

L 8 R 1054/14

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 45 R 883/12
Datum
06.11.2014
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 1054/14
Datum
24.06.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 06.11.2014 geändert und die Klage abgewiesen. Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt die Klägerin zu 1/3, die Beklagte zu 2/3. Die Beigeladenen tragen ihre Kosten selbst. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 25.000,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens letztlich noch, ob die von der Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin ausgeübte Tätigkeit als Fremdgeschäftsführerin in der Zeit vom 1.11.2009 bis zum 30.6.2011 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten-, Kranken- und sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung begründet hat.

Die Beigeladene zu 1) ist Diplom-Ökonomin und war einige Jahre bei Q als Unternehmensberaterin für Handelsunternehmen tätig. Das Hauptaugenmerk ihrer dortigen Tätigkeit lag auf den Bereichen Sanierung, Prozessoptimierung und Marketing.

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Vertriebs- und Beratungsgesellschaft, die elektronische Waren, vor allem digitale Videoleinwände, vertreibt und ihre Kunden zudem bezüglich dafür erforderlicher bzw. kundenseitig angefragter Softwarelösungen berät. In den Anfangsjahren vertrieb die Klägerin zu etwa 90% Produkte der H Electronic Group mit Sitz in Shanghai in der Volksrepublik China. Danach nahm der Anteil dieser Produkte ab. Bei dem Gründungsgesellschafter der Klägerin, Herrn X, handelt es sich um den Schwager der Beigeladenen zu 1). Herr X ist zudem "legal representative/business owner" der Niederlassung der H Electronics Group in Shanghai. Der weitere Gründungsgesellschafter, Herr T1, ist in der Niederlassung der H Electronics in Nanjing tätig.

Die Klägerin wurde mit notariellem Gesellschaftsvertrag vom 4.9.2007 (nachfolgend: GesV) mit Sitz in O gegründet (Amtsgericht [AG] Düsseldorf; HRB 000). Die Beigeladene zu 1) wurde gleichzeitig im Rahmen der ersten Gesellschafterversammlung als alleinvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreite Geschäftsführerin der Klägerin bestellt. Zugleich wurde die Beigeladene zu 1) bevollmächtigt, alle notwendigen Handlungen für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in Gründung abzuschließen. Im Innenverhältnis hatte sie diese Handlungen mit den Gesellschaftern abzustimmen. In dem GesV heißt es auszugsweise wörtlich wie folgt:

"[...] § 2 Gegenstand des Unternehmens

Gegenstand des Unternehmens sind der Handel mit und die Produktion von elektronischen Geräten und sonstigen Waren.

Die Gesellschaft ist zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die dem Gegenstand des Unternehmens dienen. Sie kann zu diesem Zweck andere Unternehmen gründen, erwerben und sich an ihnen beteiligen; sie kann auch Zweigniederlassungen gründen.

§ 3 Stammkapital

1. Das Stammkapital beträgt 25.000,00 EUR.

2. Als Gesellschafter übernehmen:

Herr X 12.500,00 EUR,

Herr T1 12.500,00 EUR.

Die Stammeinlagen sind voll in bar an die Gesellschaft zu zahlen. [...]

§ 5 Geschäftsführer und Vertreter

1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer.
2. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein.
3. [...]
4. Die Gesellschafterversammlung kann einen oder mehrere Geschäftsführer von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreien.

§ 6 Gesellschafterversammlung

1. Beschlüsse der Gesellschaft werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wenn das Gesetz nicht zwingend eine höhere Mehrheit vorschreibt.
2. Je 100,00 EUR Geschäftsanteil gewähren eine Stimme.
3. Schriftliche Abstimmung ist zulässig, wenn nicht ein Gesellschafter widerspricht.
4. Zu den Gesellschafterversammlungen sind die Gesellschafter zwei Wochen vorher per Fax oder E-Mail zu laden. [...]

