

L 7 R 181/15

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

7

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 56 R 1776/14

Datum

29.01.2015

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 7 R 181/15

Datum

16.07.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Ob ein Geschäftsführer einer GmbH abhängig beschäftigt ist oder nicht, richtet sich nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Eine überlegene Fachkompetenz des Geschäftsführers (Herz und Seele des Betriebs) ist von untergeordneter Bedeutung, wenn der Geschäftsführer keinerlei Rechtsmacht besitzt, Weisungen der Gesellschafter zu verhindern. Familiäre Beziehungen zum Inhaber der Mehrheitsbeteiligung (Vater des Klägers) können eine tatsächlich bestehende Weisungsabhängigkeit nicht beseitigen. Auf eine subjektive Schönwetter Selbständigkeit kann bei einer Statusfeststellung nicht abgestellt werden. Bei einer Klage wegen einer Statusfeststellung nach [§ 7a SGB IV](#) erfolgt eine einheitliche Kostenentscheidung nach [§ 193 SGG](#), wenn ein Beteiligter kostenprivilegiert ist und der andere nicht.

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 29. Januar 2015 wird zurückgewiesen.

II. Die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger zu 1 (künftig Kläger) in seiner Tätigkeit für die Klägerin zu 2 (künftig Klägerin) in der Zeit von 26.11.2013 bis 12.04.2015 wegen abhängiger Beschäftigung in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung sozialversicherungspflichtig war. Strittig ist insbesondere, ob der Kläger als GmbH-Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung weisungsfrei war, weil er wegen beherrschender Fachkenntnisse und als Sohn des Mehrheitsbeteiligten der Klägerin faktisch weisungsfrei gearbeitet habe.

Der 1980 geborene Kläger hat nach Abschluss der Lehre zum Industrieelektroniker eine Ausbildung zum staatlich geprüften Informatik-Techniker absolviert. Von 2004 bis 2010 studierte er an der Fachhochschule mit Abschluss als Diplom-Informatiker. Ende 2005 gründete er die Einzelfirma E. Datentechnik.

Der Vater des Klägers, J. A., Maurermeister, war Alleingesellschafter der A. GmbH Vermögensverwaltung, gegründet 1988 für Bauvorhaben. Er war Inhaber aller Geschäftsanteile in Höhe von 50.000,- Deutsche Mark.

Mit notariellem Vertrag vom 26.11.2013 vereinbarten der Kläger und sein Vater, beide handelnd in eigenem Namen und für die Firma A. GmbH Vermögensverwaltung die Veräußerung eines Teilgeschäftsanteils von 10.000,- DM an den Kläger zum Preis von 5.112,91 Euro und die Bestellung des Klägers als neuer Geschäftsführer unter Ablösung der bisherigen Geschäftsführerin Frau B.

Vereinbart wurde, dass der Geschäftsführer stets einzelvertretungsberechtigt ist und ermächtigt ist, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten zu vertreten (Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#)). Ferner wurde vereinbart, dass das auf Euro umgestellte Stammkapital auf insgesamt 75.000,- Euro erhöht wird. Der Kläger erhielt einen Geschäftsanteil in Höhe von 15.000,- Euro (gleich 20 %), der Vater des Klägers die restlichen 60.000,- Euro. Die neuen Geschäftsanteile sind ab Beginn des bei Handelsregistereintragung der Kapitalerhöhung laufenden Geschäftsjahres gewinnbezugsberechtigt.

Zugleich wurde die Satzung der Gesellschaft insgesamt neu gefasst: In § 1 erhielt die Klägerin den neuen Namen A. Datentechnik GmbH. § 2 legte als Gegenstand des Unternehmens Telekommunikationsdienstleistungen (Internet), Dienstleistungen im IT- und Internetbereich sowie

Handel mit IT- und TK-Produkten fest. In § 5 wurde geregelt, dass Geschäftsführer alleinvertretungsberechtigt sind, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist und dass ein Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann. Für die Gesellschafter besteht gemäß § 13 kein Wettbewerbsverbot im Verhältnis zur Gesellschaft. Eine Bestimmung über die Beschlussfassung enthält die Satzung nicht.

