

L 11 R 3610/13

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 15 R 4338/11
Datum
07.08.2013
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 3610/13
Datum
30.09.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 07.08.2013 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Der Streitwert wird endgültig auf 41.895,30 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Streitig ist eine von der Beklagten geltend gemachte Nachforderung von Beiträgen zur Rentenversicherung in Höhe von 41.985,30 EUR für den Zeitraum 01.12.2005 bis 05.04.2009.

Der 1969 geborene Beigeladene zu 2) war ab 01.07.2000 als Steuerberater bei Herrn G. Z. (Z), dem späteren Mehrheitsgesellschafter der Klägerin, angestellt. Seit diesem Zeitpunkt ist er Mitglied im Versorgungswerk der Steuerberater Baden-Württemberg. Mit notariellem Vertrag vom 17.12.2001 wurde die Klägerin, eine Steuerberatungsgesellschaft mbH mit dem Unternehmensgegenstand "geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen sowie die damit zu vereinbarenden Tätigkeiten gem. [§ 33 iVm § 57 Abs 3 StBerG](#)" gegründet. Das Stammkapital iHv 25.000 EUR übernahm zu 100% Z. Die Beschlussfassung erfolgte nach § 8 Nr 6 Gesellschaftsvertrag mit einfacher Mehrheit, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag oder gesetzlich zwingend eine andere Mehrheit vorgeschrieben ist.

Mit Geschäftsführervertrag vom 30.12.2001 wurde der Beigeladene zu 2) ab 01.01.2002 - neben Z - zum Geschäftsführer der Klägerin bestellt. Der Geschäftsführervertrag enthielt ua folgende Regelungen: § 1 Aufgabenbereiche 1. Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, nach Maßgabe dieses Vertrags, Gesetz, Satzung, Beschlüssen und Weisungen der Gesellschafterversammlung oder einer von der Gesellschafterversammlung verabschiedeten Geschäftsordnung die Geschäfte der GmbH zu führen. Dem Geschäftsführer obliegt eigenverantwortlich die gesamte Leitung des Unternehmens der Gesellschaft. 2. Der Geschäftsführer vertritt die GmbH gerichtlich und außergerichtlich. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. 3. § 2 Arbeitszeit, Nebentätigkeit Der Geschäftsführer hat der GmbH sein Wissen und Können und seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Er ist an bestimmte Arbeitszeiten nicht gebunden. Er ist jedoch gehalten, wenn und soweit das Wohl der GmbH es erfordert, zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen. Eine besondere Vergütung für Mehr, Sonn- und Feiertagsarbeit ist ausgeschlossen. Herr St. ist berechtigt, die von ihm bisher auf eigene Rechnung betreuten Mandate weiterhin auf eigene Rechnung weiterzuführen, wobei jedoch eine Inanspruchnahme der Infrastruktur der GmbH nicht zulässig ist.

§ 3 Bezüge 1. Der Geschäftsführer erhält eine monatliche Vergütung von EUR 5.150,- brutto, zahlbar jeweils zum Monatsende. 2. Im Falle der Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Verhinderung des Geschäftsführers wird das Festgehalt auf die Dauer von sechs Monaten fortbezahlt; nach Ablauf von zwei Monaten sind auf das Festgehalt jedoch Kranken- bzw Krankentagegelder anzurechnen. 3. 4. Mit dem Novembergehalt wird 1 Monatsgehalt, mit dem Juligehalt $\frac{1}{4}$ Monatsgehalt zusätzlich zu den monatlichen Vergütungen gewährt. 5. Firmen Pkw Audi A4 wird zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt. § 4 Spesen § 5 Jahresurlaub 1. Der Geschäftsführer hat Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. 2. Kann der Geschäftsführer seinen Jahresurlaub nicht nehmen, weil Interessen der Gesellschaft entgegenstehen, so ist der Urlaubsanspruch abzugelten, soweit er nicht auf das nächstfolgende Kalenderjahr entsprechend den für Arbeitsverhältnisse geltenden Grundsätzen übertragen wird ... § 7 Schlußbestimmungen 1. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen der Schriftform. 2. Ab 01.01.2003 war der Beigeladene zu 2) mit 10% am Stammkapital beteiligt, ab 30.05.2007 mit 15% und ab 16.05.2008 mit insgesamt 20%. Im Jahr 2006 gab der Beigeladene zu 2) in einem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen

Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers an, nicht selbstständig tätig zu sein. Ein Bescheid erging damals nicht, da angeforderte Unterlagen nicht vorgelegt worden waren. Für den Beigeladenen zu 2) wurden durchgehend Beiträge zur Arbeitsförderung entrichtet, nicht jedoch zur Rentenversicherung. Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung wurden wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht entrichtet.

