

## L 8 R 5/13

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Köln (NRW)  
Aktenzeichen  
S 36 R 1009/11  
Datum  
26.11.2012  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 8 R 5/13  
Datum  
18.06.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 R 48/14 B  
Datum  
19.05.2015  
Kategorie  
Urteil  
Bemerkung  
NZB d.Kl. als unzulässig verworfen

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 26.11.2012 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

### Tatbestand:

Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens gem. [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV), ob für den Kläger in seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) als Gesellschafter-Geschäftsführer seit dem 1.10.2009 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Die Beigeladene zu 1) unterhält Einrichtungen zum von ihr durchgeführten Betrieb ambulanter und stationärer Physiotherapien nach [§§ 39, 125, 109](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) und gesetzlichen Regelungen, die diesen Gesetzen nachfolgen, und erbringt darüber hinaus Leistungen im Sinne des Heilmittelkataloges an Selbstzahler (§ 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages).

Nach dem Gründungsprotokoll der Beigeladenen zu 1) vom 10.6.2009 ist der Kläger Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) und mit 19,5 % am Stammkapital beteiligt. Neben ihm halten drei weitere Gesellschafter Anteile, wobei auf Herrn N ein Anteil von 19,5 % und Herrn N1 10 % des Stammkapitals entfallen. Die Klinikum M gGmbH ist mit 51 % an der Beigeladenen zu 1) beteiligt. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden gemäß dem Gesellschaftsvertrag vom 10.6.2009 mit einfacher Mehrheit gefasst. Einzelne Maßnahmen und Rechtsgeschäfte werden mit einer Mehrheit von 75 Prozent beschlossen. Hierzu gehören insbesondere die Änderung des Gesellschaftsvertrages, Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen. Auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages wird im Übrigen verwiesen.

Seit dem 1.10.2009 ist der Kläger auf Grund eines Anstellungsvertrags vom 10.6.2009 für die Beigeladene zu 1) tätig. Im Geschäftsführeranstellungsvertrag heißt es in Auszügen:

### "Präambel

Herr I wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 10.6.2009 zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Herr I ist ebenfalls Geschäftsführer der S GmbH und der I & N Grundstücksgesellschaft GmbH & Co. KG und wird vor Aufnahme weiterer Funktionen dies mit der Gesellschaft abstimmen.

### § 1 Aufgabe und Funktion

Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze und des Gesellschaftsvertrages, den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung sowie nach diesem Anstellungsvertrag zu vertreten und zu führen. Der Geschäftsführer ist für die fachliche und physiotherapeutische Geschäftsführung der Gesellschaft (Physiotherapeutische Versorgung der Patienten, Praxisorganisation, Ablauforganisation und fachliche Aufsicht, Terminierung des Patiententransports, Abrechnungen, Auswahl und Steuerung des fachlichen und des sonstigen in die Betriebsabläufe (Leistungsabrechnung, Terminierung und Rezeption) eingegliederten Personals einschließlich der Festlegung und Durchführung von Fortbildungsmaßnahmen) einzelvertretungsberechtigt und stellt bei Abwesenheit seine Vertretung sicher. Er ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit.

§ 2 Tätigkeit und Wettbewerbsverbot

1. Der Geschäftsführer hat der Gesellschaft neben seiner Tätigkeit für die S GmbH und der I & N Grundstücksgesellschaft GmbH & Co. KG seine ganze Arbeitskraft, Erfahrungen und Kenntnisse zur Verfügung zu stellen. ( ...)
2. Nebentätigkeiten, auch unentgeltliche sowie die Wahrnehmung von Ehrenämtern, bedürfen der Einwilligung der Gesellschaft. ( ...)
3. Für den Geschäftsführer gilt das Wettbewerbsverbot sinngemäß, das gemäß § 15 des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft für deren Gesellschafter vereinbart wurde.

...

§ 3 Verschwiegenheit

...

§ 4 Vergütung

1. Für seine Tätigkeit bei der Gesellschaft erhält der Geschäftsführer von der Gesellschaft eine Vergütung nach folgender Maßgabe:

- a) ein festes Monatsgehalt in Höhe von 2.777,77 Euro, das jeweils am Monatsende zu zahlen ist;
- b) eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 10 Prozent des Jahresüberschusses der Gesellschaft gemäß handelsrechtlicher Gewinn- und Verlustrechnung, der sich vor Abzug der Beteiligung für die Geschäftsführer und vor den nicht abzugsfähigen Steuern ergibt, jedoch höchstens 30 Prozent des Festgehalts gemäß Buchstabe a) ...

2 ...

§ 5 Urlaub

1. Der Geschäftsführer hat Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Der Urlaub ist mit Rücksicht auf die betrieblichen Belange der Gesellschaft und in Abstimmung mit den anderen Geschäftsführern zu nehmen ...
2. Zusätzlich hat der Geschäftsführer Anspruch auf Fortbildungsurlaub, der sich ausschließlich nach den betrieblichen und fachlichen Erfordernissen der Gesellschaft richtet.