Am 11.02.2014 beantragte der 1980 geborene Kläger die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status für seine Tätigkeit für die Klägerin. Beginn der Tätigkeit sei der 26.11.2013 gewesen. Eine Treuhandvereinbarung zur Ausübung von Stimmrechten bestehe nicht. Der Kläger kann nach seinen Angaben mangels vertraglicher Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse weder herbeiführen noch verhindern. Darlehen oder Bürgschaften habe der Kläger nicht übernommen. Für die Führung des Unternehmens verfüge nur er über die erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Zuvor sei er seit 01.10.2005 bis aktuell Inhaber einer Einzelfirma der IT-Branche gewesen. Die regelmäßige Arbeitszeit betrage 40 Wochenstunden. Er unterliege bezüglich Zeit, Ort oder Art der Beschäftigung keinem Weisungsrecht und könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung der Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen abhängig. Er könne selbständig Personal einstellen oder entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Eine Abberufung/Kündigung sei jederzeit möglich, die Kündigungsfrist betrage 6 Monate zum Quartalsende. Er erhalte eine gleichbleibende monatliche Vergütung von 4.350,- Euro. Bei Arbeitsunfähigkeit erfolge eine Fortzahlung der Vergütung für sechs Monate. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet und diese werde als Betriebsausgabe verbucht. Er sei mit Tantiemen am Gewinn beteiligt.

Vorgelegt wurde der Dienstvertrag vom 26.11.2013, abgeschlossen durch die Klägerin vertreten durch die Gesellschafterversammlung und den Kläger.

Nach § 1 (Aufgaben) besteht Alleinvertretung. Der Geschäftsführer hat die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu befolgen. Er ist von den Beschränkungen nach [§ 181 BGB](#) befreit. Nach § 2 (Umfang der Geschäftsführungsbefugnis) ist der Geschäftsführer für alle Handlungen des gewöhnlichen Betriebs zuständig. Für außergewöhnliche Geschäfte ist die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung notwendig, insbesondere für Einstellung/Entlassung leitender Angestellter, Erwerb/Veräußerung von Grundstücken, Investitionen die im Einzelfall den Betrag von 25.000,- Euro übersteigen, Gewährung von Sicherheiten von mehr als 25.000,- Euro, Aufnahme von Krediten von mehr als 25.000,- Euro außer laufenden Ratenkredite, etc.

Nach § 3 (Bezüge) erhält der Geschäftsführer Bezüge von monatlich 4350,- Euro und Tantieme in Höhe von 15 % des tantiemepflichtigen Gewinnes. Nach § 4 erfolgt Gehaltsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall für sechs Monate. Der Jahresurlaub beträgt 25 Arbeitstage (§ 5). Ab Kalenderjahr 2016 wird eine betriebliche Altersversorgung zugesagt (§ 6). Nach § 8 hat der Geschäftsführer die Pflicht, seine ganze Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft zu stellen. Jedwede auf Erwerb gerichtete Nebentätigkeit bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Für zwei Jahre nach Beendigung des Vertrags besteht ein Wettbewerbsverbot. Nach § 9 tritt der Dienstvertrag am 26.11.2013 in Kraft. Es besteht eine Probezeit von einem Jahr mit Kündigungsfrist drei Monate, danach eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Quartals.

Die Beteiligten wurden mit Schreiben vom 14.02.2014 dazu angehört, dass die Beklagte beabsichtige, das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu bejahen. Der Kläger wies darauf hin, dass die GmbH ursprünglich als Bauunternehmen gegründet worden sei. Mit Aufgabe der Bautätigkeit sei Geschäftsgegenstand die Vermögensverwaltung gewesen. Aufgrund seiner Ausbildung als Diplom-Informatiker (FH) verfüge er allein über die notwendigen Fachkenntnisse und Qualifikationen zur Geschäftsführung und treffe die entscheidenden strategischen Entscheidungen. Das wirtschaftliche Wohl und die Zukunft der GmbH sei ausschließlich von seiner Person abhängig.