Am 06.04.2009 beantragte der Beigeladene zu 2) die Befreiung von der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Rentenversicherung rückwirkend ab 01.07.2000. Mit Bescheid vom 19.06.2009 erteilte die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 1) die Befreiung mit Wirkung ab 06.04.2009 nach [§ 6 Abs 1 Satz 1 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI). Der dagegen eingelegte Widerspruch wurde bis zur rechtskräftigen Entscheidung im hiesigen Verfahren zurückgestellt.

Die Beklagte führte am 29.07.2010 für den Prüfzeitraum 01.12.2005 bis 05.04.2009 eine Betriebsprüfung durch. Mit Bescheid vom 29.07.2010 setzte sie gegenüber der Klägerin eine Nachforderung für den Prüfzeitraum iHv 41.895,30 EUR fest. Beschäftigte Arbeitnehmer unterlägen der Rentenversicherungspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#)). Die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht wirke erst ab 06.04.2009, so dass für die Beschäftigung Rentenversicherungspflicht bestanden habe und Pflichtbeiträge im nicht verjährten Zeitraum (01.12.2005 bis 05.04.2009) zu entrichten seien.

Die Klägerin legte am 12.08.2010 Widerspruch ein und beglich die Beitragsnachforderung unter dem Vorbehalt der Rückforderung. Mit Widerspruchsbescheid vom 04.07.2011 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Hiergegen richtet sich die am 10.08.2011 zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhobene Klage. Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Beigeladene zu 2) als geschäftsführender Gesellschafter selbstständig tätig sei und nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung unterliege. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sei nicht anzunehmen, da der Beigeladene zu 2) einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit sei und eigenverantwortlich die Leitung des Unternehmens innegehabt habe. Er sei an keine Arbeitszeiten und keine Weisungen gebunden gewesen. Aufgrund der ausgeübten Leitungsfunktion habe er beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft nehmen können, er habe ferner über besondere Branchenkenntnisse verfügt. Die Klägerin hat eine eidesstattliche Versicherung des Z vom 14.01.2013 vorgelegt, die auszugsweise wie folgt lautet: "Seit dem Jahr 2003 war zwischen mir und Herrn St. unabhängig von der jeweiligen Beteiligung an der Steuerberatungsgesellschaft von Anfang an klargestellt, dass es nur Grundlage einer gemeinsamen Partnerschaft und Geschäftsführung des gemeinsamen Unternehmens sein kann, dass ebenso gemeinsam und im Einvernehmen die Unternehmenspolitik und die hierfür erforderlichen Entscheidungen gemeinsam getroffen werden. Unternehmerische Entscheidungen wurden so stets gemeinsam vorbereitet, diskutiert und getroffen. Im Fall von gegensätzlichen Anschauungen zu unternehmerischen Entscheidungen wurde stets – erfolgreich – versucht, Einvernehmen herzustellen. Hätte das Einvernehmen nicht hergestellt werden können, so wäre auch eine Entscheidung gegen die Ansicht des anderen Geschäftsführers nicht erfolgt. Trotz meines größeren Geschäftsanteils hätte und habe ich seither keine für unsere Gesellschaft und deren Entwicklung bedeutende Entscheidung gegen meinen Partner Herrn St. oder dessen Interessen getroffen. Die Führung unseres Unternehmens ist von einer paritätischen Entscheidungsebene geprägt, woran wir uns beide auch erklärtermaßen halten."