§ 6 Fortzahlung der Bezüge

1. Bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit des Geschäftsführers, die durch Krankheit oder einen von ihm nicht zu vertretenden Grund eintritt, werden ihm die Bezüge nach § 4 Abs. 1 Buchstabe a) sechs Monate, längstens aber bis zum Ende des Dienstverhältnisses weiter gezahlt.

2 ...

3 ...

§ 7 Vertragslaufzeit

1. Der Vertrag tritt mit Wirkung vom 01.10.2009 in Kraft und wird bis zum 31.01.2015 fest abgeschlossen. Eine ordentliche Kündigung durch die Gesellschaft ist ausgeschlossen.

2. Der Vertrag ist jederzeit aus wichtigem Grund fristlos kündbar. Ein wichtiger Grund liegt für die Gesellschaft insbesondere vor, wenn

- a) der Geschäftsführer wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen wird;
- b) der Geschäftsführer gegen das Wettbewerbsverbot (§ 2) verstößt;
- c) der Geschäftsführer trotz Abmahnung wiederholt gegen die ihm im Innenverhältnis auferlegten Beschränkungen hinsichtlich der Geschäftsführung verstößt und der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht;
- d) der Geschäftsführer schwere Verstöße gegen besondere Anweisungen der Gesellschafterversammlung begeht, es sei denn, dass diese ein gesetzwidriges Handeln fordert.

§ 8 Schlussbestimmungen

... "

Der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) liegt weiter die Geschäftsführungsordnung vom 10.6.2009 zu Grunde. Danach obliegt dem Kläger gemeinsam mit Herrn N die fachliche und physiotherapeutische Geschäftsführung. Im Rahmen der Geschäftsführerkonferenz treffen die Geschäftsführer Beschlüsse mit der einfachen Mehrheit ihrer Stimmen. Der kaufmännische Geschäftsführer, welcher von der Klinikum M gGmbH bestimmt wird, einzeln und die fachlich und physiotherapeutischen Geschäftsführer zusammen verfügen über je eine Stimme. Bei Stimmgleichheit entscheidet der kaufmännische Geschäftsführer als Sprecher der Gesellschaft. Auf den weiteren Inhalt der vorgenannten Geschäftsführungsordnung wird verwiesen.

Im Rahmen einer Gesellschafterversammlung am 28.9.2009 beschlossen die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) eine Erhöhung des Stammkapitals von bisher 50.000,00 Euro um weitere 200.000,00 Euro. Hierzu wurden vier neue Geschäftsanteile ausgegeben, wobei der Kläger einen weiteren Geschäftsanteil durch Einbringung einer Sacheinlage und ein zusätzlich in bar zu zahlendes Aufgeld in Höhe von 147.006,77 Euro erwarb.

Am 15.4.2010 stellte der Kläger einen Antrag bei der Beklagten auf Feststellung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 1) vorliege. Im Antragsverfahren verwies er auf die ihm zustehenden gesellschaftsrechtlichen Sonderrechte. Er teilte mit, dass Herr N und er das Recht hätten, zwei weitere Geschäftsführer vorzuschlagen. Solange er und Herr N Geschäftsführer seien, stehe jedem das Geschäftsführungsrecht als gesellschaftsrechtliches Sonderrecht zu. Sie seien stets einzelvertretungsberechtigt und von der Beschränkung des [§ 181 BGB](#) befreit. Ferner könnten sie nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Zu seinen Aufgaben gehöre die fachliche Geschäftsführung, so dass die Versorgung der Patienten sowie die Ablauforganisation der Beigeladenen zu 1) wesentlich in des Geschäftsführers N und seinen Händen lägen. Er sei an wöchentliche Arbeitszeiten nicht gebunden. Weiterhin hätten er und Herr N das Recht, fachliches Personal auszuwählen und zu steuern.

Mit Schreiben vom 6.8.2010 teilte die Beklagte mit, dass beabsichtigt sei, das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung festzustellen. Im Anhörungsverfahren erklärte der Kläger weiter, dass allein aus dem Vorliegen eines schriftlichen Anstellungsvertrages nicht auf eine abhängige Beschäftigung geschlossen werden könne. Ähnliches gelte im Hinblick auf das ausgezahlte Festgehalt. Der Kläger habe maßgeblichen Einfluss auf die Beigeladene zu 1), da er Mitglied einer Gesellschaftergruppe sei, ohne die gesellschaftstragende Beschlüsse nicht gefasst werden könnten.

Mit Bescheid vom 14.12.2010 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) seit 1.10.2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erfolge. Es bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass bei einer Würdigung des Gesamtbildes der Tätigkeit des Klägers die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Hierfür spreche insbesondere das Vorliegen eines gesonderten Arbeitsvertrags, welcher die Mitarbeit in der Gesellschaft regle. Ferner erhalte der Kläger für seine Tätigkeit ein festes Gehalt. Ergänzend wies die Beklagte darauf hin, dass der Kläger auf Grund der Minderheitsbeteiligung an der Beigeladenen zu 1) keinen maßgeblichen Einfluss auf deren Geschicke nehmen könne. Somit trage er kein wesentliches eigenes unternehmerisches Risiko. Zwar sprächen die Berechtigung zur Einzelvertretung, die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) und die indirekte Beteiligung am Gewinn über die Zahlung von Tantiemen für eine selbständige Tätigkeit. Diese Aspekte träten in der Gesamtabwägung jedoch zurück, da es dem Kläger auf Grund der Minderheitsbeteiligung an der Beigeladenen zu 1) nicht möglich sei, deren Geschicke maßgeblich zu beeinflussen. Weder aus der Satzung noch aus den weiteren eingereichten Unterlagen sei erkennbar, dass ohne eine bestimmte Gesellschaftergruppe gesellschaftstragende Beschlüsse nicht gefasst werden könnten.