Schlussbestimmungen

1. Die Änderung dieses Gesellschaftsvertrages bedarf der notariellen Beurkundung.
2. Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages nichtig sein oder sich als ungültig erweisen, bleibt der Vertrag im Übrigen gleichwohl gültig. Die unwirksame Bestimmung ist durch die Regelung zu ersetzen, durch die der mit ihr verfolgte wirtschaftliche und rechtliche Zweck bestmöglich erreicht wird. Die Gesellschafter sind verpflichtet, erforderlichenfalls eine entsprechende Satzungsänderung vorzunehmen."

Die Beigeladene zu 1) schloss mit der Klägerin zunächst im September 2007 einen Geschäftsführervertrag (nachfolgend: GF-V), auf dessen Inhalt Bezug genommen wird. Dieser wurde mit Wirkung zum 1.6.2009 zwischen der Klägerin, vertreten durch ihre Gesellschafter, und der Beigeladenen zu 1) geändert. Darin heißt es wörtlich auszugsweise wie folgt:

"[...] wird folgender Anstellungsvertrag geschlossen:

§ 1 Aufgabenbereich

1. Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Er führt die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe des Gesetzes, dem Gesellschaftsvertrag und dieses Anstellungsvertrages.
2. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit.
3. Der Geschäftsführer hat das Recht, jederzeit eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen.

§ 2 Dauer des Vertrages

1. Dieser Vertrag beginnt am 1. Juni 2009 und wird für die Dauer von 2 Jahren abgeschlossen. Wird er nicht 3 Monate vor seinem Ablauf von der Gesellschaft oder dem Geschäftsführer gekündigt, so verlängert er sich jeweils auf die Dauer von 1 Jahr. Die Kündigung hat in schriftlicher Form zu erfolgen.
2. Der Vertrag endet ohne Kündigung mit dem Eintritt des 65. Lebensjahres.
3. Das Recht der Kündigung aus wichtigem Grunde bleibt für die Gesellschaft und den Geschäftsführer unberührt. Als wichtige Gründe sind unter anderem anzusehen, wenn der Geschäftsführer länger als ein Jahr durch Krankheit oder andere unverschuldete Ursachen an der Ausübung seiner Tätigkeit verhindert ist, die Liquidation der Gesellschaft sowie schwere Verstöße des Geschäftsführers gegen die Weisungen der Gesellschafterversammlung.
4. Im Falle einer ordentlichen Kündigung ist die Gesellschaft berechtigt, den Geschäftsführer bei Weiterzahlung seiner Bezüge zu beurlauben.

§ 3 Dienort und Arbeitszeit

1. Der Geschäftsführer ist nicht an einen bestimmten Dienort gebunden.
2. An eine bestimmte Arbeitszeit ist der Geschäftsführer nicht gebunden. Er ist jedoch gehalten, jederzeit, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert, zu Dienstleistungen zur Verfügung zu stehen.

§ 4 Zustimmungspflichtige Geschäfte Der Geschäftsführer darf folgende Geschäfte nur nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung ausführen:

1. Veräußerung von wesentlichen Teilen des Unternehmens oder des Unternehmens im Ganzen;
2. Erwerb, Belastung oder Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten;

Folgende Geschäfte kann der Geschäftsführer selbstständig ausführen ohne Zustimmung der Gesellschaft:

1. Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges;
2. Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen;
3. Erteilung und Widerruf von Prokuren.

§ 5 Pflichten und Verantwortlichkeit

1. Der Geschäftsführer hat die Geschäfte der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen und die ihm durch Gesetz, Satzung und diesem Vertrag obliegenden Pflichten genau und gewissenhaft zu erfüllen.
2. Der Geschäftsführer hat innerhalb der Frist des [§ 264 Abs. 1 HGB](#) den Jahresabschluss für das abgelaufene Geschäftsjahr aufzustellen und jedem Gesellschafter unverzüglich nach Aufstellung zu übersenden.
3. Gleichzeitig mit Übersendung von Jahresabschluss und Geschäftsbericht hat der Geschäftsführer unter Beachtung der Beschlussfrist des [§ 42a Abs. 2 GmbHG](#) eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, in der über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Ergebnisverwendung Beschluss zu fassen ist. [...].
4. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, gegenüber Außenstehenden über alle Angelegenheiten der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren, soweit er sie nicht im Rahmen pflichtgemäßer Geschäftsführung offenbaren muss. Die Geheimhaltungspflicht endet nach Beendigung des Dienstverhältnisses.

