

L 5 R 1616/15

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Freiburg (BWB)

Aktenzeichen

S 14 R 3593/12

Datum

25.03.2015

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 R 1616/15

Datum

16.12.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 25.03.2015 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über den sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5).

Die Beigeladene zu 5) ist ein als GmbH verfasstes Unternehmen. Der Unternehmensgegenstand besteht (u.a.) im Handel und Vertrieb mit Waren für die H., Ausstellungswaren und Einrichtungsgegenständen, der Planung und Projektierung haustechnischer Anlagen und Badeeinrichtungen sowie in der Vermittlung von Warengeschäften auf Provision. Die Beigeladene zu 5) wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 13.11.2009 (im Folgenden: Gesellschaftsvertrag) - als Vertriebsgesellschaft - gegründet. Das Stammkapital beträgt 25.000,00 EUR. Gesellschafter der Beigeladenen zu 5) (als "Tochtergesellschaft") waren ursprünglich (als "Muttergesellschaften") die H. S. GmbH, L., mit einem Kapitalanteil von 15.000,00 EUR und die A. H. und B. GmbH, B., mit einem Kapitalanteil von 10.000,00 EUR. Am 19.12.2012 übertrug die H. S. GmbH von ihrem Kapitalanteil an der Beigeladenen zu 5) durch notariellen Vertrag einen Anteil von 2.500,00 EUR auf Herrn H. Sch. ... Gesellschafter der Beigeladenen zu 5) sind seitdem die H. S. GmbH, Herr H. Sch. und die A. H. und B. GmbH mit Kapitalanteilen von 12.500,00 EUR, 2.500,00 EUR und 10.000,00 EUR. Mit privatschriftlichem Vertrag vom 20.12.2012 trat Herr H. Sch. sämtliche im Zusammenhang mit seinem Geschäftsanteil an der Beigeladenen zu 5) entstehenden Stimmrechte in der Gesellschaft an die A. H. und B. GmbH ab.

Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 5) werden vorbehaltlich anderweitiger Regelungen im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wobei je ein Euro Stammeinlage eine Stimme gewährt (§ 8 Nr. 1 Gesellschaftsvertrag). Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn 80 % des Stammkapitals anwesend oder ordentlich vertreten sind. Bei Beschlussunfähigkeit muss eine weitere Gesellschafterversammlung mit gleicher Tagesordnung einberufen werden; diese ist ohne Rücksicht auf das erschienene oder ordentlich vertretene Stammkapital beschlussfähig (§ 8 Nr. 2 Gesellschaftsvertrag).

In § 8 Nr. 3 Gesellschaftsvertrag sind folgende (weitere) Regelungen zur Gesellschafterversammlung getroffen worden:

Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Organ der Gesellschaft. Sie kann der Geschäftsführung allgemeine oder besondere Weisungen erteilen.

Sie befindet über die Bestellung, Abberufung und Festsetzung der Anstellungsbedingungen der Geschäftsführer und Prokuristen sowie deren Entlastungen sowie - in ordentlicher Gesellschafterversammlung - über den Jahresabschluss des vorausgegangenen Geschäftsjahres, die Gewinnverwendung und Gewinnentnahme.

Die folgenden außergewöhnlichen Maßnahmen sind ebenfalls der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung ausschließlich vorbehalten, die darüber mit einer Mehrheit von 75 v.H. der abgegebenen Stimmen entscheidet, sofern das Gesetz keine darüber hinausgehende Mehrheit vorschreibt:

a) Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer und Prokuristen und deren Anstellungsbedingungen

- b) Änderung des Gesellschaftervertrages, des Gesellschaftszwecks, der Gesellschaftsform sowie Verschmelzung oder formwechselnde Umwandlung
- c) Liquidation der Gesellschaft und Bestellung der Liquidatoren
- d) Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens als Ganzes
- e) Erwerb und Veräußerung anderer Unternehmen oder Beteiligungen an solchen, einschließlich der Ausübung derartiger Beteiligungsrechte
- f) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung
- g) Einziehung von Geschäftsanteilen, Aufnahme neuer Gesellschafter unter Erhöhung des Stammkapitals, Zustimmung zur Verfügung über Geschäftsanteile oder zu deren Teilung, soweit nach dieser Satzung erforderlich.

Die Geschäftsführung ist in § 7 Gesellschaftsvertrag geregelt. Diese Bestimmung enthält (u.a.) folgende Regelungen:

1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein ...
2. Die Geschäftsführer der Gesellschaft werden von der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen. Die Gesellschafterversammlung kann die Vertretung und Geschäftsführung abweichend regeln, ...

...

4. Sie (die Geschäftsführer) bedürfen in folgenden Angelegenheiten der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung, worüber diese mit einer Mehrheit von 75 v.H. der abgegebenen Stimmen entscheidet:

- a) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten
- b) Errichtung oder Auflösung von Zweigniederlassungen und neuen Produktionsstätten sowie Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen oder Gesellschaften
- c) Kreditaufnahme, einschließlich der Erweiterung eines bestehenden oder genehmigten Kreditrahmens um mehr als insgesamt 10.000,00 EUR, ausgenommen die Inanspruchnahme von Lieferantenkrediten und kurzfristigen Bankkrediten zur Abwicklung eines Lohnzahlungstermins und/oder betrieblich bedingter Steuerzahlungen; Begründung von Wechselobligo oder Erhöhungen eines Wechselobligos der Gesellschaft um mehr als 5.000,00 EUR über einen schon bestehenden oder genehmigten Wechselkreditrahmen hinaus
- d) Verschmelzung oder formwechselnde Umwandlung
- e) Investitionen von mehr als 10.000,00 EUR im Einzelfall und in jedem Fall zur Anschaffung von Kraftfahrzeugen
- f) Abschluss und Kündigung von Miet-, Pacht-, Leasing- und sonstigen langfristigen Verträgen über mehr als ein Jahr Laufzeit oder mit einer jährlichen Verpflichtung von mehr als 10.000,00 EUR
- g) Abschluss von Dienstverträgen mit freien Dienstleistern, Angestellten oder Arbeitern, woraus Verpflichtungen von mehr als 24.000,00 EUR pro Jahr begründet werden
- h) Darlehensgewährung, Übernahme von Bürgschaften und bürgschaftsähnlichen Verpflichtungen, Sicherungsübereignung oder Verpfändung des Anlage- und Umlaufvermögens
- i) Veräußerung oder Stilllegung des Betriebes oder eines Betriebsteils sowie die Aufgabe eines wesentlichen Tätigkeitsbereiches
- j) Erteilung und Widerruf von Prokuren
- k) Erteilung von Pensionszusagen
- l) Wahl des Abschlussprüfers
- m) alle sonstigen Geschäfte, die über den Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes des Unternehmens hinausgehen, insbesondere die Vergabe von Aufträgen, durch welche Verbindlichkeiten von mehr als 10.000,00 EUR begründet werden.

5. Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, weitere zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte zu bestimmen und der Geschäftsführung für den Geschäftsbetrieb allgemeine oder besondere Weisungen zu erteilen.

Diese Weisungen und Regelungen werden von der Gesellschafterversammlung in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung aufgestellt. Der oder die Geschäftsführer haben sich an diese Geschäftsordnung zu halten.

Die Gewinnverteilung ist in § 16 Gesellschaftsvertrag geregelt. Danach beschließt die Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von 75 v.H. darüber, wie der Bilanzgewinn verwendet werden soll (Nr. 1).

Der (1985 geborene) Kläger ist mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 13.11.2009 zum Alleingeschäftsführer der Beigeladenen zu 5) bestellt worden (Eintragung ins Handelsregister am 19.01.2010). Er ist in ihr allein tätig, Arbeitnehmer beschäftigt die Beigeladene zu

5) nicht. Der Kläger ist außerdem Geschäftsführer und mit einem Kapitalanteil von zunächst 78 %, später 88 % und derzeit 94 % Mehrheitsgesellschafter der A. H. und B. GmbH. Das Stammkapital dieser Gesellschaft beträgt seit 14.05.2007 50.000,00 EUR. Unternehmensgegenstand der A. H. und B. GmbH ist neben der Ausführung (vor allem) sämtlicher Arbeiten der Sanitärinstallation sowie von Blechenerarbeiten und von Arbeiten in der Heizungs- und Lüftungsanlageninstallation die Übernahme der persönlichen Haftung und Geschäftsführung anderer Gesellschaften in verwandten Geschäfts- und Handelsbereichen.

Der Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) liegt ein unter dem 25.01.2010 geschlossener und als "Vertrag über freie Mitarbeit als Geschäftsführer" bezeichneter Vertrag (im Folgenden: Geschäftsführervertrag) zwischen der Beigeladenen zu 5) und dem Kläger zugrunde. Dieser enthält (u.a.) folgende Regelungen:

Präambel

Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 13.11.2009 wurde Herr S. A. (Kläger) zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Die Bestellung wurde im Handelsregister ... am 19.01.2010 eingetragen.

Zur Regelung des hieraus folgenden Dienstverhältnisses wird mit Wirkung ab dem 01.02.2010 nachfolgender Anstellungsvertrag zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft geschlossen.

§ 1 Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis

(1) Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Ihm steht Einzelvertretungsbefugnis zu.

(2) Der Geschäftsführer ist alleingeschäftsführungsberechtigt. Er ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit ...

§ 2 Zustimmungspflichtige Geschäfte

(1) Die Befugnis zur Geschäftsführung umfasst die Vornahme aller Maßnahmen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft.

(2) Die zur Vornahme von Rechtsgeschäften, welche über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen, muss die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung nach Maßgabe der Vorschriften des Gesellschaftsvertrages eingeholt werden. Dies gilt insbesondere für folgende Rechtsgeschäfte:

a) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten

b) Errichtung oder Auflösung von Zweigniederlassungen und neuen Produktionsstätten sowie Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen oder Gesellschaften

c) Kreditaufnahme, einschließlich der Erweiterung eines bestehenden oder genehmigten Kreditrahmens um mehr als insgesamt 10.000,00 EUR, ausgenommen die Inanspruchnahme von Lieferantenkrediten und kurzfristigen Bankkrediten zur Abwicklung eines Lohnzahlungstermins und/oder betrieblich bedingter Steuerzahlungen; Begründung von Wechselobligo oder Erhöhungen eines Wechselobligos der Gesellschaft um mehr als 5.000,00 EUR über einen schon bestehenden oder genehmigten Wechselkreditrahmen hinaus

d) Verschmelzung oder formwechselnde Umwandlung

e) Investitionen von mehr als 10.000,00 EUR im Einzelfall und in jedem Fall zur Anschaffung von Kraftfahrzeugen

f) Abschluss und Kündigung von Miet-, Pacht-, Leasing- und sonstigen langfristigen Verträgen über mehr als ein Jahr Laufzeit oder mit einer jährlichen Verpflichtung von mehr als 10.000,00 EUR

g) Abschluss von Dienstverträgen mit freien Dienstleistern, Angestellten oder Arbeitern, woraus Verpflichtungen von mehr als 24.000,00 EUR pro Jahr begründet werden

h) Darlehensgewährung, Übernahme von Bürgschaften und bürgschaftsähnlichen Verpflichtungen, Sicherungsübereignung oder Verpfändung des Anlage- und Umlaufvermögens

i) Veräußerung oder Stilllegung des Betriebes oder eines Betriebsteils sowie die Aufgabe eines wesentlichen Tätigkeitsbereiches

j) Erteilung und Widerruf von Prokuren

k) Erteilung von Pensionszusagen

l) Wahl des Abschlussprüfers

m) alle sonstigen Geschäfte, die über den Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes des Unternehmens hinausgehen, insbesondere die Vergabe von Aufträgen, durch welche Verbindlichkeiten von mehr als 10.000,00 EUR begründet werden.

§ 4 Nicht zustimmungspflichtige Geschäfte

(1) Alle Tätigkeiten, die in den Bereich Vertrieb und Marketing fallen, sind vom Geschäftsführer eigenständig und eigenverantwortlich ohne Zustimmung der Gesellschafter auszuführen.

§ 4 Arbeitszeit und Nebentätigkeit

(1) Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Der Geschäftsführer hat jederzeit, soweit dies das Wohl der Gesellschaft erfordert, der Gesellschaft zur Verfügung zu stehen und ihre Interessen wahrzunehmen.

Der Geschäftsführer ist gleichzeitig Geschäftsführer der A. H. und B. GmbH, die wiederum Gesellschafterin dieser Gesellschaft ist. Er wird von der Pflicht, tatsächliche Arbeitsleistung zu erbringen, freigestellt, soweit dies in der A. H. und B. GmbH unabdinglich erforderlich ist.

(2) Dem Geschäftsführer ist ohne vorherige Genehmigung der Gesellschafterversammlung während der Dauer dieses Vertrages jede entgeltliche oder unentgeltliche Nebentätigkeit für sich oder Dritte, auf eigene oder fremde Rechnung, untersagt, mit Ausnahme der oben genannten Gesellschaft. Die Gesellschaft kann Ausnahmegewilligung erteilen und Bedingungen hierfür festsetzen.

§ 6 Vergütung

(1) Ab dem 01.02.2010 erhält der Geschäftsführer für seine freie Mitarbeit eine monatliche Grundvergütung i.H.v. 2000,00 EUR.

(2) Darüber hinaus kann der Geschäftsführer eine gewinnabhängige Tantieme erhalten.

(3) Die Tantieme ist in jedem Falle auf 75 v.H. der jährlichen Grundvergütung im Sinne von Ziff. 1 begrenzt. Dies wird nicht dadurch berührt, dass zu späterem Zeitpunkt die Grundvergütung abgeändert werden sollte.