Mit zwei gleich lautenden Bescheiden vom 14.05.2014 stellte der Beklagte jeweils gegenüber den Klägern fest, dass die Tätigkeit des Klägers bei der Klägerin seit 26.11.2013 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Es bestehe Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ab 26.11.2013. Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses würden überwiegen. Bei einem Anteil von 20 % des Gesamtkapitals sei es dem Kläger nicht möglich, die Geschicke der Firma maßgeblich zu beeinflussen. Er habe keine Vetorechte oder Sperrminoritäten und könne keine Entscheidungen verhindern. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage der Kläger zu 1 kein Unternehmensrisiko. Die Tantieme sei nur Ausdruck eines leistungsorientierten Vergütungsbestands. Trotz weit gehender Gestaltungsfreiheit bezüglich Zeit, Ort und Ausübung der Tätigkeit bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie in die von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebs eingegliedert sei. Besondere Branchenkenntnisse seien für Geschäftsführer durchaus üblich.

Für die beiden Kläger wurden rechtzeitig Widersprüche eingelegt. Der Kläger habe einen so großen tatsächlichen Einfluss auf die Willensbildung im Unternehmen, dass Weisungen faktisch ausgeschlossen seien. Dies gelte besonders für Familienunternehmen. Aufgrund familiärer Rücksichtnahme werde das Weisungsrecht nicht ausgeübt.

Die Widersprüche wurden mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 25.08.2014 zurückgewiesen. Maßgeblich für die Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit sei die abstrakte Rechtsmacht, die allein durch fehlenden Gebrauch nicht verloren gehe. Der Kläger habe bei einem Anteil am Stammkapital von 20 % keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Beschlüsse der GmbH würden mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Die Wahrnehmung von Handlungsfreiheiten sei bei leitenden Angestellten, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Die Zahlung des monatlichen Festgehalts, die Fortzahlung des Gehalts im Krankheitsfall und ein bezahlter Erholungsurlaub seien gewichtige Indizien für eine abhängige Beschäftigung. Ein unternehmerisches Risiko sei nicht zu erkennen. Die familienhafte Rücksichtnahme im Rahmen einer "Schönwetter-Selbstständigkeit" sei nicht entscheidend (BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#)).

Der Kläger erhob am 17.09.2014 die Klage [S 56 R 1776/14](#). Die Klägerin erhob am 19.09.2014 die Klage [S 56 R 1799/14](#). Der Kläger arbeite weisungsfrei. Er allein habe Branchenkenntnis. Er habe das bereits vorhandene Einzelunternehmen E. Datentechnik in die GmbH eingebracht. Es sei geplant, dass der Kläger nach und nach die Anteile der Gesellschaft übernehme. Es habe lediglich steuerrechtliche Gründe, dass er nicht von Anfang an sämtliche Anteile übernommen habe. Die Mitarbeit in einer Familien-GmbH sei anders zu beurteilen (BSG, Urteil vom 08.12.1987, [7 RA R 25/86](#) und BSG, Urteil vom 11.02.1993, [7 RA R 48/92](#)). Es sei zu prüfen, ob tatsächlich eine Weisungsbindung bestehe. Der Kläger sei "Kopf und Seele" des Betriebs.

Der Kläger wurde zum Verfahren der Klägerin notwendig beigeladen und umgekehrt. Der Kläger teilte mit, dass seine Einzelfirma floriert

habe. Die Klägerin habe keine Umsatzerlöse gehabt, nur sonstige Erträge von z.B. je 34.000,- Euro in 2011 und 2012 bzw. 17.000,- Euro in 2013. Er habe, entsprechend dem Namenswechsel, seine Einzelfirma in die GmbH eingebracht. Es sei nur darum gegangen, die 100.000,- Euro Verlustvortrag der Klägerin zu nutzen. Sein Vater habe eine Pensionszusage der Klägerin von monatlich 500,- Euro.

Die beiden Klagen wurden verbunden und mit Urteil vom 29.01.2015 abgewiesen.

Der tatsächlich eingeräumten Rechtsmacht komme die größere Bedeutung zu als den tatsächlichen Verhältnissen. Denn entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer Beschäftigung sei die Möglichkeit, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden. Diese mögen aufgrund geübter familiärer Rücksichtnahme solange nicht erteilt werden, wie das Einvernehmen der Beteiligten gewahrt bleibe. Im Falle eines Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten käme jedoch allein die tatsächlich zustehende Rechtsmacht zum Tragen, sodass auch nach den gelebten tatsächlichen Verhältnissen eine Weisungsunterworfenheit bestehe. Eine solche "Schönwetter-Selbstständigkeit" sei mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich hinnehmbar. So habe das BSG in der Vergangenheit wiederholt darauf hingewiesen, dass es im Interesse aller Beteiligten, der Versicherten und der Versicherungsträger, liege, die Frage der Versicherungspflicht und der Versicherungsfreiheit schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil diese nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten des Sozialleistungsträgers und die Leistungsansprüche des Betroffenen von entscheidender Bedeutung sein könne (BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), Rn. 32).