§ 6 Haftung des Geschäftsführers

1. Die Gesellschaft ist verpflichtet, durch die Gesellschafterversammlung spätestens zum Zeitpunkt des Jahresabschlusses einen Beschluss über die Entlastung des Geschäftsführers für die vorangegangene Tätigkeit zu fassen.
2. Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft ist auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten beschränkt.
3. Der Geschäftsführer haftet gegenüber der Gesellschaft für alle Schäden nur bis zu einem Höchstbetrag in Höhe des Stammkapitals.
4. Der Geschäftsführer haftet gegenüber der Gesellschaft nicht, sofern und soweit er auf ausdrückliche Weisung der Gesellschafter tätig geworden ist.
5. Die Geltendmachung eines Haftungsanspruchs gegen den Geschäftsführer durch die Gesellschaft ist nur im Falle einer Insolvenz der Gesellschaft möglich.

§ 8 Vergütung

1. Der Geschäftsführer ist an dem unternehmerischen Risiko mitbeteiligt und erhält bis zum 31. Dezember 2009 keine Vergütung.
2. Ab dem 1. Januar 2010 erhält der Geschäftsführer folgende Vergütung für seine Tätigkeit:
 - ein festes Monatsgehalt, von Euro 2000,
 - eine Tantieme in Höhe von 33,3 % des Jahresüberschusses (ab 2010 40 % des Jahresüberschusses, ab 2011 50 % des Jahresüberschusses und ab 2012 60 % des Jahresüberschusses). Berechnungsgrundlage für die Tantieme ist der nach handelsrechtlichen Vorschriften ermittelten Jahresüberschuss der Gesellschaft von dem letzten Geschäftsjahr, der sich vor Abzug der Tantieme selbst ergibt. Die Tantieme wird mit Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung fällig.
3. Ab 2012 hat der Geschäftsführer Option zum Erwerb der Geschäftsanteile bis zu 40 % der Gesellschaftsanteile. Berechnungsgrundlage für die Erwerbspreise ist die nach handelsrechtlichen Vorschriften ermittelte Eigenkapitalhöhe der Gesellschaft von dem letzten Geschäftsjahr.

§ 9 Spesen und Auslagen

1. Reisekosten und sonstige Aufwendungen, die im Interesse der Gesellschaft notwendig waren, ersetzt die Gesellschaft im Rahmen der jeweils steuerlich zulässigen Höchstgrenze.
2. Für Dienstreisen im eigenen Pkw erhält der Geschäftsführer den jeweils steuerlich zulässigen Satz als Kilometergeld.

§ 10 Vergütung bei Krankheit und Tod

1. Wird der Geschäftsführer durch Krankheit vorübergehend gehindert, seine Tätigkeit als Geschäftsführer auszuüben, so wird ihm die vereinbarte Vergütung auf die Dauer von 6 Monaten weiter gezahlt.
2. Wird der Geschäftsführer durch andere unverschuldete Ursachen vorübergehend gehindert, seine Tätigkeit für die Gesellschaft auszuüben, so wird das Gehalt auf die Dauer von sechs Monaten weiter gezahlt, jedoch unter Anrechnung etwaiger aufgrund dieser Ursache von anderer Seite gezahlter Vergütungen.
3. Verstirbt der Geschäftsführer während der Dauer dieses Anstellungsvertrages, so wird seinem Ehepartner das Festgehalt für die auf den Sterbemonat folgenden drei Monate fortbezahlt. Ist der Ehepartner zu diesem Zeitpunkt bereits verstorben, so steht dieser Anspruch unterhaltsberechtigten Kindern des Geschäftsführers zu. [...]