...

§ 7 Reisekosten

(1) Der Geschäftsführer erhält sämtliche, dienstlich verursachten Reisen Aufwendungen, die ihm in Ausübung seiner Aufgaben im Rahmen dieses Vertrages entstehen, gemäß der derzeit gültigen gesetzlichen Regelungen erstattet.

§ 8 Vergütung bei Dienstverhinderung von Tod

(1) Im Falle der Erkrankung erfolgt die Fortzahlung der vertraglich ausbedungenen Grundvergütung für die Dauer von sechs Wochen, gerechnet ab ärztlicher Feststellung der Arbeitsunfähigkeit.

(2) Verstirbt der Geschäftsführer während der Dauer dieses Vertrages, so wird die vertragsgemäße Grundvergütung für den Monat, in welchem der Todesfall erfolgt, sowie für den auf den Sterbemonat folgenden Monat an seine Erben weiter bezahlt.

§ 9 Urlaub

(1) Entsprechend der Stellung als freier Mitarbeiter hat der Geschäftsführer die zeitliche Lage des Urlaubs unter Berücksichtigung der geschäftlichen Belange der Gesellschaft selbst festzulegen. Weitergehende Regelungen werden nicht vereinbart.

(2) Der Grundsatz der Stellung des Geschäftsführers als Unternehmer beherrscht diesbezüglich das Vertragsverhältnis.

§ 10 Vertragsdauer und Kündigung

(1) Dieser Vertrag tritt mit Wirkung zum 01.02.2010 in Kraft und ist auf unbestimmte Zeit geschlossen.

(2) Eine Abberufung des Geschäftsführers, welche durch Beschluss der Gesellschafterversammlung jederzeit erfolgen kann, gilt zugleich als sofortige Auflösung dieses Vertragsverhältnisses, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf.

(3) Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde bleibt für beide Parteien unberührt.

Am 10.08.2011 stellte der Kläger bei der Beklagten einen Statusfeststellungsantrag gem. § 7a Abs. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV); es solle festgestellt werden, dass der Kläger die seit Februar 2010 ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) nicht im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses verrichtet. Der Kläger gab an, er sei für mehrere Auftraggeber tätig (A. H. und B. GmbH sowie Beigeladene zu 5). Er sei neben dem zu beurteilenden Vertragsverhältnis selbstständig tätig und das Arbeitseinkommen aus dieser Tätigkeit stelle den überwiegenden Teil seines Gesamteinkommens dar. Er könne durch vertragliche Sonderrechte Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern aufgrund der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten 75-Prozent-Regelung. Darlehen habe er der Gesellschaft nicht gewährt und auch Bürgschaften für sie nicht übernommen. Er sei alleinvertretungsberechtigter und vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5). Als Geschäftsführer der A. H. und B. GmbH sei er seit Dezember 2005 selbstständig erwerbstätig. Seine Mitarbeit in der Beigeladenen zu 5) sei in einem besonderen Arbeitsvertrag/Dienstvertrag geregelt. Eine tarifliche Arbeitszeit sei nicht festgelegt. Er könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten und unterliege weder hinsichtlich des Ortes, der Zeit noch der Art seiner Tätigkeit einem Weisungsrecht der Gesellschaft. Die Gestaltung seiner Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Er könne Personal (bis 24.000 EUR pro Jahr) selbstständig einstellen und/oder entlassen. Urlaub sei nicht genehmigungspflichtig. Eine Abberufung/Kündigung sei jederzeit möglich. Eine Kündigungsfrist sei nicht vereinbart. Als Gegenleistung für die geleistete Arbeit werde eine monatliche, gleichbleibende Vergütung unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens i.H.v. 3000,00 EUR gezahlt. Diese werde im Fall der Arbeitsunfähigkeit nicht weitergezahlt. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet und sie werde als Betriebsausgabe gebucht. Er sei im Rahmen einer Tantieme am Gewinn des Unternehmens beteiligt.

Ergänzend gab der Kläger unter dem 04.08.2011 an, die Beigeladene zu 5), deren Geschäftsführer er sei, habe zwei Mutterfirmen (H. S. GmbH mit 60 % Anteil und A. H. und B. GmbH mit 40 % Anteil). Bei der Firma A. sei er Hauptgesellschafter mit einem Kapitalanteil von 78 % und gleichzeitig Geschäftsführer. Seine Arbeit werde von niemandem kontrolliert und ihm würden auch keine Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsleistung gemacht. Auch Vorgaben zu Arbeitszeiten und Anwesenheitszeiten gebe es nicht. Er könne seine Arbeitsleistung an jedem beliebigen Ort erbringen, sofern ein Online-Zugang vorhanden sei. Er sei als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) allein verantwortlich für den Vertrieb und das Marketing. Im Hinblick auf seinen Kapitalanteil an der A. H. und B. GmbH (dort Hauptanteilseigner) trage er ein eigenes Unternehmerrisiko.

Mit an den Kläger und die Beigeladene zu 5) gerichteten Bescheiden vom 08.11.2011 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger die seit 01.02.2010 ausgeübte Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübt; seit Beginn der Tätigkeit bestehe Versicherungspflicht zur Pflege, Renten- und Arbeitslosenversicherung. In der Krankenversicherung bestehe keine Versicherungspflicht. Zur Begründung führte die Beklagte aus, da der Kläger an der Beigeladenen zu 5) als Gesellschafter der A. H. und B. GmbH mittelbar beteiligt sei, sei er als Gesellschafter-Geschäftsführer einzustufen. Aufgrund seines Kapitaleinsatzes und des daraus resultierenden Stimmrechtsanteils in der Gesellschafterversammlung könne der Kläger die Geschicke der Beigeladenen zu 5) nicht maßgeblich beeinflussen. Über Vetorechte oder eine Sperrminorität verfüge er nicht. Er trage auch kein Unternehmerrisiko, erhalte vielmehr ein vom Geschäftserfolg der GmbH unabhängiges monatliches Festgehalt (ggf. zzgl. gewinnabhängiger Tantiemen). Unbeschadet der weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Klägers hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und der Ausübung der Tätigkeit sei die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie sich in eine von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes der Beigeladenen zu 5) eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich hier, wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Der Kläger unterliege, wenngleich bei Belassung großer Freiheiten, der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung. Der Geschäftsführervertrag des Klägers enthalte außerdem arbeitnehmertypische Regelungen, wie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Aus all dem ergebe sich das Gesamtbild einer abhängigen Beschäftigung. Dass der Kläger mittelbar am Kapital der Beigeladenen zu 5) beteiligt und vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit sei, falle nicht ausschlaggebend ins Gewicht. Versicherungspflicht zur Krankenversicherung bestehe nicht, weil der Kläger hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sei ([§ 5 Abs. 5 SGB V](#)). Als freiwilliges Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung sei der Kläger indessen versicherungspflichtig zur Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 3 SGB XI](#)).