Mit Gerichtsbescheid vom 07.08.2013 hat das SG den angefochtenen Bescheid aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Beigeladene zu 2) sei nicht als abhängig Beschäftigter zu qualifizieren. Bei Geschäftsführern mit Minderheitsbeteiligung ohne Sperrminorität hänge das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses davon ab, ob der Geschäftsführer nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit einem seine persönliche Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht der GmbH unterliege. Die tatsächlichen Beziehungen zwischen dem Mehrheitsgesellschafter Z und dem Beigeladenen zu 2) sprächen für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2) als Selbstständiger. Die gewichtigen Indizien für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung – rein formell keine Rechtsmacht, Beschlüsse der GmbH zu verhindern, monatliches Festgehalt; Spesenersatzanspruch; Abführung von Lohnsteuer; Stellung von Arbeitsplatz und Arbeitsmitteln – würden nicht verkannt. Die tatsächlichen Umstände überlagerten jedoch die für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses sprechenden rechtlichen Aspekte. Prägend für das Verhältnis zwischen Z und dem Beigeladenen zu 2) sei Kooperation und nicht Elemente der Subordination. Durch die vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Z sei das vom Beigeladenen zu 2) schon im Termin vom 23.11.2012 dargelegte Vertrauensverhältnis nachgewiesen. Es sei schlüssig und nachvollziehbar, dass nicht einvernehmliche Entscheidungen für die gemeinsame Entwicklung des Unternehmens absolut kontraproduktiv gewesen wären. Faktisch habe der Beigeladene zu 2) die durch Z stillschweigend eingeräumte und auf der Grundlage einer konsensual vereinbarten Gleichberechtigung bestehende Möglichkeit der Einflussnahme gehabt. Der Beigeladene zu 2) habe wesentliche Geschäftsbereiche der Tätigkeit selbst wahrgenommen, insbesondere Führungsaufgaben und organisatorische Aufgaben. Die Angabe des Beigeladenen zu 2) im Feststellungsbogen von 2006, dass er nicht als Einziger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen Kenntnisse verfüge, sei daher weitgehend relativiert. Auch die Tatsache, dass der Beigeladene zu 2) kein "klassisches" Unternehmerrisiko getragen habe, führe zu keiner abweichenden Beurteilung. Als am Stammkapital beteiligter Gesellschafter partizipiere er an Gewinn und Verlust, woraus sich ein Eigeninteresse an der Gesellschaft ergebe, an dem die monatlichen Gehaltszahlungen nichts änderten. Schließlich ändere auch die sog "Schönwetter-Selbstständigkeits-Rechtsprechung" des Bundessozialgerichts (unter Hinweis auf BSG 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#)) nichts an der Auffassung des SG. Der dort streitige Sachverhalt sei von einer familiären Bindung zwischen den Gesellschaftern geprägt gewesen und zudem hätten dort nicht die hier vorgebrachten Beweismittel vorgelegen. Es möge zwar zutreffen, dass die Frage der Versicherungspflicht zu Beginn der Tätigkeit zu klären sei, dies führe aber zu Schwierigkeiten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse vom Versicherungsträger nicht ausreichend gewürdigt würden und eine abschließende Bewertung erst nachträglich möglich sei. Insoweit könne diese Rechtsprechung hier keine Anwendung finden.

Gegen den ihr am 15.08.2013 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich die am 21.08.2013 eingelegte Berufung der Beklagten. Maßgebend sei nach der Rechtsprechung des BSG vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, idR die Gesamtheit der Gesellschafter. Entsprechend der Höhe der Beteiligung am Stammkapital und fehlender Sperrminorität verfüge der Beigeladene zu 2) nicht über die Rechtsmacht, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit zu vermeiden. Bei der Klägerin handele es sich um die "Nachfolgerin" einer Steuerberatungspraxis, die allein von Z aufgebaut und über die Jahre betrieben worden sei. Bereits hierdurch sei ein Wirken des Beigeladenen zu 2) als handele es sich um seine eigene GmbH ausgeschlossen und die Begründung, dass es ihm allein aufgrund seines Sonderwissens möglich gewesen sei, die Klägerin zu führen, nicht nachvollziehbar. Auch im Außenbild habe Z als Namensgeber die dominierende Stellung. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2) sei wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt worden, er habe ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt erhalten, darüber hinaus Spesenersatz. Das Arbeitsentgelt sei als

Betriebsausgabe gebucht worden, Beiträge zur Arbeitslosenversicherung seien abgeführt worden. Arbeitnehmertypische Ansprüche auf Fortzahlung der Bezüge bei Krankheit, zudem eine Art Urlaubs- und Weihnachtsgeld sei gewährt worden. Der Beigeladene zu 2) trage auch kein unternehmerisches Risiko, er beziehe ein Festgehalt. Trotz der dargelegten Freiheiten in der Ausübung der Tätigkeit und der auf Konsens ausgerichteten Geschäftspraxis der beiden Geschäftsführer überwogen die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung.