Mit Schreiben vom 14.1.2011, bei der Beklagten eingegangen am 17.1.2011, erhob der Kläger Widerspruch gegen den Bescheid vom 14.12.2010. Er vertrat die Auffassung, nicht abhängig beschäftigt zu sein. Dies folge daraus, dass er über alle erforderlichen Sperrminoritäten verfüge. Er verwies weiter auf sein gesellschaftsrechtliches Sonderrecht zur Geschäftsführung und führte hierzu aus, dass dies die höchste Form des abgesicherten Dienstverhältnisses sei und diese Absicherung zur Folge habe, dass keine Beschlüsse zu Lasten des Geschäftsführers gefasst werden könnten. Die Gesellschaftergruppe bestehend aus ihm und Herrn N verfüge über 39 Prozent der Stimmanteile, so dass sie bei einer qualifizierten Quorumsanforderung nicht überstimmt werden könne. Weiterhin trage er ein erhebliches wirtschaftliches Risiko, da er das in bar zu zahlende Aufgeld in Höhe von 147.006,77 Euro als Kapitalrücklage der Beigeladenen zu 1) aufgebracht habe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 31.5.2011 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Zur Begründung führte sie aus, dass auch unter Berücksichtigung der weiteren, im Widerspruchsverfahren eingereichten Unterlagen bei einer Gesamtbetrachtung die Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses überwiegen. Dies ergebe sich zum einen aus der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Klägers, welcher mit 19,5 % eine Minderheitsbeteiligung an der Beigeladenen zu 1) halte. Ausweislich des Gesellschaftsvertrages würden Gesellschafterbeschlüsse jedoch mit einfacher Mehrheit gefasst, so dass der Kläger überstimmt werden könnte. Einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft habe der Kläger auch nicht auf Grund der Geschäftsführungsordnung, da diese durch die Gesellschafterversammlung geändert oder aufgehoben werden könnte. Vielmehr sprächen die Regelungen im Geschäftsführeranstellungsvertrag für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Der Kläger hat am 28.6.2011 Klage zum Sozialgericht (SG) Köln erhoben. Zur Begründung hat er die bereits im Verwaltungs- und im Widerspruchsverfahren vorgetragene Argumente wiederholt. Ergänzend hat er ausgeführt, dass seine Interessen mit denen des Herrn N stets gleichlaufend wären und von einer gemeinsamen Zielsetzung geprägt seien, so dass ihr Abstimmungsverhalten stets identisch sei. Faktisch verfügten Herr N und er über 39 Prozent des Stammkapitals und könnten damit einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid vom 14.12.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.5.2011 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) als fachlich physiotherapeutischer Geschäftsführer ab 1.10.2009 nicht der Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht gewesen, dass der Kläger in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 1) stehe. Zur Begründung hat sie auf die Ausführungen in dem Ausgangs- und in dem Widerspruchsbescheid Bezug genommen. Ergänzend hat sie erklärt, dass der Kläger ausweislich der vorliegenden Verträge keinen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben könne. Ihm fehle die Rechtsmacht,

nicht genehme Weisungen zu verhindern. Ein wirksamer Verzicht auf die dem Mehrheitsgesellschafter zustehende Rechtsmacht sei nicht erfolgt. Eine etwaige abweichend gelebte Praxis überlagere die formellen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag nicht.

Die Beigeladenen zu 1) bis 3) haben keinen Antrag gestellt und von einer eigenen rechtlichen Würdigung des Sachverhalts abgesehen.