Mit Schreiben vom 07.12.2011 legte der Kläger Widerspruch ein. Zur Begründung trug er vor, seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 5) sei nicht in einem Arbeitsvertrag, sondern in einem Vertrag über freie Mitarbeit als Geschäftsführer geregelt. Weisungen sei er nicht unterworfen. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sei nicht vereinbart; Entgeltfortzahlung erfolge nur, wenn der Geschäftsführer infolge einer Erkrankung versterbe. Die Gesellschafterversammlung könne ihn nicht abberufen, da hierfür eine Mehrheit von 75 v.H. erforderlich sei und er über einen Kapitalanteil von 40 % verfüge. Das vereinbarte Festgehalt (zunächst monatlich 2.000,00 EUR, später 3.000,00 EUR und im Jahr 2012 4.000,00 EUR) entspreche nicht dem Gehalt, das externen Geschäftsführern gezahlt werden müsse. Über seine Mehrheitsbeteiligung an der A. H. und B. GmbH könne er alle wesentlichen Entscheidungen der Beigeladenen zu 5) beeinflussen, da hierfür eine Mehrheit (in der Gesellschafterversammlung) von 75 v.H. vorgesehen sei. Er habe damit ein weitgehendes Vetorecht, da ohne seine Zustimmung keine Entscheidungen zustande kommen könnten. Die wesentlichen Tätigkeiten, Vertrieb und Marketing, lägen allein in seiner Verantwortung. Hierauf hätten die Gesellschafter keinen Einfluss. Das gehe aus der in § 4 seines Vertrags getroffenen Regelung über nicht zustimmungspflichtige Geschäfte hervor. Der Vertrieb und das Marketing mache den entscheidenden Teil des Unternehmensgegenstands der Beigeladenen zu 5), eines Handelsunternehmens, aus.

Die Beigeladene zu 5), die die Beklagte zum Widerspruchsverfahren hinzugezogen hatte ([§ 12 Abs. 2 SGB X](#)), schloss sich im Wesentlichen dem Vorbringen des Klägers an. Dessen Festgehalt könne bei schlechterer Geschäftslage auch wieder sinken.

Mit Widerspruchsbescheid vom 25.06.2012 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Zur Begründung führte sie ergänzend aus, der Kläger habe mit seiner (mittelbaren) Minderheitenbeteiligung an der Beigeladenen zu 5) keinen maßgeblichen gestaltenden Einfluss auf deren unternehmerische Tätigkeit, weil er Entscheidungen gegen den Willen der Gesellschafterversammlung nicht durchsetzen könne. Einem Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer (wie hier) nur eingeschränkten Sperrminorität, die sich nicht auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckt, sondern lediglich die Festlegung der Unternehmenspolitik, die Änderung des Gesellschaftsvertrages sowie die Auflösung der Gesellschaft erfasse, komme maßgeblicher (unternehmerischer) Einfluss auf die Gesellschaft nicht zu. Er könne sich gegen ihm nicht genehme Weisungen der Mehrheit in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art seiner Geschäftsführertätigkeit nicht zur Wehr setzen. Die Gesellschaft verfüge daher über die Rechtsmacht, ihm Weisungen jedweder Art zu erteilen. Die Abberufung als Geschäftsführer könne der Kläger aufgrund seiner Sperrminorität verhindern, allerdings nicht die Abberufung aus wichtigem Grund. Die Sperrminorität stelle für ihn daher auch insoweit keinen wirksamen Schutz dar. Nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und des Anstellungsvertrags des Klägers müssten Weisungen der Gesellschafterversammlung beachtet werden. Diese bestimme die Richtlinien der Geschäftspolitik und fasse entsprechende Beschlüsse. Die Gesellschafter hätten die Rechtsmacht, jederzeit allgemeine oder für den Einzelfall geltende Weisungen zu erteilen. Dass davon bislang kein Gebrauch gemacht worden sei, sei unerheblich. Der Kläger sei, anders als im Ausgangsbescheid festgestellt, gem. [§ 23 Abs. 1 SGB XI](#) verpflichtet, bei dem Unternehmen, bei dem er privat krankenversichert sei, einen Versicherungsvertrag zur Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit abzuschließen.

Am 19.07.2012 erhob der Kläger Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG). Dieses lud die Beigeladenen mit Beschluss vom 07.02.2014 zum Verfahren bei.

Der Kläger trug vor, da für die wesentlichen Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung eine Mehrheit von 75 v.H. vorgeschrieben sei und die A. GmbH, an der er zu 78% beteiligt sei, über einen Kapitalanteil von 40 % verfüge, könnten gegen seinen Willen Beschlüsse mit grundsätzlicher Bedeutung (vgl. § 7 Nr. 4 Gesellschaftsvertrag) nicht gefasst werden; er sei damit von Anfang an beherrschender Gesellschafter gewesen. Ihm komme de facto ein Vetorecht und eine praktisch umfassende, nur Tätigkeiten von geringem Gewicht ausnehmende Sperrminorität zu. Das gelte auch für die in § 8 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags aufgeführten Angelegenheiten. Ohne ihn sei die Gesellschafterversammlung nicht einmal beschlussfähig. Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit sei auch der seiner Geschäftsführertätigkeit zu Grunde liegende Vertrag über freie Mitarbeit. So sei er von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit und er sei auch einzelvertretungsbefugt. Arbeitszeiten müsse er nicht einhalten und Urlaub nicht genehmigen lassen. Neben seinem Festgehalt sei er am Gewinn des Unternehmens über eine Tantieme beteiligt. Seit der Übertragung eines Kapitalanteils der H. S. GmbH von 2.500,00 EUR

auf Herrn H. Sch. und der Übertragung der daraus folgenden Stimmrechte auf ihn (Vertrag über Stimmrechtsabtretung vom 20.12.2012) bestehe in der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 5) (sogar) Stimmparität der Gesellschafter (H. S. GmbH und A. H. und B. GmbH); er gebiete über 50 % der Kapitalanteile.