Im Sinne der Rechtssicherheit sei auf die rechtlichen Verhältnisse und die sich aus ihnen ergebende Rechtsmacht abzustellen. Es bestehe das Erfordernis, den sozialversicherungsrechtlichen Status von objektiv beurteilbaren Gegebenheiten und nicht von situationsgebundenen und ohne weiteres veränderbaren persönlichen Verhältnissen der in einem Unternehmen tätigen Personen und Entscheidungsträger abhängig zu machen. Eine selbstständige Tätigkeit komme deshalb nur dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer entweder Mehrheitsgesellschafter ist oder über eine Sperrminorität verfügt. Auf andere Umstände wie z.B. eine überragende Marktkennntnis komme es nicht an. Dies würde der erstrebten Vorhersehbarkeit der Verhältnisse entgegenstehen. Auch die überragende Marktkennntnis verschaffe keine beherrschende Position. Denn es bestehe die Möglichkeit, im Fall eines persönlichen Zerwürfnisses die Marktkennntnis durch einen anderen Geschäftsführer oder Mitarbeiter in das Unternehmen einzubringen.

Der Kläger sei weder Mehrheitsgesellschafter noch verfüge er mit 20 % der Stammeinlage über eine Sperrminorität. Beschlüsse der Gesellschafter würden nach der gesetzlichen Regelung des [§ 47 Abs. 1 GmbHG](#) mit einfacher Mehrheit gefasst werden.

Die von dem Kläger genannten steuerlichen Beweggründe für die konkrete Ausgestaltung der Beteiligungsverhältnisse führten zu keinem anderen Ergebnis. Die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit habe sich an [§ 7 SGB IV](#) und dem Zweck der Norm, unselbstständigen Erwerbstätigen in den Schutz der Sozialversicherung einzubeziehen zu orientieren. Es sei nicht Aufgabe dieser Abgrenzung, für das betroffene Unternehmen die optimale steuerliche Lösung sicherzustellen. Das Urteil wurde den Klägern am 02.03.2015 zugestellt.

Die Kläger haben beide am 05.03.2015 Berufung gegen das Urteil eingelegt. Die Einzelfirma des Klägers sei ein gesundes Unternehmen gewesen. Geschäftsräume, Know-how, Kunden, Mitarbeiter und die Ausstattung seien nicht verändert worden. Eigentlich sei die Klägerin in dem Einzelunternehmen aufgegangen. Der Kläger sei faktisch Alleininhaber der GmbH. Die Rechtsmacht sei lediglich ein formales Kriterium. Der Kläger habe wenn überhaupt nur wenig Urlaub genommen. Die Regelungen zum Festgehalt, bezahlten Urlaub und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall seien üblich und schon wegen dem Problem der verdeckten Gewinnausschüttung nötig.

Mit notarieller Urkunde vom 24.03.2015 ist eine Änderung der Satzung der Klägerin belegt worden. § 6 Abs. 3 lautet nunmehr: "Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden einstimmig gefasst." Diese Änderung ist am 13.04.2015 ins Handelsregister eingetragen worden. Die Beklagte hat ein Teilanerkenntnis abgegeben. Der Kläger sei seit 13.04.2015 nicht mehr im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses tätig. Die Kläger haben dieses Teilanerkenntnis angenommen.

Die Bundesagentur für Arbeit ist notwendig beigelegt worden.

Die Kläger beantragen, das Urteil des Sozialgerichts München vom 29. Januar 2015 sowie den Bescheid vom 14.05.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.08.2014 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger bei seiner Tätigkeit für die Klägerin in der Zeit von 26.11.2013 bis 12.04.2015 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen wird zur Ergänzung des Sachverhalts auf die Akte des Beklagten, insbesondere auf den dortigen Dienstvertrag vom 26.11.2013, die Akte des Sozialgerichts und die Akte des Berufungsgerichts verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Die Entscheidung des Sozialgerichts ist richtig und überzeugend. Der Kläger war in der Zeit von 26.11.2013 bis 12.04.2015 als abhängig Beschäftigter der Klägerin versicherungspflichtig nach dem Recht der GRV und der Arbeitsförderung.