Die Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 07.08.2013 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Auch wenn der Beigeladene zu 2) rein rechtlich nicht mit einer Sperrminorität ausgestattet sei, bestehe auf der Grundlage der vereinbarten Gleichberechtigung die faktische Möglichkeit der Einflussnahme auf die Unternehmensentscheidungen. Das SG habe unter Darlegung der herrschenden Rechtsprechung hier zutreffend dargelegt, dass trotz der zwar rein formell nicht bestehenden Rechtsmacht eine Beschäftigung ausnahmsweise ausscheiden müsse. Dass auch im Konfliktfall eine einvernehmliche Lösung herbeigeführt worden wäre, ergebe sich aus den gewonnen Erkenntnissen im Rahmen der mündlichen Verhandlung und der eidesstattlichen Versicherung. Der Beigeladene zu 2) sei nicht nur als gleichberechtigter Partner aufgenommen worden, sondern auch als derjenige, der generationsbedingt den Anteil von Z im Wege der Nachfolge übertragen erhalten solle. Der Beigeladene zu 2) habe auch ein Unternehmerrisiko getragen, weil er spätestens seit 2003 ein gemeinsames Unternehmen für sich und Z zu führen und zu entwickeln gehabt habe. Die Beklagte verkenne, dass es sich nicht um ein Unternehmen im sonstigen gewerblichen Bereich handele, sondern um personengebundenen Dienstleistungsbereich, insbesondere mandatsbezogene Beratung. Eine Steuerberaterkanzlei lebe von der persönlichen Kompetenz und dem Renommee des Steuerberaters. Insofern sei die wirtschaftliche Macht des Beigeladenen zu 2) zu berücksichtigen: Wäre er ausgeschieden, hätte die Klägerin 50% ihrer Mandanten verloren, denn eine nachvertragliche Wettbewerbsklausel sei nicht vereinbart gewesen. Es gehe nicht darum, dass der Beigeladene zu 2) die Klägerin als seine "eigene GmbH" begreifen müsse, sondern um die gemeinsame und paritätische Führung des Unternehmens. Die Beibehaltung des Gründernamens bei der Klägerin ändere daran nichts, denn dieser Name habe den Charakter einer beständigen "Marke", die selbst bei Ausscheiden des Z fortgeführt werde. Der Geschäftsführervertrag des Z, den die Beklagte nicht als abhängig Beschäftigten sehe, enthalte ebenso Regelungen zu Lohnfortzahlung, Urlaubs-, Weihnachtsgeld und Spesen, so dass sich hieraus kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung konstruieren lasse. Eine abhängige Beschäftigung habe daher nicht vorgelegen.

Der Beigeladene zu 2) hat sich im Erörterungstermin am 01.07.2014 persönlich geäußert. Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 1) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet mit Einverständnis der Beteiligten gemäß [§§ 153 Abs 1](#), [124 Abs 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung.

Die nach den [§§ 143](#), [144](#), [151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist statthaft und zulässig und in der Sache auch begründet. Das SG hat den angefochtenen Bescheid vom 29.07.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.07.2011 zu Unrecht aufgehoben, denn dieser ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Der Beigeladene zu 2) war im Prüfzeitraum vom 01.12.2005 bis 05.04.2009 aufgrund abhängiger Beschäftigung versicherungspflichtig in der Rentenversicherung. Die Beklagte hat daher zutreffend für diesen Zeitraum die Rentenversicherungsbeiträge nacherhoben.

Rechtsgrundlage für den Erlass des angefochtenen Beitragsbescheides ist [§ 28p Abs 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV erfüllen. Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten [§ 28h Abs 2 SGB IV](#) sowie [§ 93 iVm § 89 Abs 5 SGB X](#) nicht. Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung gelten nach [§ 253](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) und [§ 174 Abs 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) die Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§§ 28d bis 28n](#) und [28r SGB IV](#)). Diese Vorschriften gelten nach [§ 1 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#), [§ 348 Abs 2](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) auch für die Arbeitsförderung.

Das Arbeitsentgelt unterliegt der Beitragsbemessung in der Rentenversicherung ([§ 162 Nr 1 SGB VI](#)). Arbeitsentgelt sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden ([§ 14 Abs 1 S 1 SGB IV](#)). [§ 22 Abs 1 SGB IV](#) bestimmt ergänzend, wann die Beitragsansprüche entstehen. Nach dem in [§ 22 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) geregelten Grundsatz entstehen die Beitragsansprüche, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Nach der Ausnahmeregelung des [§ 22 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) entstehen die Beitragsansprüche bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt, sobald dieses ausgezahlt worden ist.