Die Beklagte trat der Klage unter Hinweis auf die Begründung des Widerspruchsbescheids entgegen und bekräftigte, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer eingeschränkten Sperrminorität, die nicht alle Angelegenheiten der Gesellschaft, sondern nur die Festlegung der Unternehmenspolitik, die Änderung des Gesellschaftsvertrags sowie die Auflösung der Gesellschaft erfasse, auf die Geschicke des Unternehmens keinen maßgeblichen Einfluss ausüben könne. Er könne ihm nicht genehme Weisungen der Mehrheit in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art seiner Geschäftsführertätigkeit nicht abwehren (Bundessozialgericht (BSG), Urt. v. 24.09.1992, - [7 RAr 12/92](#) -, in juris). Der Kläger könne über seine mittelbare Beteiligung an der Beigeladenen zu 5) von nur 40 % Beschlüsse, durch die die Geschicke des Unternehmens maßgebend bestimmt würden, weder erwirken noch verhindern. Das gelte auch für die Beschlussfassung über die Ausgestaltung der Geschäftsführung. Die mit Herrn H. Sch. vereinbarte Stimmrechtsabtretung ändere daran nichts. Der ihr zugrunde liegende Vertrag könne rechtlich und tatsächlich jederzeit abgeändert bzw. gekündigt werden oder es könnten gleichwohl anderweitige Gesellschafterbeschlüsse rechtlich wirksam gefasst werden. Eine Vereinbarung zur Stimmrechtsbindung, sofern sie im Widerspruch zum Gesellschaftsvertrag stehe, sei von ihrer rechtlichen Qualität her nicht anders zu bewerten als eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende praktische Handhabung. In beiden Fällen bleibe die im Gesellschaftsvertrag verankerte Rechtsmacht unangetastet. Änderungen des Gesellschaftsvertrags bedürften der notariellen Form. Schließlich habe man das Gehalt des Klägers als Betriebsausgabe gebucht.

Am 25.03.2015 fand die mündliche Verhandlung des SG statt. Die Beklagte gab ein Teilanerkennnis ab und hob den Bescheid vom 08.11.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.06.2012 auf, soweit darin festgestellt wird, dass Versicherungsspflicht in der Pflegeversicherung nach [§ 23 Abs. 1 SGB XI](#) besteht. Der Kläger nahm das Teilanerkennnis an.

Mit Urteil vom 25.03.2015 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, der Kläger unterliege in der Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) der Versicherungsspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung. An der Beigeladenen zu 5) verfüge der Kläger als Mehrheitsgesellschafter der A. H. und B. GmbH über einen Kapital- bzw. Stimmenanteil von 40 %, womit er ihm nicht genehme Entscheidungen und Weisungen der Gesellschafterversammlung aber nicht verhindern könne. Daran habe der mit Herrn H. Sch. als weiterem Gesellschafter der Beigeladenen zu 5) unter dem 20.12.2012 abgeschlossene Stimmrechtsabtretungsvertrag nichts geändert. Bei der von der Mitgliedschaft (in der GmbH) losgelösten Übertragung des Stimmrechts auf einen Dritten oder auf einen Mitgesellschafter handele es sich nämlich um eine Stimmrechtsabspaltung, die nach allgemeiner Meinung grundsätzlich unzulässig sei. Die (unwirksame) Stimmrechtsabtretung könne zwar in eine Stimmrechtsvollmacht umgedeutet werden; diese sei jedoch grundsätzlich frei widerruflich. Der Stimmrechtsabtretungsvertrag sei damit letztendlich nicht bindend, was dem Kläger im Konfliktfall entgegengehalten werden könne. Weitere Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses ergäben sich aus § 8 des Gesellschaftsvertrags, wonach die Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung allgemeine und besondere Weisungen erteilen könne. Die Gesellschafterversammlung entscheide auch über die Bestellung, Abberufung und Festsetzung der Anstellungsbedingungen der Geschäftsführer. Die Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung führe zur sofortigen Auflösung des der Geschäftsführertätigkeit des Klägers zugrunde liegenden Vertrages. Unbeschadet dessen, dass der Kläger alle Tätigkeiten im Bereich des Vertriebs und des Marketings eigenständig und alleinverantwortlich auszuführen habe, seien in § 2 seines Vertrages auch grundlegende Rechtsgeschäfte festgelegt, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürften. Die Einräumung von Alleinvertretungsmacht und die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) sei auch für abhängig beschäftigte Geschäftsführer nicht unüblich. Für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses spreche zudem die Vereinbarung von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Dass der Kläger hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort keinen Weisungen unterliege, folge aus der Eigenart seiner Tätigkeit, die in der Leistung höherer Dienste bestehe. Außerdem müsse der Kläger der Gesellschaft jederzeit, soweit es deren Wohl erfordere, zur Verfügung stehen und ihre Interessen wahrnehmen, was die Freiheit hinsichtlich der Arbeitszeit einschränke. Ein ins Gewicht fallendes Unternehmerrisiko trage der Kläger nicht. Er erhalte eine monatliche Grundvergütung und außerdem eine gewinnabhängige Tantieme; letzteres sei auch bei Arbeitnehmern nicht ungewöhnlich und für die Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht ausschlaggebend.

Gegen das ihm am 16.04.2015 zugestellte Urteil hat der Kläger am 20.04.2015 Berufung eingelegt. Er trägt vor, er sei mit einem Kapitalanteil von jetzt 94 % herrschender Gesellschafter der A. H. und B. GmbH (und nicht nur Mehrheitsgesellschafter) und übe deren Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 5) aus. Er sei zum Alleingeschäftsführer der Beigeladenen zu 5) bestellt und vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit. Zur Vornahme der in § 7 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags aufgeführten, über das Alltagsgeschäft hinausgehenden Geschäfte, könne er nicht gezwungen werden, da entsprechende Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer Mehrheit von 75 v.H. der abgegebenen Stimmen bedürften. Für seine gesellschaftsrechtliche Stellung und Handlungsfreiheit sei die allgemeine Regelung in § 8 Nr. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags, wonach die Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung allgemeine oder besondere Weisungen erteilen könne, unerheblich. Er könne gegen seinen Willen als Geschäftsführer auch nicht abberufen werden (§ 8 Nr. 3 Gesellschaftsvertrag) und man könne ihm weder die Einzelvertretungsmacht noch die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) entziehen noch einen weiteren Geschäftsführer zur Seite stellen. Auch seine Anstellungsbedingungen könnten ohne seine Mitwirkung nicht geändert werden. Er verfüge nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags insgesamt über eine weitreichende Sperrminorität hinsichtlich wesentlicher Entscheidungen der Gesellschafterversammlung. Außerdem habe er während der vergangenen Jahre laufend die Stimmrechte des Gesellschafters H. Sch. ausgeübt; das entspreche dem Willen dieses Gesellschafters. Die Abtretung von Stimmrechten sei weder sittenwidrig noch nichtig und im Bereich von Kapitalanlagen üblich.

Der Kläger und die Beigeladene zu 5) beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 25.03.2015 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 08.11.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.06.2012 (und des Teilanerkennnisses der Beklagten vom 25.03.2015) zu verurteilen festzustellen, dass er die bei der Beigeladenen zu 5) seit 01.02.2010 ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses verrichtet und er in dieser Tätigkeit nicht der Versicherungsspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die übrigen Beteiligten stellen keinen Antrag und haben sich zur Sache nicht geäußert.