§ 12 Vertragsänderungen

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Mündliche Vereinbarungen sind unwirksam."

In den Jahren 2007 und 2008 sowie in den Jahren 2011, 2013 und 2014 erzielte die Klägerin keine Gewinne. Mitte 2011 vereinbarten die Klägerin, vertreten durch ihre Gesellschafter, und die Beigeladene zu 1) sodann, dass die Beigeladene zu 1) auf ihr Grundgehalt verzichte und dafür ihre "Gewinnbeteiligung" auf 80% des Jahresüberschusses ab 2011 erhöht werde.

Die Klägerin zahlte folgende Festgehälter an die Beigeladene zu 1): von November 2009 bis November 2010 jeweils monatlich 3.275,50 EUR (2.000,00 EUR Festgehalt, 467,00 EUR Zuschuss zur privaten Krankenversicherung, 808,50 EUR Kindergartengebühr), in der Zeit von Dezember 2010 bis Juli 2011 monatlich 2.467,00 EUR (2.000,00 EUR Festgehalt, 467,00 EUR Zuschuss zur privaten Krankenversicherung). Ab August 2011 zahlte sie kein Festgehalt mehr.

Die Klägerin beantragte am 2.3.2011 die Prüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Beigeladenen zu 1) nach [§ 7a](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Sie habe zunächst im Frühjahr 2010 einen Antrag bei der Beigeladenen zu 2) - der AOK Rheinland/Hamburg - gestellt, die die Unterlagen mangels Zuständigkeit zurückgereicht habe. Am 13.7.2010 sei dann ein Antrag bei der Beigeladenen zu 5) - der Novitas BKK - gestellt worden, bei der die Unterlagen nicht mehr auffindbar seien. Den Antrag an die Beklagte begründete die Klägerin wie folgt: Die Beigeladene zu 1) habe als Fremdgeschäftsführerin aufgrund der besonderen Gestaltung innerhalb des Familienunternehmens maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Klägerin. Die Gesellschafter der Klägerin lebten in China und fungierten nur als Kapitalgeber. Beide Gesellschafter sprächen überwiegend Chinesisch und kaum Englisch. Chinesische Unternehmer hätten ferner mentalitätsbedingt ausschließlich Vertrauen zu ihren eigenen Landsleuten und Verwandten. Die Beigeladene zu 1) beherrsche fließend Chinesisch, Deutsch und Englisch in Wort und Schrift. Aufgrund ihrer Ausbildung sowie ihrer langjährigen praktischen Erfahrung verfüge sie über außerordentliche Branchen- und Marktkenntnisse, sowie über persönliche Kundenkontakte und Kenntnisse über Ablauf und Organisation. Sie unterliege keinerlei Weisungen der Gesellschafter und bestimme ihre Arbeitszeit und ihre Arbeitseinteilung frei, wobei sie von Arbeitszeiten von 60 bis 80 Wochenstunden ausgehe. In der Gründungsphase sei sie ausschließlich auf Tantiemenbasis verpflichtet gewesen. Seit dem Jahr 2009 erhalte sie ein Festgehalt. Zudem stünden ihr Tantiemen in Höhe von 40 % des Jahresüberschusses im Jahr 2009 und 50 % des Jahresabschlusses in 2010 zu.

Die Beklagte teilte daraufhin mit, dass sie die Feststellung beabsichtige, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Klägerin als Fremdgeschäftsführerin im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt werde. Es bestehe Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung ab dem 1.1.2009 (Anhörung vom 12.7.2011). Es bestehe ein gesonderter Arbeitsvertrag, der die Mitarbeit in der Gesellschaft regle. Es werde für die Tätigkeit ein festes Jahresgehalt gezahlt. Es bestehe Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung. Es würden keine Anteile am Stammkapital gehalten. Für eine selbständige Tätigkeit spreche lediglich, dass die Geschäftsführerin alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit sei sowie erfolgsabhängige Tantiemenzahlungen erhalte.