In der Sozialversicherung führt im Grundsatz jede abhängige Beschäftigung ([§ 7 Abs 1 SGB IV](#)), die gegen Entgelt ausgeübt wird, zur Versicherungspflicht und damit im Grundsatz auch zur Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#)), es sei denn, es liegt ein Ausnahmetatbestand vor, der zur Versicherungsfreiheit des Beschäftigten führt, wie etwa eine – hier nicht vorliegende – geringfügige Beschäftigung. Der Beigeladene zu 2) war im Prüfzeitraum auch nicht von der Rentenversicherungspflicht befreit, denn die Befreiung konnte angesichts der

Antragstellung später als drei Monate nach Aufnahme der Tätigkeit erst mit Wirkung zum Antragszeitpunkt ausgesprochen werden (Bescheid der Beigeladenen zu 1) vom 19.06.2009).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Rentenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#)). Nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen BSG 29.08.2012, B [12 R 25/10 R](#), [BSGE 111, 257](#) mwN).

Zur Feststellung des Gesamtbilds kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu. Zwar hat das BSG noch im Urteil vom 22.06.2005 ([B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 5](#)) ausgeführt, dass beim Abweichen der Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen letztere den Ausschlag geben. Jedoch hat es diese Aussage in Zusammenfassung älterer Entscheidungen nachfolgend präzisiert: Danach sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse 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 hieraus gezogene 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG 29.08.2012, [aaO](#)).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Dies ist grundsätzlich neben seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich. Das BSG hat insoweit mehrmals entschieden, dass eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft selbst im Rahmen einer Geschäftsführertätigkeit nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen ist. Bei einem 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 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#); BSG 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 weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen (BSG 06.03.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [aaO](#)). 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. Eine Sperrminorität in diesem Sinne liegt dann vor, wenn der Gesellschafter nach dem Gesetz und den Abreden des Gesellschaftsvertrags Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG 08.08.1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4 S 13](#); BSG 23.06.1994, [12 RK 72/92](#), [NJW 1994, 2974](#)). Dagegen liegt kein maßgeblicher gesellschaftsrechtlicher Einfluss - und damit in der Regel eine Stellung als Beschäftigter - vor, wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter so wesentliche Entscheidungen wie die Auflösung der Gesellschaft, die operative Neuausrichtung oder seine eigene Abberufung bzw Entlassung nicht verhindern kann.

Ein Ausnahmefall kann beispielsweise bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG 08.12.1987, [7 RAr 25/86](#), [juris](#)). So hat das BSG in der Vergangenheit in seiner Rechtsprechung - überwiegend zu Leistungsansprüchen des Arbeitsförderungs- und Unfallversicherungsrechts - auch für den Fall, dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft nicht zumindest über eine Sperrminorität verfügte, eine selbstständige Tätigkeit des Betroffenen für möglich erachtet, wenn dessen Tätigwerden innerhalb einer Gesellschaft durch besondere Rücksichtnahme aufgrund familiärer Bindungen geprägt war (BSG 29.10.1986, [7 RAr 43/85](#), [juris](#); BSG 23.09.1982, [10 RAr 10/81](#), [SozR 2100 § 7 Nr 7](#); BSG 11.02.1993, [7 RAr 48/92](#), [juris](#)). Hier ist jedoch die jüngere Rechtsprechung des BSG zu berücksichtigen, wonach zur Feststellung des Gesamtbilds den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zukommt. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört dabei unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [BSGE 111, 257](#) = [SozR 4-2400 § 7 Nr 17](#)).