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

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist gem. [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft und auch sonst zulässig. Streitgegenstand ist die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der vom Kläger seit 01.02.2010 ausgeübten Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 5). Der Kläger ist zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) bestellt und an deren Stammkapital außerdem (mittelbar) beteiligt, weil er Mehrheitsgesellschafter der A. H. und B. GmbH - einer Gesellschafterin der Beigeladenen zu 5) - ist. Er übt damit die Funktion eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus. In dieser Tätigkeit unterliegt er der Versicherungspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung. Die angefochtenen Bescheide sind, soweit sie (nach dem im sozialgerichtlichen Verfahren abgegebenen Teilanerkennnis der Beklagten) noch Gegenstand des Rechtsstreits sind, rechtmäßig. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu ihrem Erlass gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 3 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 Deutsche Rentenversicherung Bund ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Der Kläger hat sich für das (fakultative) Anfrageverfahren bei der Beklagten (Clearing-Stelle) nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) entschieden. Ein vorrangiges Verfahren bei der Einzugs- oder der Prüfstelle war nicht eingeleitet worden.

Gem. [§ 33 Abs. 1 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 bestimmaren Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG, Urt. v. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -; Urt. v. 04.06.2009, - [B 12 R 6/08 R](#) -, jeweils in juris). Außerdem darf sich die Entscheidung nicht auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG, Urt. v. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -, in juris).

Die Beklagte ist diesen Anforderungen gerecht geworden. Sie hat die vom Kläger bei der Beigeladenen zu 5) ausgeübte Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer hinreichend bestimmt bezeichnet und sich auch nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt, vielmehr in den angefochtenen Bescheiden ausdrücklich festgestellt, dass für die in abhängiger Beschäftigung verrichtete Tätigkeit des Klägers seit 01.02.2010 Versicherungspflicht - jetzt noch - zur Renten- und Arbeitslosenversicherung besteht.

Der Bescheid der Beklagten vom 08.11.2011 ist im Übrigen auch nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil die Beklagte den Kläger nicht gemäß [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) vor Erlass des Bescheids angehört hatte. Die Anhörung holte die Beklagte im Widerspruchsverfahren nach, wodurch Heilung eintrat ([§ 41 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 SGB X](#)).

Die angefochtenen Bescheide sind auch materiell rechtmäßig. Der Kläger übt bei der Beigeladenen zu 5) seit 01.02.2010 eine zur Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtige Beschäftigung als Gesellschafter-Geschäftsführer aus. Eine selbstständige Erwerbstätigkeit liegt nicht vor.

Gem. [§ 24 SGB III](#) und [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Arbeitslosen- und Rentenversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des 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 (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -, in juris). 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, Urt. v. 19.06.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -, in juris). Demgegenüber ist eine selbstständige 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 (vgl. BSG, Urt. v. 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) -, in juris). Letzteres besteht meist in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren oder nicht ausreichend nutzen zu können; 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.

Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung indessen nicht wesentlich bestimmen (BSG; Beschl. v.

16.08.2010, - [B 12 KR 100/09 B](#) -, in juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG, Ur. v. 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) -, in juris).

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. 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. 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 gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Ur. v. 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) - und - [B 12 R 14/10 R](#) -, in juris).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) 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 Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (so BSG, Ur. v. 24.05.2012, - [B 12 KR 14/10 R](#) - und - [B 12 KR 24/10 R](#) -, in juris). Diese Abwägung ist gerichtlich voll kontrollierbar.

Von diesen allgemeinen Grundsätzen ausgehend ist auch der sozialversicherungsrechtliche Status des Geschäftsführers einer GmbH zu beurteilen. Dabei muss aber zusätzlich berücksichtigt werden, ob und mit welchem Anteil der Geschäftsführer am Stammkapital der GmbH beteiligt ist. Bei einer Kapitalgesellschaft, wie der GmbH, ist die Rechtsmacht in der Gesellschaft und damit auch die Rechtsstellung als selbstständig erwerbstätiger Unternehmer oder abhängig beschäftigter Arbeitnehmer nämlich grundsätzlich mit der Kapitalbeteiligung verknüpft. Ist der Geschäftsführer am Stammkapital der GmbH beteiligt, also Gesellschafter-Geschäftsführer und nicht lediglich Fremdgeschäftsführer (ohne Gesellschafterstellung), ist die ihm durch das Gesellschaftsrecht, insbesondere den Gesellschaftsvertrag, zugewiesene Rechtsmacht in der GmbH von maßgeblicher Bedeutung. Kann der Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund seiner Gesellschafterstellung wesentlichen rechtlichen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft ausüben, kommt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht in Betracht. Notwendig hierfür ist, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit im Bedarfsfall jederzeit verhindern und so die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann (vgl. BSG, Ur. v. vom 23.06.1994, - [B 12 RK 72/92](#) -; Ur. v. 25.01.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -, jeweils in juris). Solche Gesellschafter-Geschäftsführer haben auf Grund ihrer gesellschaftsrechtlichen Position letztendlich auch die Leitungsmacht gegenüber einem (Mit-)Geschäftsführer und unterliegen damit nicht dessen Weisungsrecht, bestimmen vielmehr über die unternehmerischen Entscheidungen in der Gesellschaft maßgeblich mit; sie haben daher den Status eines (Mit-)Unternehmers. Das ist der Fall, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer mindestens über die Hälfte des Stammkapitals der GmbH verfügt (vgl. etwa BSG, Ur. v. 17.05.2001, - [B 12 KR 34/00 R](#) -, in juris). Ist sein Anteil am Stammkapital geringer, ist der Gesellschafter-Geschäftsführer also nur Minderheitsgesellschafter, kommt es darauf an, ob seine Rechtsmacht in der Gesellschaft aus anderen Gründen der Rechtsmacht des Mehrheitsgesellschafters bzw. des mit mindestens 50 % am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Gesellschafters vergleichbar ist. Das kann bei der Einräumung von Sonderrechten zur Herbeiführung oder Verhinderung von Gesellschafterbeschlüssen und insbesondere bei der Einräumung einer so genannten "Sperrminorität" der Fall sein. Erforderlich ist aber immer, dass dem Gesellschafter-Geschäftsführer im Ergebnis die Rechtsmacht zukommt, sich ihm nicht genehmer Weisungen hinsichtlich der Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit zu erwehren (vgl. BSG, Ur. v. 24.09.1992, - [7 RA 12/92](#) -, in juris; zur Sperrminorität im Besonderen BSG, Ur. v. 30.04.2013, - [B 12 KR 19/11 R](#) -, in juris). Andernfalls übt er die Geschäftsführertätigkeit - vorbehaltlich der Würdigung der für das Gesamtbild seiner Tätigkeit im Übrigen maßgeblichen Umstände - im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus. Daher genügt es für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit insbesondere nicht, wenn eine dem Gesellschafter-Geschäftsführer eingeräumte Sperrminorität sich in Minderheitenschutzklauseln hinsichtlich besonders wichtiger Geschäfte erschöpft (vgl. dazu BSG, Ur. v. 24.09.1992, - [7 RA 12/92](#) -, in juris.; vgl. auch den Terminbericht des BSG vom 11.11.2015 zum Revisionsverfahren [B 12 KR 10/14 R](#) hinsichtlich der nur auf einzelne Entscheidungsgegenstände bezogenen Rechtsmacht zur Verhinderung von Weisungen der Gesellschafterversammlung - das Urteil liegt noch nicht vor). Die Sperrminorität muss sich vielmehr grundsätzlich auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft und nicht nur auf einige bedeutende Angelegenheiten beziehen (Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg, Ur. v. 16.01.2015, - [L 1 KR 130/14](#) -; LSG Hamburg, Ur. v. 05.11.2014, - [L 1 KR 44/13](#) -, jeweils in juris). Ein durch die Sperrminorität vermittelter maßgeblicher gesellschaftsrechtlicher Einfluss liegt nicht vor, wenn der (Minderheiten)Gesellschafter-Geschäftsführer so wesentliche Entscheidungen wie die Auflösung der Gesellschaft, die operative Neuausrichtung oder seine eigene Abberufung bzw. Entlassung nicht verhindern kann (LSG Baden-Württemberg, Ur. v. 30.09.2014, - [L 11 R 2662/13](#) -, in juris; zur Reichweite von Stimmverboten insoweit Baumbach/Hueck, [GmbHG § 47](#) Rn. 84,86,106 sowie LSG Nordrhein-Westfalen, Ur. v. 21.05.2014, - [L 8 R 556/ 13](#) -, in juris). Soll dem Minderheitsgesellschafter der sozialversicherungsrechtliche Status des (Mit-)Unternehmers durch Einräumung einer Sperrminorität zukommen, müssen die Gesellschafter

