtbild einer abhängigen Beschäftigung bleibt.

Zusammenfassend stellt der Senat fest, dass bei einer Gesamtschau aller für und gegen eine abhängige Beschäftigung bzw. selbständige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkte die Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zu 1.) sprechen, überwiegen. Da der Kläger damit bei der Beigeladenen zu 1.) seit dem 01.03.2011 eine abhängige Beschäftigung ausübt, unterliegt er der Versicherungspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)). Der Senat folgt der Rechtsprechung des BSG, wobei der vorliegende Fall keine bislang ungeklärten Rechtsfragen aufgeworfen hat.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-05-21