Im vorliegenden Fall verfügte der Beigeladene zu 2) im streitigen Zeitraum zwischen dem 01.12.2005 und 05.04.2009 weder über die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung noch war er im Besitz einer Sperrminorität. Er war daher im Hinblick auf die Beteiligung in der Gesellschaft nicht in der Lage, nicht genehme Weisungen zu verhindern. Unerheblich ist dabei, ob tatsächlich Weisungen erfolgt sind. Ausreichend ist vielmehr nach den obigen Ausführungen die bestehende Rechtsmacht. Ebenso wie beim unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist der Richtlinie 92/85/EWG (hierzu EuGH 11.11.201, [C-232/09](#), Dita Danosa, [NZA 2011, 143](#)) und im Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG (25.10.2007, [6 AZR 1045/06](#), [NZA 2008, 168](#)) kommt es für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung maßgeblich darauf an, welche Aufgaben und Befugnisse der Geschäftsführer einer GmbH hat, ob und in welchem Maße er der Kontrolle und Weisungen durch andere Gesellschaftsorgane unterliegt. Relevant ist insbesondere die Abrufbarkeit des Geschäftsführers (Schaub ZESAR

2013, 5; Fischer NJW 2011, 2329).

Der Umkehrschluss, dass mangels einer durch die Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft regelmäßig ein Abhängigkeitsverhältnis des Gesellschafters/Geschäftsführers anzunehmen ist, ist allerdings von der früheren Rechtsprechung des BSG nicht gebilligt worden (BSG 13.12.1960, [3 RK 2/56](#), [BSGE 13, 196](#), 200). In solchen Fällen sollte das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nach allgemeinen Grundsätzen wesentlich davon abhängen, ob der Geschäftsführer nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit einem seiner persönlichen Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht der GmbH unterliegt. Denn auch wenn der Geschäftsführer/Gesellschafter über keine Mehrheit im Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfügt, kann eine abhängige Beschäftigung uU ausgeschlossen sein, wenn ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestattet, nicht genehme Weisungen der genannten Art zu verhindern (vgl BSG SozR 2100 § 7 Nr 7). Dies kann zB der Fall sein, wenn er auch als externer (angestellter) Geschäftsführer einer GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschaft persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig ist (BSG 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#)). Von dieser - überwiegend zu Leistungsansprüchen des Arbeitsförderungs- und Unfallversicherungsrechts ergangenen Rechtsprechung - hat sich der für das Beitragsrecht zuständige 12. Senat des BSG inzwischen abgegrenzt (BSG 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2021-182 = juris).

Gemessen auch an diesen Maßstäben war der Beigeladene zu 2) als Geschäftsführer bei der Klägerin in der streitigen Zeit vom 01.12.2005 bis 05.04.2009 abhängig beschäftigt. Zwar sprechen einige Indizien für eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 2). Diejenigen Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, überwiegen jedoch.

Prüfungsmaßstab sind zunächst die im Geschäftsführer- bzw im Gesellschaftsvertrag zur Rechtsstellung des Beigeladenen zu 2) getroffenen Regelungen. Die vertraglichen Vereinbarungen im Geschäftsführervertrag zur regelmäßigen monatlichen Vergütung, zur Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, zum Anspruch auf Urlaub, zum Spesenersatz und zum "Urlaubs- und Weihnachtsgeld" sprechen ganz klar für eine abhängige Tätigkeit des Beigeladenen zu 2). Als Geschäftsführer ist der Beigeladene zu 2) zwar nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden, er hat jedoch der Klägerin seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und ist auch gehalten, bei Bedarf der GmbH zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen (§ 2 Geschäftsführervertrag). Ausdrücklich ist geregelt, dass der Geschäftsführer an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden ist (§ 1 Nr 1 Geschäftsführervertrag). Diese Gesichtspunkte sind nicht deshalb außer Betracht zu lassen, weil vergleichbare Regelungen im Geschäftsführervertrag des Z enthalten sind, der unstreitig nicht abhängig beschäftigt ist. Denn die abweichende rechtliche Beurteilung hinsichtlich dessen Tätigkeit für die Klägerin liegt maßgeblich darin begründet, dass er als Mehrheitsgesellschafter eine beherrschende Stellung bezüglich der Klägerin innehat. Der Beigeladene zu 2) hingegen war im gesamten Prüfzeitraum Minderheitsgesellschafter ohne Sperrminorität und ohne rechtliche Vetomöglichkeit bei Entscheidungen der Klägerin.