den - hierfür ausreichenden - Umfang der Sperrminorität im Gesellschaftsvertrag klar festlegen und insoweit eindeutig "Farbe bekennen" (zu alledem auch etwa Senatsurteil vom 20.05.2015, - [L 5 R 1732/14](#) -, nicht veröffentlicht).

Davon ausgehend kann die seit 01.02.2010 ausgeübte Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) nicht als selbstständige Erwerbstätigkeit eingestuft werden. Der Senat teilt die Rechtsauffassung des SG und nimmt - zumal zur Begründung der Berufung wesentlich Neues nicht vorgetragen worden ist - auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Ergänzend sei angemerkt:

In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht spricht gegen die Einstufung des Klägers als selbstständig Erwerbstätigen maßgeblich, dass er - über die A. H. und B. GmbH - nur mit einem Kapitalanteil von 40 % an der Beigeladenen zu 5) beteiligt ist. Der Kläger ist mit einem Kapitalanteil von zunächst 78 %, später 88 % und jetzt 94 % freilich unstreitig Mehrheitsgesellschafter und beherrschender Gesellschafter der A. H. und B. GmbH und er ist auch zu deren Geschäftsführer bestellt. Deswegen werden ihm die Kapitalanteile, die diese GmbH an der Beigeladenen zu 5) hält, mit den daraus folgenden Rechten auch zugeordnet. Die übrigen Anteile am Stammkapital der Beigeladenen zu 5) sind bis Dezember 2012 zunächst von der H. S. GmbH allein (zu 60 %) gehalten worden und werden seit 19.12.2012 von ihr (noch) zu 50 % und von dem Gesellschafter H. Sch. zu 10 % gehalten. Der Kläger (bzw. die A. H. und B. GmbH) ist mit dem seit Gründung der GmbH unverändert gebliebenen Kapitalanteil von 40 % daher Minderheitsgesellschafter der Beigeladenen zu 5). Daran ändert der mit dem Gesellschafter H. Sch. unter dem 20.12.2012 abgeschlossene Vertrag über die Abtretung der diesem aus seinem Kapitalanteil von 10 % zustehenden Stimmrechte nichts. Diese Stimmrechte stehen (rechtlich) nach wie vor dem Gesellschafter H. Sch. und nicht dem Kläger (bzw. der A. H. und B. GmbH) zu. Abgesehen davon, dass es insoweit an einer (notwendigen) notariellen Änderung des Gesellschaftsvertrags fehlen dürfte (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2015 - [L 4 R 908/14](#) - nicht veröffentlicht), ist das Stimmrecht des GmbH-Gesellschafters ein Teil seines Mitgliedschaftsrechts und untrennbar mit der Mitgliedschaft verbunden. Das Stimmrecht kann von der Mitgliedschaft nicht getrennt werden; dem steht das so genannte "Abspaltungsverbot" entgegen (Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, [§ 14 GmbHG](#) Rn. 15 m. w. N. auch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), etwa BGH, Urteil vom 11.10.1976, - [II ZR 119/75](#) -, in juris). Da Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit getroffen werden, kann der Kläger daher nur über eine Anteilminderheit gebieten.