Die Klägerin und die Beigeladene zu 1) teilten daraufhin mit, dass die Gesellschafter lediglich die Gründungskosten der Klägerin tragen

sollten, da die Beigeladene zu 1) kein Eigenkapital habe einsetzen können. Im Gegenzug sei sie in den Jahren 2007 und 2008 ausschließlich nach dem Geschäftsergebnis bezahlt worden. Das finanzielle Engagement der Gesellschafter sei maßgeblich durch das verwandtschaftliche Verhältnis zu begründen. Sie unterliege keinen Weisungen und übe Arbeitgeberfunktion aus. Seit 2009 sei sie vertraglich von den ursprünglich in § 1 Abs. 3 und § 3 Abs. 1 des GF-V getroffenen Vereinbarungen (Verpflichtung, die Anweisungen der Gesellschafterversammlung auszuführen; Verpflichtung, die Leistung am Sitz der Gesellschaft zu erbringen) befreit worden. Zudem sei der anfängliche Anspruch von 30 Tagen Urlaub gestrichen worden. Über die Zahl der Urlaubstage sowie die Art und Dauer entscheide sie abhängig von den Belangen der Klägerin alleine. Die Höhe der laufenden monatlichen Entnahmen sowie die Höhe der Gewinnentnahmen könne sie selbst bestimmen. Seit 2009 erhalte sie 2.000,00 EUR brutto monatlich. Das Haupteinkommen entnehme sie in Form der Gewinnausschüttung.

Mit Bescheid vom 29.8.2011 stellte die Beklagte fest, dass die Beigeladene zu 1) ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin bei der Klägerin seit dem 1.1.2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Versicherungspflicht beginne am 1.1.2009. Zur Begründung wiederholte sie im Wesentlichen ihre Ausführungen aus dem Anhörungsschreiben.

Die Klägerin legte gegen den Bescheid am 23.9.2011 Widerspruch ein. Die Gesellschafterbeschlüsse seien bereits aufgrund der Entfernung zwischen den Gesellschaftern und dem Unternehmen, der Unkenntnis des europäischen Marktes und der Sprachbarriere maßgeblich durch den Einfluss der Beigeladenen zu 1) geprägt. In der Zeit bis zum 31.10.2009 habe die Beigeladene zu 1) keine Einkünfte erzielt. Seit dem 1.1.2011 würden ebenfalls keine monatlichen Bezüge gezahlt. In der Zeit vom 1.11.2009 bis zum 31.12.2010 sei lediglich zeitweise ein geringes monatliches Bruttogehalt in Höhe von 2.000,00 EUR als Vorauszahlung entnommen worden. Sie bestreite ihre Haupteinkünfte durch Tantiemenzahlungen, die außer Verhältnis zum Festgehalt stünden.

Die Beklagte half dem Widerspruch teilweise durch Bescheid vom 21.12.2011 ab und hob ihren Bescheid vom 29.8.2011 für die Zeit vom 1.1.2009 bis zum 31.10.2009 auf. Sodann wies sie den Widerspruch im Übrigen durch Widerspruchsbescheid vom 27.3.2012 als unbegründet zurück. Es verbleibe bei der Feststellung, dass die Beigeladene zu 1) die Tätigkeit als Geschäftsführerin für die Klägerin seit dem 1.11.2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe und Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Auch die Zahlung einer über das Bruttogehalt hinausgehenden Tantieme sei als Arbeitsentgelt im Sinne von [§ 14 SGB IV](#) zu sehen und in der versicherungsrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen. Die Beigeladene zu 1) sei nicht am Stammkapital der Klägerin beteiligt. Sie könne daher mangels Vetorechts bzw. Sperrminorität keine Entscheidungen verhindern. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden. Die Arbeitsleistung verbleibe fremdbestimmt, da sich ein Geschäftsführer in eine von den Gesellschaftern vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedern müsse. Das Merkmal der Fachkompetenz im Geschäftsfeld der Klägerin führe gleichfalls nicht zu einer anderen Beurteilung, da spezielle Fachkenntnisse vielfach gerade Voraussetzung für die Übertragung einer Geschäftsführerposition seien. Bezüglich der Abbedingung einzelner Klauseln des Anstellungsvertrages fehle es an entsprechenden Nachweisen.