Mit Urteil vom 26.11.2012 hat das SG Köln die Klage abgewiesen. Auf dessen Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihm am 4.12.2012 zugestellte Urteil hat der Kläger am 3.1.2013 Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt er vor, er habe unstreitig seine Arbeitszeit sowie den Umfang und Ort der Tätigkeit vollkommen frei gestalten können und dies auch getan. Er sei schon nach dem Geschäftsführer-Vertrag an regelmäßige wöchentliche Arbeitszeiten nicht gebunden. Auch für die S GmbH müsse er täglich verfügbar sein. Er sei dort täglich tätig. Bei der Beigeladenen zu 1) sei er, bis auf Behandlungsbeobachtungen und Durchführung komplizierter Behandlungen im Einzelfall, nicht in die täglichen Behandlungsabläufe und die sonstigen therapeutischen Maßnahmen selbst eingegliedert, da er Geschäftsführungsaufgaben - wie dargelegt und im Geschäftsführungsvertrag und der Satzung geregelt - ausführe. Er verfüge auch vollends über seine eigene Arbeitskraft. Die Regelungen des Geschäftsführer-Vertrages zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, zum Urlaubsanspruch und zum Festgehalt mit einer auf 30 % dieses Festgehaltes beschränkten Tantiemenregelung sprächen nicht per se für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Aus steuerlichen Gründen müssten selbst in den Anstellungsverträgen bei Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführern derartige Vereinbarungen vorhanden sein, damit die Leistungen zwischen Gesellschaft an ihn als Gesellschafter-Geschäftsführer nicht als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt werden könnten. Die Vereinbarung der bloßen Abstimmung von Urlaub mit Mitgeschäftsführern oder die Rücksichtnahme auf betriebliche Belange (§ 5 des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages) sei kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Sie würden bestimmt durch die Erfordernisse des Betriebsablaufs, denen jeder Geschäftsführer - auch der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer - unterworfen sei. In der Befreiung von [§ 181 BGB](#) und der Alleinvertretungsberechtigung seien starke Indizien für eine selbständige Tätigkeit zu sehen, zumal ihm - dem Kläger - diese Rechte unentziehbar als gesellschaftsrechtliche Sonderrechte zustünden. Nur er und der weitere fachliche Geschäftsführer, Herr N, könnten die Beigeladene zu 1) fachlich führen. Herr A als kaufmännischer Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) habe fachlich keinerlei Kompetenz. Die beherrschende Gesellschafterstellung der Stadt M beruhe auf umsatzsteuerrechtlichen Gründen, ohne welche die Stadt M nur eine 50%-Beteiligung erhalten hätte. Deshalb seien seine besondere Stellung und diejenige von Herrn N in der Satzung der Beigeladenen zu 1) so ausdrücklich und unentziehbar festgelegt worden. Er könne als Geschäftsführer mit seinen Fachkenntnissen frei schalten und walten. Dies werde nicht nur tatsächlich so gehandhabt, sondern sei für ihn auch gesellschaftsrechtlich abgesichert. Satzungsänderungen wie z.B. die Auflösung der Gesellschaft oder die Änderung des Unternehmensgegenstandes könnten nur mit einer 75%-Mehrheit beschlossen werden. Er und Herr N verfügten zusammen über 39% der Stimmen. Über die Gesellschaftergruppe mit Herrn N verfüge er über eine gesellschaftsrechtliche Sperrminorität. Unabhängig von dieser Sperrminorität gehe ohne ihn bei der Beigeladenen zu 1) rechtlich und faktisch gar nichts, zumal sie angesichts ihrer gemeinsamen Interessen immer gemeinsam gleich abstimmen. Der mit Herrn N abgeschlossene Stimmbindungsvertrag sei nochmals schriftlich fixiert worden. Es sei nicht möglich, ihn, den Kläger, als Gesellschafter auszuschließen oder als Geschäftsführer abzurufen. Er sei besser abgesichert als typischerweise ein Mehrheitsgesellschafter in einer GmbH. Durch die Kataloggeschäfte in § 6 Ziff. 2 der Satzung könne er in der Ausgestaltung seines Geschäftsführungsrechts auch nicht beschränkt werden. Die Gesellschafterversammlung könne ihn also weder abberufen noch über die Kataloggeschäfte gängeln noch Weisungen erteilen, die ihn in seiner fachlichen Geschäftsführertätigkeit behinderten. Ein Unternehmer trage nicht erst dann ein unternehmerisches Risiko, wenn er für ausstehende Gehälter und Investitionen des Betriebes einstehen müsse und seine Arbeitskraft mit ungewissem Resultat einsetze. Nicht nur in Deutschland, sondern in Rechtsstaaten aller Nationen, bedienen sich Unternehmer beschränkt haftender Gesellschaften, um im Fall des Falles nicht für ausstehende Gehälter und Investitionen des Betriebes persönlich einstehen zu müssen. Das von ihm geleistete Aufgeld, das fremdfinanziert worden sei und bei einer Insolvenz in der Insolvenzmasse untergehe und nicht heraus verlangt werden könne, spreche für ein zusätzliches unternehmerisches Risiko.

Der am 1.2.2013 schriftlich fixierte "Stimmbindungsvertrag", der vom Kläger und dem Gesellschafter N abgeschlossen und unterzeichnet wurde, bestimmt unter I., dass die Vertragsparteien wie in der Vergangenheit auch in der Zukunft bei allen Gesellschafterbeschlüssen übereinstimmend mit Ja oder Nein abstimmen oder sich übereinstimmend der Stimme enthalten werden. Auf den weiteren Inhalt dieses Vertrages wird Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 26.11.2012 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheides vom 14.12.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.5.2011 festzustellen, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) als Geschäftsführer ab dem 1.10.2009 nicht der Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Die Beigeladene zu 1) trägt durch ihren Geschäftsführer A vor, die Argumentation des Klägers, er habe als Geschäftsführer mit seinen Fachkenntnissen frei schalten und walten können, was tatsächlich so gehandhabt worden und für ihn gesellschaftsrechtlich abgesichert sei, entspreche mehr seinem Wunschenken des fachlichen Geschäftsführers, sei aber Fiktion. Tatsache sei, dass die Beigeladene zu 1) in den Organkreis der Klinikum M gGmbH eingebettet sei und mit dieser eine umsatzsteuerliche Organschaft bilde. Alle Gesellschafter (auch der Kläger) hätten als Basis mit der Geschäftsgründung die umsatzsteuerfreie Inanspruchnahme von Personal- und Dienstleistungen aus dem Konzern Klinikum M vereinbart. Die für die umsatzsteuerliche Besserstellung - 150.000 bis 200.000 Euro jährlich - erforderliche personelle, finanzielle und organisatorische Beherrschung der Beigeladenen zu 1) als Tochterunternehmen durch die Klinikum M gGmbH sei obligatorisch und werde entgegen der Einlassungen des Klägers auch so praktiziert.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Beklagte den Bescheid vom 14.12.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom

31.5.2011 insoweit aufgehoben, als dort im Tenor das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses isoliert festgestellt worden ist.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen verhandeln und entscheiden können, da er sie mit den ordnungsgemäßen Terminnachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Richtige Klageart ist die kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage (§§ 54 Abs. 1 1. Alt., 55 Abs. 1 Nr. 1, 56 SGG). Denn über die Aufhebung des angefochtenen Bescheides hinaus begehrt der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens seiner Versicherungspflicht zur gesetzlichen Krankenversicherung, sozialen Pflegeversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG Köln vom 26.11.2012 ist jedoch unbegründet, nachdem die Beklagte im Verhandlungstermin den Bescheid vom 14.12.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.5.2011 insoweit aufgehoben hat, als dort im Tenor das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses isoliert festgestellt worden ist. Mangels Ermächtigungsgrundlage war dieser Verfügungssatz rechtswidrig gewesen (vgl. BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 R 11/07 R](#), USK 2009-72 und Urteil v. 4.6.2009, [B 12 R 6/08 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#)).

In der nunmehrigen Fassung erweist sich der streitgegenständliche Bescheid als rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht nach [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) in seinen Rechten. Denn die Beklagte hat zu Recht bezüglich der vom Kläger ab dem 1.10.2009 für die Beigeladene zu 1) ausgeübten Beschäftigung als Gesellschafter-Geschäftsführer seine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung, der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt.

Rechtsgrundlage für den angefochtenen Feststellungsbescheid ist [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach können Beteiligte schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn - was hier nicht ersichtlich ist -, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hätte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch, [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch und [§ 25 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch).

Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), [SozR 4-2600 § 6 Nr. 11](#); Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 21](#); Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 17](#); Urteil v. 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 15](#); BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), a.a.O.; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung 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, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#), juris).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG, Urteil v. 4.7.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#) m.w.N.). Der Geschäftsführer einer GmbH ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (BSG, Urteil v. 6.3.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#) m.w.N.). Insoweit ist von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die

Willensbildung der GmbH hat und damit Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil v. 8.8.1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); BSG, Urte. v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), juris, Rn. 23). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, Urteil v. 6.2.1992, [7 RAr 134/90](#), [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)). Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob der Einfluss des Geschäftsführers auf die Willensbildung der GmbH aufgrund besonderer Einzelfallumstände unabhängig von seiner Gesellschafterstellung so erheblich ist, dass ihm gegenüber nicht genehme Beschlüsse und jede Weisung ausgeschlossen sind und er die Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen, d.h. frei schalten und walten kann. Dann ist eine persönliche Abhängigkeit auch bei Diensten höherer Art zu verneinen, weil die Gesellschafter tatsächlich keinerlei Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen und sich der Geschäftsführer nur in der von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebes einfügt (BSG, Urteil v. 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), USK 9975; BSG, Urteil v. 11.2.1993, [7 RAr 48/92](#), USK 9347; vgl. insgesamt: Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sprechen nach Überzeugung des Senates unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht die überwiegenden Gesichtspunkte dafür, dass der Kläger seit dem 1.10.2009 bei der Beigeladenen zu 1) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig ist.

Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung, ob die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer für die Beigeladene zu 1) im Rahmen einer Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt wird, ist der Anstellungsvertrag. Dieser Vertrag hat nach den darin verwendeten Begriffen "Anstellungsvertrag", "Anstellungsverhältnis", "Arbeitskraft" und "Arbeitsunfähigkeit" sowie seinem Inhalt nach maßgebliche Elemente eines Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand.

Inhaltlich regelt der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag die Bindung an Entscheidungen der Gesellschafterversammlung (§ 1), die Ressortzuteilung (§ 1), Pflichten des Geschäftsführers und ein Wettbewerbsverbot (§ 2), die Verpflichtung zur Verschwiegenheit (§ 3), die Zahlung einer festen Vergütung nebst gewinnabhängiger Tantiemen (§ 4), den Urlaubsanspruch (§ 5), die Fortzahlung der Bezüge bei Arbeitsunfähigkeit (§ 6) sowie die Vertragslaufzeit (§ 7). Er entspricht damit, auch wenn einzelne Vertragsbestimmungen nicht zwingend für eine abhängige Beschäftigung sprechen, dem typischen Geschäftsführervertrag eines abhängig beschäftigten Gesellschafter-Geschäftsführers.