Der Senat verkennt nicht, dass dem Kläger im Gesellschaftsvertrag (in § 8 Nr. 3 und in § 7 Nr. 4) eine Sperrminorität eingeräumt ist, die seine gesellschaftsrechtliche Rechtsmacht nicht unerheblich stärkt. Deren Umfang genügt aber nicht, um die Geschäftsführertätigkeit des Klägers in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht dem Bereich der selbstständigen Erwerbstätigkeit zuzuordnen. Die Rechtsmacht aus der Sperrminorität ist im Sinne einer - wenn auch recht weitgehenden - Minderheitenschutzklausel gegenständlich beschränkt. Gegenstand der im Gesellschaftsvertrag in §§ 7 und 8 festgelegten Sperrminorität sind zum einen Grundsatzentscheidungen, die (vor allem) den Unternehmensbestand (Liquidation, Veräußerung, Umwandlung, Erwerb anderer Unternehmen, Beteiligungen), den Unternehmenszweck (Änderung des Gesellschaftszwecks) oder die Unternehmensführung (Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern) betreffen (im Wesentlichen geregelt in § 8 Gesellschaftsvertrag) und zum anderen Geschäftsführungsentscheidungen (geregelt in § 7 Gesellschaftsvertrag); Geschäftsführungsentscheidungen, die über den normalen Geschäftsbetrieb hinausgehende Geschäfte betreffen, bedürfen der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung und unterliegen somit der Sperrminorität (vgl. die Auffangklausel in § 7 Nr. 4m Gesellschaftsvertrag). Für den Kläger bedeutet das, dass er mit seiner Sperrminorität die in § 8 Nr. 3 Gesellschaftsvertrag aufgeführten Grundsatzentscheidungen, wie die Auflösung der Gesellschaft oder Änderungen des Gesellschaftsvertrags, verhindern kann; vor deren Vornahme schützt ihn die Sperrminorität im Sinne einer Minderheitenschutzklausel. Wesentlich für den sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers ist aber auch und gerade, ob und in welchem Maße er die Geschicke des Unternehmens bestimmen und gestalten kann. Hierfür ist seine Rechtsmacht in der Geschäftsführung von ausschlaggebender Bedeutung. Für Geschäfte des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs (das operative Tagesgeschäft) ist dem Kläger - wie einem abhängig beschäftigten (angestellten) Fremdgeschäftsführer - die Rechtsmacht zur Abwehr von Weisungen jedoch nicht eingeräumt. Solche, mit einfacher Mehrheit zu beschließenden, Weisungen der Gesellschafterversammlung muss er gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 Gesellschaftsvertrag befolgen. Für darüber hinausgehende Geschäfte weist die in § 7 Nr. 4 Gesellschaftsvertrag festgelegte Sperrminorität dem Kläger im Kern (nur) eine (negative) Verhinderungsmacht, jedoch keine (positive) Gestaltungsmacht zu, da er solche Geschäfte eines etwaigen weiteren Geschäftsführers mit seiner Sperrminorität in der Gesellschafterversammlung zwar verhindern könnte, als allein zur Geschäftsführung befugter Geschäftsführer aber ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter selbst nicht vornehmen kann (vgl. hierzu auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 07.05.2014 - [L 4 KR 1024/13](#) -, in juris). Für die Gestaltungsmacht in der Geschäftsführung kann (mittelbar) auch von Belang sein, ob der Geschäftsführer seine Abberufung im Streitfall verhindern kann oder nicht; insoweit besteht ein innerer Zusammenhang zwischen dieser Grundsatzentscheidung und der Geschäftsführung. Dem Kläger soll hier zwar in § 8 Nr. 3a Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit eröffnet werden, den Entzug seiner organschaftlichen Rechtsstellung als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) mit Hilfe der ihm eingeräumten Sperrminorität zu verhindern. Auch im Hinblick darauf kann seine Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5) aber nicht schon aus gesellschaftsrechtlichen Gründen als selbstständige Erwerbstätigkeit eingestuft werden, wobei dahinstehen kann, wie sich die Stimmverbote in [§ 47 GmbHG](#) hierzu verhalten (dazu etwa LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 21.05.2014, - [L 8 R 665/13](#) -, in juris) und ob ein derart qualifiziertes Mehrheitserfordernis überhaupt zulässig ist, weil die Möglichkeit der Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund den Gesellschaftern zwingend einzuräumen ist (dazu etwa LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 07.05.2014 - [L 4 KR 1024/13](#) -, in juris). Eine (auch) die Abberufung des Geschäftsführers umfassende, gleichwohl aber nur partielle Sperrminorität, die im Übrigen Weisungen an den Geschäftsführer nicht ausschließt, steht der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, da die höchstrichterliche Rechtsprechung für eine relevante Rechtsmachtverschiebung verlangt, dass der Geschäftsführer ihm nicht genehme Weisungen "jederzeit" abwenden kann (LSG Land Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 04.03.2015, - [L 8 R 931/13](#) -, in juris, m. Nachw. zur Rspr. des BSG).

Unerheblich ist, dass unter den Gesellschaftern der Beigeladenen zu 5) offenbar durchweg Einvernehmen geherrscht hat und herrscht und man sich in der Führung der GmbH hinsichtlich des Tagesgeschäfts in Handel und Vertrieb der Waren einig ist. Für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung kommt es darauf an, was gilt, wenn es, aus welchen Gründen auch immer, zum Streit kommt; eine "Schönwetter selbstständigkeit" gibt es nicht (BSG, Urt. v. 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) - und - [B 12 R 14/10 R](#) -, jeweils in juris).

Die wegen des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots unzulässige Abtretung der Stimmen des Gesellschafters H. Sch. durch Vertrag vom 20.12.2012 kann zwar nach Maßgabe des [§ 140 BGB](#) möglicherweise in die Erteilung einer Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts durch die A. H. und B. GmbH bzw. den Kläger umgedeutet werden. Insoweit kommt aber nur eine widerrufliche Vollmacht in Betracht (Bayer

in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, [§ 14 GmbHG](#) Rn. 15), von der der Kläger im Einvernehmen mit dem Gesellschafter H. Sch. offenbar auch regelmäßig Gebrauch gemacht hat und Gebrauch macht. Das SG hat hierzu aber zutreffend dargelegt, dass diesem Umstand für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung der Geschäftsführertätigkeit des Klägers keine maßgebliche Bedeutung zukommt, weil er die gesellschaftsrechtliche Verteilung der Rechtsmacht in der Beigeladenen zu 5) unberührt lässt.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht liegt der Tätigkeit des Klägers ein Vertrag mit arbeitnehmertypischen Regelungsgehalten zugrunde. Neben einem - was maßgeblich ist: rechtlich - von der Ertragslage des Unternehmens unabhängigen monatlichen Festgehalt von zunächst 2.000,00 EUR, später 3.000,00 EUR und 4.000,00 EUR ist Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und die Erstattung von Spesen vereinbart. Das Gehalt des Klägers ist auch, wie es für Arbeitnehmer typisch ist, als Betriebsausgabe gebucht worden und man hat Lohnsteuer abgeführt.

Der Kläger hat bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung unzweifelhaft erhebliche Freiheiten. Das ist freilich kennzeichnend (auch) für den Status (abhängig beschäftigter) leitender Angestellter, von denen erwartet wird, dass sie ihre Aufgaben im Rahmen dienender Teilhabe am Arbeitsprozess (vgl. BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -, in juris) frei von Einzelweisungen erfüllen und selbstständig arbeiten (können). Dass der Kläger dafür über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen muss, versteht sich von selbst und ist für seinen sozialversicherungsrechtlichen Status ohne Belang.

Ein den sozialversicherungsrechtlichen Status maßgeblich prägendes Unternehmerrisiko trägt der Kläger nicht. Ausgangspunkt für die Würdigung eines statusrelevanten Unternehmerrisikos ist (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 5) über den Kapitalanteil, den die A. H. und B. GmbH hält und an der der Kläger (jetzt) zu 94 % beteiligt ist, beteiligt; hierauf konzentriert sich wesentlich der unternehmerische Einsatz von Wagniskapital.

Der Senat verkennt nicht, dass es neben den bereits erörterten Regelungen des Gesellschaftsvertrags zur Sperrminorität auch (weitere) Gesichtspunkte gibt, die, wie die - in als GmbH verfassten Unternehmen freilich nicht seltene Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot (dazu etwa BSG, Urt. v. 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) - und - [B 12 R 14/10 R](#) -; Urt. v. 04.07.2007, - B 11a AI 5/06 R -, jeweils in juris) - für eine selbstständige Erwerbstätigkeit des Klägers sprechen. In der Gesamtabwägung aller maßgeblichen Einzelfallumstände bleibt es aber beim vornehmlich aus der dargestellten Verteilung der Rechtsmacht im Unternehmen folgenden Gesamtbild einer abhängigen Beschäftigung.

Da der Kläger bei der Beigeladenen zu 5) damit eine abhängige Beschäftigung ausübt, unterliegt er in der Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der (hier allein noch streitigen) Versicherungspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung; die Beklagte hat das in den angefochtenen Bescheiden zu Recht festgestellt.

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

2016-01-19