Streitgegenstand sind die Bescheide vom 14.05.2014 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 25.08.2014, in denen die Beklagte die Tätigkeit des Klägers bei der Klägerin für die Zeit ab 26.11.2013 als abhängige Beschäftigung eingestuft hat und die Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt hat. Der streitige Zeitraum endet infolge des angenommenen Teilanerkenntnisses gemäß [§ 101 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) mit Ablauf des 12.04.2015.

Richtige Klageart ist die kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§ 54 Abs. 1 S. 1 Alt. 1](#), [§ 55 Abs. 1 Nr. 1](#), [§ 56 SGG](#)). Denn über die

Aufhebung des angefochtenen Bescheides hinaus begehren die Kläger die Feststellung des Nichtbestehens der Versicherungspflicht zur GRV und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Es besteht Versicherungspflicht in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) und in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB III](#) für gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen.

1. Prüfungsmaßstab hierfür ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung "die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis" ([§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#)). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#)).

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 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 (ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), Rn. 15).

Ob eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung gerechtfertigt ist, 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. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), Rn. 16).

Die allgemeinen Grundsätze zur Unterscheidung einer abhängigen Beschäftigung von einer selbstständigen Tätigkeit gelten auch für Geschäftsführer einer GmbH.

Grundsätzlich kann ein Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem Beschäftigungsverhältnis stehen. Allerdings schließt ein rechtlich maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft auf Grund der Gesellschafterstellung ein Beschäftigungsverhältnis aus, wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter damit an ihn gerichtete Einzelanweisungen im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann. Das Bundessozialgericht bejaht eine selbstständige Tätigkeit, wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter entweder Mehrheitsgesellschafter ist oder über eine Sperrminorität dergestalt verfügt, dass er an ihn gerichtete Weisungen verhindern kann (BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), Rn. 25). Demgegenüber geht das BSG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Fremdgeschäftsführer (Geschäftsführer ohne Gesellschaftsanteile) in der Regel in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen (siehe BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), Rn. 21).

2. Ausgehend von den tatsächlichen Umständen haben im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, höheres Gewicht als die Merkmale, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen

Nach dem Vortrag der Kläger seien keine Weisungen erfolgt. Diese seien wegen des überlegenen Fachwissen des Klägers ("Herz und Seele des Betriebs") und der familiären Beziehung zum Inhaber der Mehrheitsbeteiligung der Klägerin auch ausgeschlossen. Selbst wenn es in der tatsächlichen Praxis nicht zu Weisungen gekommen ist, ist dies nicht entscheidend, weil die im Dienstvertrag getroffenen Vereinbarungen, die Regelungen der GmbH-Satzung und das GmbH-Gesetz (GmbHG) verbindliche Regelungen bewirken, wonach der Kläger in einem fremden Betrieb weisungsabhängig tätig war.

Der Kläger war abhängig Beschäftigter der Klägerin. Er hatte keinerlei Rechtsmacht. Er war dem Weisungsrecht des Mehrheitsgesellschafters uneingeschränkt unterworfen. Er wurde behandelt wie ein Arbeitnehmer (festes Gehalt, Urlaub, Lohnfortzahlung) und er hatte kein Unternehmerrisiko.

Ausgangspunkt der Prüfung ist der Dienstvertrag. Der Kläger ist nach dem Dienstvertrag eindeutig ein abhängig Beschäftigter. Der Gesellschaftsvertrag bestätigt dies. Die Weisungsabhängigkeit des Klägers wurde nicht wirksam abbedungen.

Der Kläger hat als Geschäftsführer nach § 1 des Dienstvertrags die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu befolgen, soweit Vereinbarungen im Dienstvertrag nicht entgegenstehen. Der Dienstvertrag enthält keine Regelungen, die die Weisungsbindung beschränken. Dass er nach § 2 des Dienstvertrags für die Geschäfte des gewöhnlichen Betriebs zuständig ist, ist selbstverständlich und schränkt die Weisungsbefugnisse der Gesellschaft bzw. deren Gesellschafterversammlung - auch im Bereich der gewöhnlichen Geschäfte - nicht ein.