Soweit das SG auf die faktische Gleichstellung des Beigeladenen zu 2) und Z mit stets einvernehmlicher Entscheidung abstellt und daraus eine Ausnahmekonstellation herleitet, kann ihm nicht gefolgt werden. Gleiches gilt für die von der Klägerin hervorgehobene besondere wirtschaftliche Machtposition des Beigeladenen zu 2) aufgrund der Vertrauensstellung zu den Mandanten. Trotz der glaubhaft dargestellten konsensualen Geschäftsführung bleibt es dabei, dass allein Z die Rechtsmacht hatte, im Konfliktfall seine Vorstellungen durchzusetzen. Es widerspricht der oben dargestellten Rechtsprechung des BSG, die tatsächlich bestehende Rechtsmacht des Z allein deshalb außer Betracht zu lassen, weil er von ihr keinen Gebrauch gemacht hat bzw keinen Gebrauch machen wollte. Es kann auch bei der dargestellten Konstellation keineswegs von vornherein ausgeschlossen werden, dass es doch zu einem Konfliktfall kommt, bei dem allein die Rechtsmacht entscheidet. Maßgebend ist auch aus diesem Grund stets die Beurteilung zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses und nicht aus der Betrachtung ex post.

Der Beigeladene zu 2) hat die Gesellschaft auch nicht wirtschaftlich oder persönlich in einer Weise dominiert, dass er in der Stellung gewesen wäre, die Klägerin faktisch zu beherrschen. Hierfür genügen nicht bereits besondere Branchenkenntnisse, da diese üblicherweise Voraussetzung sind, um eine Person zum Geschäftsführer zu bestellen. Diese können daher allein keine selbstständige unternehmerische Tätigkeit begründen (BSG 08.12.1987, 7 Rar 14/86 mwN). Zudem verfügt auch der Mehrheitsgesellschafter und weitere Geschäftsführer Z über die entsprechenden Branchenkenntnisse. Er hat die Klägerin gegründet zur Fortführung seiner bereits zuvor betriebenen Steuerberaterkanzlei.

Auch die übrigen Regelungen des Geschäftsführervertrages sprechen mehrheitlich für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. An eine bestimmte Arbeitszeit ist der Geschäftsführer zwar nicht gebunden. Er ist jedoch gehalten, jederzeit wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert, zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen. Dass der Beigeladene zu 2) nach seinem Vortrag innerhalb dieser Regelungen über Ort, Zeit und Art seiner Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen konnte, steht der Annahme einer abhängigen Beschäftigung im Übrigen nicht entgegen. Denn diese Möglichkeit hat in der Regel auch ein leitender Angestellter (BSG 13.08.1996, [10 RKg 28/95](#), [SozR 3-5870 § 1 Nr 10](#) mwN). Ähnliches gilt für die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#). Im Hinblick darauf, dass auch im Bereich leitender Angestellter üblicherweise solche Freiheiten eingeräumt werden, ist die Indizwirkung hier allenfalls schwach ausgeprägt. Für eine selbstständige Tätigkeit spricht dagegen, dass der Beigeladene zu 2) die bisher auf eigene Rechnung betreuten Mandate weiterhin - quasi in Konkurrenz zur Klägerin - auf eigene Rechnung weiterführen darf.

Der Eingliederung des Beigeladenen zu 2) in den Betrieb der Klägerin steht spiegelbildlich ein nur geringes unternehmerisches Risiko auf Seiten des Beigeladenen zu 2) gegenüber. Er hat ein Entgelt in monatlich fester Höhe erhalten und insoweit für die GmbH seine Arbeitskraft eingesetzt, ohne befürchten zu müssen, hierfür keine Vergütung zu erhalten. Dieser (Arbeits-)Einsatz des Beigeladenen zu 2) kann dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden (BSG 19.06.2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 18](#)). Insoweit trägt der Beigeladene zu 2) nur das Risiko einer Entwertung seines Geschäftsanteils im Fall des unternehmerischen Misserfolgs. Aus einer Kapitalbeteiligung als Minderheitsgesellschafter ohne maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft folgt indes keine unternehmerische Betätigung.

Damit aber überwiegen im vorliegenden Fall die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung, weshalb nach einer Berücksichtigung und Abwägung der unterschiedlichen Merkmale nach dem Gesamtbild von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist.

Der streitgegenständliche Bescheid der Beklagten ist nach alledem nicht zu beanstanden, weshalb der Berufung der Beklagten mit der Kostenfolge des [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung stattzugeben war.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 1 Abs 2 Nr 3, 47 Abs 1](#) und 2, [52 Abs 3 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG). In Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert grundsätzlich nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Betrifft der Antrag des Klägers – wie vorliegend – eine bezifferte Geldleistung oder einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt, ist deren Höhe maßgebend ([§ 52 Abs 3 Satz 1 GKG](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-10-08