Maßgebliche Elemente eines Arbeitsverhältnisses sind die Bestimmungen zum Anspruch auf ein festes monatliches Gehalt - neben einer auf 30 % des Festgehaltes beschränkten Tantieme - (§ 4), die Regelungen zum bezahlten jährlichen Erholungsurlaub (§ 5) und zur Fortzahlung der Bezüge bei Arbeitsunfähigkeit (§ 6). Soweit die vorgenannten Regelungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages Ausdruck der Inanspruchnahme steuerrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten sind, unterliegt es entgegen der Auffassung des Klägers nicht der Disposition der Vertragsparteien, die Rechtswirkungen auf das Steuerrecht zu beschränken. Dass diese Regelungen typischerweise für abhängige Beschäftigung sprechen, gilt selbst dann, wenn sie üblicherweise auch in Dienstverträgen von Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführern enthalten sind. Denn ausschlaggebendes Kriterium für die Selbständigkeit des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers ist dessen gesellschaftsrechtliche Rechtsmacht. Hinter dieses maßgebliche Kriterium für eine abhängige Beschäftigung sprechende Gesichtspunkte bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung zurück.

Soweit der Geschäftsführervertrag in § 2 keine Regelungen zur Arbeitszeit und nur eingeschränkt zum Einsatz der Arbeitskraft enthält, ist dies Ausfluss des Umstandes, dass es sich um eine Tätigkeit höherer Art handelt, bei der das Weisungsrecht des Arbeitgebers von vornherein eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert ist (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); Senat, Urteil vom 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), jeweils a.a.O.). Die Freiheiten des Klägers hinsichtlich des Einsatzes seiner Arbeitskraft sind allerdings dadurch eingeschränkt, dass er neben seiner Tätigkeit für die S GmbH und der I & N Grundstücksgesellschaft mbh & Co. KG seine ganze Arbeitskraft, Erfahrungen und Kenntnisse der Beigeladenen zu 1) zur Verfügung zu stellen hat und einem weitgehenden Wettbewerbsverbot (§ 2 des Geschäftsführervertrages) unterliegt sowie Urlaub nur mit Rücksicht auf die betrieblichen Belange und in Abstimmung mit den anderen Geschäftsführern nehmen darf (§ 5 des Gesellschaftsvertrages).

Auf der beschriebenen vertraglichen Grundlage ist der Kläger in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Beigeladenen zu 1), eingegliedert und weisungsgebunden tätig.

Der Kläger unterlag bzw. unterliegt nach [§§ 37 Abs. 1, 46 GmbHG](#) dem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) bzw. deren Gesellschafterversammlung. Die rechtliche Bindung an die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung kommt ergänzend in § 1 des Geschäftsführeranstellungsvertrages zum Ausdruck. Der Kläger verfügt nicht über die Rechtsmacht, ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung jederzeit zu verhindern. Nach § 6 Ziff. 1. a) des Gesellschaftsvertrages werden die Beschlüsse der Gesellschaft mit einfacher Mehrheit der in der Gesellschafterversammlung abgegebenen Stimmen gefasst, wobei je 50 % eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren (§ 6 Ziff. 4). Nur in einigen Angelegenheiten, z. B. bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen (§ 7), der Übertragung von Geschäftsanteilen (§ 11), ist eine qualifizierte Stimmenmehrheit von mindestens 75 % aller Stimmen erforderlich. Der Kläger verfügt über einen Geschäftsanteil von 19,5 % und somit nicht einmal über eine partielle und schon gar nicht über eine umfassende Sperrminorität, sodass er allein keine einzige ihm nicht genehme Weisung der Gesellschafterversammlung verhindern kann. Soweit der Kläger geltend macht, allein aus umsatzsteuerlichen Gründen sei der Klinikum M gGmbH die Mehrheitsbeteiligung von 51 % eingeräumt worden, fehlt diesem Einwand jegliche Relevanz. Wie bereits ausgeführt, unterliegt es nicht der Disposition des Klägers, die Wirkungen rechtlicher Gestaltungen nach Maßgabe ihrer Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken.

Der am 1.2.2013 schriftlich fixierte Stimmbindungsvertrag führt nicht zu einer Rechtsmachtverschiebung zu Gunsten des Klägers, da er ihm keine umfassende Sperrminorität verleiht. Selbst wenn der Kläger und der Gesellschafter-Geschäftsführer N ihre Stimmen einheitlich bei der Beschlussfassung der Gesellschafter abgeben, verfügen sie zusammen nur über 39 % der Geschäftsanteile. Die mit einfacher Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschlüsse können sie damit nicht verhindern, sodass der Kläger damit nicht jede ihm nicht genehme Weisung der Gesellschafterversammlung jederzeit verhindern kann. Schon aus diesem Grund hat der Stimmbindungsvertrag keine rechtliche Relevanz.

Darüber hinaus würde selbst ein vertragswidriges Abstimmungsverhalten des Gesellschafters N dem Kläger kein Recht zur Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses verschaffen. Der Beschluss wäre wirksam und für den Kläger rechtsverbindlich. Denn die Anfechtbarkeit eines

Mehrheitsbeschlusses besteht nur dann, wenn gegen eine rechtsverbindliche Abrede aller Gesellschafter verstoßen würde (vgl. BGH, Urt. v. 20.1.1983, [II ZR 243/81](#), [NJW 1983, 1910](#) f. juris). Der am 1.2.2013 schriftlich fixierte Stimmbindungsvertrag wurde nicht von allen Gesellschaftern, sondern nur vom Kläger und dem Gesellschafter N geschlossen.