Nach der Satzung und dem GmbHG hat der Kläger dieser Weisungsbefugnis nichts entgegenzusetzen. Mit dem Geschäftsanteil von 20 % am Stammkapital der Klägerin (vgl. [§ 5 GmbHG](#)) kann der Kläger in der GmbH nichts durchsetzen oder verhindern. Er hat weder einen beherrschenden Einfluss noch eine Sperrminorität. Die Entscheidungen werden mangels einer anderweitigen Bestimmung in der Satzung

mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen getroffen, [§ 47 Abs. 1 GmbHG](#). Der Kläger hatte mit einem Geschäftsanteil in Höhe von 15.000,- Euro von 75.000,- Euro nur einen Anteil von nur 20 %. Sein Vater hatte einen Anteil von 80 %. Der Vater des Klägers hätte dem Kläger jederzeit verbindliche Weisungen erteilen können. Bei einem Zerwürfnis hätte der Vater den Kläger auch entlassen können (wichtiger Grund nach § 5 Abs. 2 der Satzung) und den Kläger durch einen fachkompetenten anderen Geschäftsführer ersetzen können. Durch eine derartige Entwicklung ist auch das Argument des Klägers, er sei "Kopf und Seele des Betriebs", entwertet. Er wäre dann ein "ersetzter Kopf und ersetzte Seele des Betriebs" gewesen.

Diese grundsätzliche gesellschaftsrechtliche Bewertung wird durch die weiteren Regelungen des Dienstvertrags bestätigt.

Der Kläger wurde wie ein Arbeitnehmer mit einem festen monatlichen Gehalt entlohnt. Dieses wurde zur Lohnsteuer veranlagt, sprich nach [§ 36 Einkommensteuergesetz](#) der Besteuerung für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit unterworfen.

Die Tantieme ist kein Beleg für eine selbständige Tätigkeit des Klägers. Tantiemen sind als erfolgsabhängige Vergütung bei in höheren Diensten abhängig Beschäftigten durchaus verbreitet. So war es auch hier. Die Höhe der Tantieme von 15 % des tantiemepflichtigen Gewinns entsprach nicht dem Geschäftsanteil von 20 %. Die Gewinnbeteiligung als Anteilseigner bestand neben der Tantieme.

Auch die sonstigen Regelungen des Dienstvertrags entsprechen weitgehend einem Arbeitsvertrag eines Beschäftigten: Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (§ 4), der Jahresurlaub von 25 Arbeitstagen (§ 5), die Pflicht, die ganze Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft zu stellen und jedwede erwerbsbezogene Nebentätigkeit genehmigen zu lassen (§ 8 Abs. 1) sowie die Vereinbarung einer Altersversorgung (§ 6), einer Probezeit (§ 9) und eines Wettbewerbsverbotes (§ 13).

Ein erhebliches Unternehmensrisiko des Klägers ist nicht festzustellen. Maßgebliches Kriterium für ein Unternehmerrisiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr eines Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Das Bestehen eines Unternehmerrisikos ist nicht schlechthin entscheidend, sondern nur im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten (vgl. BSG, Urteil vom 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), Rn. 23). Der Kläger hat 20 % des Stammkapitals übernommen. Wenn die Klägerin in Vermögensverfall kommt, kann er dieses Kapital verlieren. Dieses Risiko trägt er aber als Anteilseigner, nicht als Geschäftsführer. Darlehen oder Bürgschaften hat der Kläger für die Klägerin nicht gegeben bzw. übernommen. Für seine Arbeitskraft erhält er ein festes Gehalt zuzüglich Tantiemen.

3. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass er aufgrund familienbedingter Rücksichtnahme selbständig tätig sei. Hier ist in der Rechtsprechung ein Wandel eingetreten.

In der Vergangenheit haben Senate des BSG - überwiegend zu Leistungsansprüchen des Arbeitsförderungsrechts und der Unfallversicherung - trotz fehlender Sperrminorität des Geschäftsführers einer Gesellschaft eine selbständige Tätigkeit für möglich erachtet, wenn die Tätigkeit in der Gesellschaft durch eine besondere Rücksichtnahme auf familiäre Bindungen geprägt war. Insoweit wird auf die Darstellung im Urteil des BSG vom 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), Rn. 27, verwiesen. In den früheren Entscheidungen ging es im Kern darum, Leistungsansprüche von Klägern zu prüfen, die diese aus einer angeblich abhängigen Beschäftigung mit zum Teil sehr hohen Vergütungen ableiteten.