Dagegen hat die Klägerin am 23.4.2012 Klage vor dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf erhoben. Sie hat ihren Vortrag aus dem Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend hat sie vorgetragen, dass es keinen die Beigeladene zu 1) anweisenden Gesellschafterbeschluss gebe. Für die Zeit ab 2009 hätten die Beteiligten einzelne Klauseln des Anstellungsvertrages aufgehoben. Die Existenz der Klägerin "stehe und falle" mit der Beigeladenen zu 1).

Nach einem Termin zur Erörterung des Sachverhaltes mit den Beteiligten am 7.1.2014, auf dessen Sitzungsniederschrift verwiesen wird, hat der Vertreter der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung am 6.11.2014 vor dem SG folgende Erklärung abgegeben:

"Der Beklagtenvertreter erklärt zu Protokoll, dass er folgende Abänderung des Bescheides vom 29.8.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.3.2012 vornehmen will:

Ich ändere den Verfügungssatz dahingehend, dass festgestellt wird, dass die Prüfung des versicherungsrechtlichen Status von Frau D ergeben hat, dass deren Tätigkeit als Geschäftsführer bei der D GmbH seit dem 1.11.2009 als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wird."

Die Klägerin hat daraufhin beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 29.8.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.3.2012 in der Gestalt der heute zu Protokoll abgegebenen Änderung der Bescheide aufzuheben und festzustellen, dass die Tätigkeit der Beigeladenen für die Klägerin in der Zeit ab dem 1.11.2009 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat an ihren Bescheiden festgehalten.

Die mit Beschluss des SG vom 14.6.2012 zum Verfahren beigeladene Beigeladene zu 1) hat keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte hat im Jahr 2013 bei der Klägerin für den Zeitraum Mai 2009 bis Dezember 2012 eine Betriebsprüfung durchgeführt, die mit Bescheid vom 16.5.2013 beendet worden ist. Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Beigeladenen zu 1) wurde dort ausdrücklich von der Prüfung ausgenommen.

Durch Urteil vom 6.11.2014 hat das SG sodann die Bescheide aufgehoben und festgestellt dass die Beigeladene zu 1) in ihrer Tätigkeit für die Klägerin nicht der Versicherungspflicht unterliege. Auf die Entscheidungsgründe wird verwiesen.

Gegen das der Beklagten am 19.11.2014 zugestellte Urteil hat diese am 9.12.2014 Berufung eingelegt. Sie wiederholt und vertieft ihren bisherigen Vortrag. Ergänzend verweist sie darauf, dass die Entscheidung nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (BSG) stehe. In seinen jüngeren Entscheidungen vom 29.8.2012 habe das BSG ausdrücklich auf die Rechtsmacht und weniger auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt.

Die Beklagte hat ferner mit Bescheid vom 16.3.2015 die streitgegenständlichen Bescheide nochmals dahingehend abgeändert, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) seit dem 13.11.2014 als Geschäftsführerin bei der Klägerin nicht mehr im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Es bestehe daher keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung, nachdem die Beigeladene zu 1) mit notariellem Übertragungsvertrag vom 13.11.2014 die Geschäftsanteile der Klägerin übernommen habe und seitdem die Alleingesellschafterin der Klägerin sei. Mit weiterem Bescheid vom 19.3.2015 hat die Beklagte die streitgegenständlichen Bescheide nochmals dahingehend abgeändert, dass für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1.1.2009 bis zum 12.11.2014 als Geschäftsführerin bei der Klägerin Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden habe. Nachdem die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat die streitigen Bescheide erneut nunmehr dahingehend abgeändert hat, dass für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin in der Zeit vom 1.11.2009 bis zum 30.6.2011 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat, beantragt sie nunmehr,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 6.11.2014 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Die Beigeladene zu 1) habe in der Zeit von November 2009 bis November 2014 keine Tantiemehzahlungen erhalten. Obwohl im Jahr 2012 ein leicht positives Ergebnis erwirtschaftet worden sei, hätten sowohl die Beigeladene zu 1) als auch die Gesellschafter der Klägerin wegen des Vorjahresverlustes und des schlechten Folgejahrausblicks auf Tantiemen und Gewinnausschüttung verzichtet.