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Geschäftsführungsbefugnis dem Kläger als gesellschaftsrechtliches Sonderrecht zusteht (§ 4 Abs. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages). Denn mit dieser Regelung kann das Recht der Gesellschafterversammlung, den Kläger aus wichtigem Grund als Geschäftsführer abzuwählen, nicht abbedungen werden (OLG Nürnberg, Urteil v. 10.11.1999, [12 U 813/99, GmbHR 2000, 561](#) f.; Seibt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 14 Rdnr. 21; Schneider/Schneider in Scholz, a.a.O., § 38 Rdnr. 41). Bei einem solchen Beschluss, der z.B. auch auf das Argument gestützt werden könnte, der Kläger habe als Gesellschafter-Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung das Vertrauen des Mehrheitsgesellschafters verloren (Schneider/Schneider, a.a.O., Rdnr. 52 m.w.N.), dürfte der Kläger wegen des Stimmverbotes nach [§ 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG](#) nicht einmal mit abstimmen (K. Schmidt in Scholz, a.a.O., § 46 Rdnr. 76 m.w.N.).

Die Weisungsgebundenheit des Klägers ergibt sich zusätzlich auch aus den Regelungen der Geschäftsführungsordnung. In dem Gesellschafterbeschluss vom 10.6.2009 heißt es wörtlich: "Die Geschäftsführer werden angewiesen, entsprechend dieser Geschäftsführungsordnung zu verfahren". Die Geschäftsführungsordnung enthält detaillierte Regelungen zur Bindung der Geschäftsführer an die Geschäftsführungsordnung (§ 1), zu den Zuständigkeitsbereichen der Geschäftsführer (§ 2), dem Verfahren innerhalb der Geschäftsführung (§ 3) und den Entscheidungsbefugnissen und -regularien der Geschäftsführerkonferenz (§ 4). Die Abstimmung von Urlaub mit Mitgeschäftsführern und die Rücksichtnahme dabei auf betriebliche Belange sind ebenfalls deutliche Ausprägungen der Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation. Im Rahmen der Geschäftsführerkonferenz treffen die Geschäftsführer Beschlüsse mit der einfachen Mehrheit ihrer Stimmen. Der kaufmännische Geschäftsführer, welcher von der Klinikum M gGmbH bestimmt wird, einzeln und die fachlichen und physiotherapeutischen Geschäftsführer, der Kläger und der Herr N, zusammen verfügen über je eine Stimme. Bei Stimmgleichheit entscheidet der kaufmännische Geschäftsführer als Sprecher der Gesellschaft (§ 4 Abs. 5 Satz 3 Geschäftsführungsordnung). Zudem kann die Mehrheitsgesellschafterin der Beigeladenen zu 1) durch den Geschäftsführer A jede Maßnahme durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Kläger und dem Geschäftsführer N zu einer Beschlussache der Geschäftsführerkonferenz machen, in der der kaufmännische Geschäftsführer A, der auch Geschäftsführer der Mehrheitsgesellschafterin der Beigeladenen zu 1) ist, über die Mehrheit der Stimmen verfügt.

Der vom Kläger hiergegen vorgebrachte Einwand, ein Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer sei denselben Erfordernissen unterworfen, rechtfertigt keine andere Beurteilung, sondern zeigt lediglich auf, dass auch der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist, wobei dieser für eine abhängige Beschäftigung sprechende Gesichtspunkt bei dem Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer im Hinblick auf den maßgeblichen Gesichtspunkt der diesem zustehenden Rechtsmacht, jederzeit ihm nicht genehme Gesellschafterbeschlüsse verhindern zu können, nicht entscheidend zu Tragen kommt.

Soweit der Kläger sich darauf berufen hat, er habe aufgrund der nur bei ihm und dem Gesellschafter-Geschäftsführer N bestehenden fachlichen physiotherapeutischen Fachkenntnisse eine faktisch beherrschende Stellung in der Gesellschaft inne gehabt und deshalb quasi nach seinem Willen schalten und walten können, trifft dies schon deshalb nicht zu, weil diese Befugnisse sich nicht auf das gesamte Unternehmen beziehen. Hiervon ausgeschlossen war und ist in jedem Fall der kaufmännische Bereich, der von dem kaufmännischen Geschäftsführer zu verantworten war bzw. ist.

Vielfach werden zudem Beschäftigte gerade aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten eingestellt. In solchen Fällen ist ein stark abgeschwächtes Weisungsrecht für die ausgeübte Tätigkeit ebenso wie z. B. bei der Wahrnehmung von Tätigkeiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Dennoch werden auch Tätigkeiten für leitende Angestellte im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes. Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 1 Satz 4 SGB VI](#) sowie [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#)), die regelmäßig abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (BSG, Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), a.a.O.; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), a.a.O.; jeweils m.w.N.). Allein weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbständigen (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); Senat, Urteil vom 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), jeweils a.a.O.). Die arbeitsteilige Geschäftsführung ist vielmehr ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (vgl. BSG, Urteil v. 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-182), denn sie ist Ausdruck der Eingliederung in eine fremde betriebliche Organisation. Die Einräumung von Freiräumen lediglich in Teilbereichen reicht zur Annahme eines beherrschenden Einflusses nicht aus.