Diese frühere Rechtsprechung orientiert sich nicht an den Abgrenzungskriterien, die das BSG für Statusfeststellungen entwickelt hat, insbesondere zum Verhältnis vertraglicher Abreden zu den tatsächlichen Verhältnissen.

Das BSG führt im Urteil vom 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), dort Rn. 28, dazu aus (ebenso BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 R 25/10 R](#), Rn. 32):

"Der Senat kann vorliegend offenlassen, ob der vom 11. Senat des BSG formulierten Rechtsauffassung [Urteil vom 30.01.1990, [11 RA 47/88](#)] (ggf. modifiziert bzw. auf gänzlich atypische Sonderfälle beschränkt) bezogen auf das Versicherungs- und Beitragsrecht gefolgt werden kann oder ob - wofür einiges spricht - der aus gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben entspringenden Rechtsmacht als Teil der tatsächlichen Verhältnisse, auf die auch der 11. Senat ausdrücklich hingewiesen hat, maßgebende Bedeutung beizumessen ist. Für Letzteres spricht, dass entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer (abhängigen) Beschäftigung auch im Zusammenhang mit Familiengesellschaften die Möglichkeit ist, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden. Dies mag aufgrund familiärer Rücksichtnahme solange der Fall sein, wie das Einvernehmen der Familienmitglieder gewahrt bleibt. Im Falle eines familiären Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten käme jedoch allein die den einzelnen Familienmitgliedern zustehende Rechtsmacht zum Tragen, sodass auch nach den gelebten tatsächlichen Verhältnissen eine Weisungsunterworfenheit bestünde (...). Eine solche "Schönwetter-Selbstständigkeit" ist mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich hinnehmbar. So hat das BSG in der Vergangenheit wiederholt darauf hingewiesen, dass es im Interesse aller Beteiligten, der Versicherten und der Versicherungsträger, liegt, die Frage der Versicherungspflicht und der Versicherungsfreiheit schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil diese nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten des Sozialleistungsträgers und die Leistungsansprüche des Betroffenen von entscheidender Bedeutung sein kann (...)."

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass im vorliegenden Fall die tatsächlichen objektiven Verhältnisse, das heißt die tatsächliche Rechtsmacht, sprich die Weisungsabhängigkeit des Klägers, den Ausschlag gibt. Es handelte sich lediglich um eine subjektive "Schönwetter-Selbstständigkeit", auf die nicht abgestellt werden kann.

4. Der Beginn der Versicherungspflicht erfolgt mit Beschäftigungsbeginn. Er ist nicht gemäß [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) hinauszuschieben, weil der Antrag auf Statusfeststellung nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Beschäftigung (26.11.2013) gestellt wurde, sondern erst am 11.02.2014.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Die Kläger sind unterlegen. Die Klägerin ist zwar keine kostenprivilegierte Beteiligte nach [§ 183 SGG](#) und wäre daher der Kostenentscheidung nach [§ 197a SGG](#) zuzuordnen. Es handelt sich bei einer Statusfeststellung nach [§ 7a SGB IV](#) aber nicht um eine objektive Klagehäufung nach [§ 56 SGG](#), sondern um einen einheitlichen Streitgegenstand (zu dieser Unterscheidung

siehe BSG, Beschluss 26.07.2006, [B 3 KR 6/06 B](#)). Deshalb erfolgte auch die notwendige Beiladung des anderen Beteiligten nach [§ 75 Abs. 2 Alt. 1 SGG](#). Aus diesem Grund erstreckt sich die Kostenprivilegierung nach [§ 193 SGG](#) auch auf die Klägerin als GmbH (ebenso BSG, Urteil vom 30.10.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), Rn. 43, BayLSG, Beschluss vom 07.07.2015, L 7 AS 4/15 B und Beschluss vom 02.03.2010, [L 5 R 109/10 B](#), sowie LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.10.2014, [L 4 R 2204/13](#), Rn. 76; a.A. etwa LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11.12.2013, [L 6 R 152/12 B](#)).

Die Revision wurde nicht zugelassen, weil keine Gründe nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) ersichtlich sind.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2015-09-15