Die Beigeladene zu 1) stellt keinen Antrag.

Auf Anforderung des Senats hat die Klägerin die Lohnkonten der Beigeladenen zu 1) für die Jahre 2009 bis 2011, Betriebsprüfungsbescheide und Einkommenssteuerbescheide der Beigeladenen zu 1) für die Jahre 2009 bis 2012 vorgelegt.

Die Beigeladenen zu 2) bis 6) sind durch Beschlüsse vom 4.5.2015 und 8.6.2015 beteiligt worden.

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

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 6) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit den ordnungsgemäßen Terminsachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Der Senat ist zudem befugt, das erstinstanzliche Urteil im Hinblick auf das dortige offensichtlich unrichtige Rubrum zu berichtigen, nachdem die erstinstanzlich Beteiligten ihre Originalabschriften vorgelegt haben. Die Beseitigung offener Unrichtigkeiten eines angefochtenen Urteils kann auch durch das Rechtsmittelgericht erfolgen, solange der Rechtsstreit vor ihm schwebt und es mit der Sache befasst ist, [§§ 153, 138 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#), BSG, Urteil v. 14.2.1978, [7/12 RAR 73/76](#), [BSGE 46, 34](#); BSG, Beschluss v. 6.3.2012, [B 1 KR 43/11 B](#), juris). Das ist hier der Fall.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Düsseldorf vom 6.11.2014 hat Erfolg. Sie ist zunächst zulässig und insbesondere gemäß den [§§ 143, 153 SGG](#) statthaft sowie form- und fristgerecht erhoben worden, [§§ 151 Abs. 1, 64 Abs. 2](#), 3 SGG.

Die Berufung ist zudem nach Annahme des Teilanerkenntnisses der Beklagten durch die Klägerin vollumfänglich begründet. Die streitgegenständlichen Bescheide der Beklagten vom 29.8.2011 in der Gestalt des Änderungsbescheides vom 21.12.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.3.2012 in der Gestalt der Änderungsbescheide vom 6.11.2014, 16.3.2015 und 19.3.2015 in der Fassung, die diese Bescheide durch das Teilanerkenntnis im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 24.6.2015 erhalten haben, sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten, [§ 54 Abs. 1 Satz 2 SGG](#). Die Beklagte hat vielmehr zu Recht nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) in diesen Bescheiden festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1.11.2009 bis zum 30.6.2011 hinsichtlich ihrer Tätigkeit für die Klägerin der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Die Versicherungspflicht ergibt sich in der Rentenversicherung aus [§ 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#), in der Kranken- und Pflegeversicherung aus [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \(SGB V\)](#) bzw. [§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) in Verbindung mit [Satz 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \(SGB XI\)](#) und nach dem Recht der Arbeitsförderung aus [§ 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#), da die Beigeladene zu 1) bei der Klägerin im streitigen Zeitraum gegen Arbeitsentgelt abhängig beschäftigt gewesen ist.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). 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 selbständige 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](#), juris; 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](#), USK 2009-25; 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, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#); Senat, Urteil v. 23.4.2014, [L 8 R 376/12](#), jeweils juris).