Zudem verfügte der Kläger nicht über eine eigene, unabhängig von dem Betrieb der Beigeladenen zu 1) bestehende Betriebsstätte, und er hat auch kein für eine selbstständige Tätigkeit sprechendes wesentliches Unternehmerrisiko zu tragen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), a.a.O.) ist maßgebliches Kriterium dafür, 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, wobei dem Risiko unternehmerische Chancen in Form von Verdienstmöglichkeiten oder Gestaltungsspielräumen gegenüber stehen müssen (vgl. BSG, Urteil vom 4.6.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), juris).

Eine solche Ungewissheit ist nicht festzustellen, soweit es um den Einsatz der Arbeitskraft des Klägers geht. Denn er erhält ein monatliches Festgehalt in Höhe von 2.777,77 Euro. Zusätzlich kann er bis zur Höhe von 30 % des Festgehaltes eine gewinnabhängige Tantieme erzielen. Ihr kommt jedoch nur Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit als (ein) Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen kann, jedoch nicht allein entscheidend ist (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), m.w.N.; Senat, Urteil v. 17.10.2012; jeweils a.a.O.). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit nicht allein erheblich. Diese ergebnisabhängige Verdienstmöglichkeit führt vorliegend zwar zu einem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Klägers. Da aber schon das Festgehalt in Höhe von 33.333,24 Euro jährlich die

ergebnisabhängigen Tantiemen in Höhe von maximal 9.999,97 Euro deutlich überschreitet, kann der Tantiemengewährung nach den vorgenannten Grundsätzen keine ausschlaggebende Bedeutung bei der Gesamtabwägung zukommen.

Ein Unternehmerrisiko, dem auch unternehmerische Chancen und Freiheiten gegenüberstünden, ist nicht vorhanden. Die Sach- und Kapitalaufwendungen für den Erwerb des weiteren Gesellschaftsanteils gewähren dem Kläger keine höheren Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung der Gesellschafterversammlung, da sein Anteil weiter bei 19,5 % liegt, und erhöhen nicht seine Verdienstmöglichkeiten als Geschäftsführer.

Soweit der Kläger nach § 4 des Gesellschaftsvertrages von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit und alleinvertretungsberechtigt ist, ist das für einen abhängig beschäftigten Gesellschafter-Geschäftsführer nicht untypisch und deutet deshalb nicht zwingend auf eine selbständige Tätigkeit hin (vgl. BSG, Urteil v. 6.3.2003, [B 11 AL 25/02 R](#); BSG, Urteil vom 4.7.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), a.a.O.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), a.a.O.).

Für Selbständigkeit sprechende Gesichtspunkte (Befreiung vom Verbot des [§ 181 BGB](#), Alleinvertretungsbefugnis, Tantiemenregelung) sind somit nur in derartig geringem Maße vorhanden, dass die maßgeblich für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale der Weisungsgebundenheit und Eingliederung in einen fremden Betrieb den Ausschlag geben für das Ergebnis der Gesamtabwägung.

Die Versicherungspflicht besteht seit der Aufnahme der Beschäftigung zum 1.10.2009. Ein späterer Eintritt der Versicherungspflicht gem. [§ 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV](#) ist nicht gegeben, da der Antrag auf Statusfeststellung erst am 15.4.2010 und somit nicht binnen eines Monats nach Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses zum 1.10.2009 gestellt wurde.

Eine Versicherungsfreiheit in der Krankenversicherung gem. [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) und dem folgend in der sozialen Pflegeversicherung besteht nicht, da die regelmäßigen Jahresarbeitsentgelte (JAE) des Klägers in Höhe von höchstens 43.333,21 Euro, die jeweils geltenden JAE-Grenzen in Höhe von 48.600,00 Euro für 2009, 49.950,00 für 2010, 49.500,00 Euro für 2011, 50.850,00 Euro für 2012, 52.200,00 für 2013 und 53.500,00 Euro für 2014 nicht überstiegen bzw. übersteigen. Da die JAE-Grenzen selbst unter Hinzurechnung etwaiger Tantiemenzahlungen nicht überschritten wurden bzw. werden, kann dahinstehen, ob diese Zahlungen überhaupt dem regelmäßigen JAE hinzuzurechnen sind (vgl. zu den insoweit maßgeblichen Rechtsfragen Senat, Urteil vom 20.2.2013, [L 8 R 920/10](#), juris).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#). Im Rahmen seines Ermessens hat der Senat von einer Kostenquotelung trotz der teilweisen Aufhebung des Bescheides im Termin zur mündlichen Verhandlung aufgrund der Geringfügigkeit des diesbezüglichen Obsiegens des Klägers abgesehen.

Gründe für die Zulassung der Revision gem. [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor. Die Entscheidung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des BSG.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-06-09