Die vorgenannten Grundsätze sind auch bei Organen juristischer Personen anzuwenden (statt vieler: BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)). Der Geschäftsführer einer GmbH ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er in der Regel im Alltagsgeschäft keinen Einzelweisungen Dritter bezüglich Zeit, Art, Dauer und Ort der Beschäftigung unterliegt, noch weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Es fällt gleichfalls nicht ins Gewicht, dass er gemäß [§ 5 Abs. 1 Satz 3](#) Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) nicht als Arbeitnehmer gilt. Denn der Gesetzgeber hat gerade nur in besonderen Ausnahmefällen derartige Personen vom Kreis der Beschäftigten bzw. der Versicherungspflichtigen ausgenommen, so nämlich z.B. Vorstände von Aktiengesellschaften nach [§ 1 Satz 4 SGB VI](#), [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#) (zu stellvertretenden Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und Vorstandsmitglieder großer Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit: [§ 94 AktG](#) und [§ 34](#) des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen: BSG, Urteil v. 27.3.1980, [12 RAr 1/79](#), [BB 1980, 1473](#)). Dieser Vorschriften bedürfte es nicht, wenn leitende Angestellte oder Organe juristischer Personen bereits aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen per se nicht als Beschäftigte anzusehen wären (BSG, Urteil v. 8.12.1987, 7 RAr 25/86, USK 87170, 826; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [a.a.O.](#)).

Maßgebend ist stattdessen 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.; Senat, Urteil v. 2.4.2014, [L 8 R 530/13](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#), jeweils juris). Insoweit ist von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH ausüben kann, kraft dessen er Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil v. 8.8.1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). 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 Weisungen 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; Senat, Urteil v. 4.3.2015, [L 8 R 931/13](#), juris).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats und unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Beigeladene zu 1) im streitigen Zeitraum bei der Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig gewesen ist, da die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände in der Gesamtabwägung überwiegen.

Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Geschäftsführertätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Klägerin im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbstständigen Tätigkeit ausgeführt wurde, ist der GF-V in der im streitigen Zeitraum relevanten Fassung, nämlich in der Fassung vom 26.6.2009.

Diese Vertragsversion hat nach ihrem Inhalt maßgeblich arbeitsvertragstypische Elemente zum Gegenstand und ist Ausdruck der der Klägerin bzw. der Gesellschafterversammlung der Klägerin allein obliegenden abstrakten Rechtsmacht.

Zwar sprechen die Befreiung von [§ 181 BGB](#) (§ 1 Abs. 2 GF-V), die mangelnde Bindung an Arbeitsort und -zeit (§ 3 Abs. 1, 2 GF-V), die Tantiemeregelung (§ 8 Abs. 2 GF-V), die weitgehende Zustimmungsfreiheit von Geschäften (§ 4 Satz 1 GF-V) und die Option zum Erwerb von Geschäftsanteilen (§ 8 Abs. 3 GF-V) indiziell für eine gewollte Selbständigkeit der Beigeladenen zu 1).

Allerdings werden diese Elemente durch die weiteren Regelungen des Vertrags relativiert. So gehen die Vertragsparteien selbst nach dem

Vertragswortlaut von einem "Anstellungsvertrag" aus. Für eine abhängige Beschäftigung und damit für eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin und eine Weisungsabhängigkeit der Beigeladenen zu 1) spricht zudem, dass die Beigeladene zu 1) die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen, ihre durch Gesetz, Satzung und den Vertrag obliegenden Pflichten genau und gewissenhaft zu erfüllen hat (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 5 Abs. 1 GF-V), sie zur Erstellung eines Jahresabschlusses verpflichtet ist (§ 5 Abs. 2 GF-V) und sie weiterhin für Geschäfte teilweise der Einwilligung der Gesellschafterversammlung bedarf (§ 4 Satz 1 GF-V) - für Grundlagengeschäfte gilt dies ohnehin -. Sie ist zudem gehalten, der Gesellschaft nicht nur während festgelegter Arbeitszeiten sondern jederzeit bei Bedarf zur Verfügung zu stehen (§ 3 Abs. 2 GF-V). Ihr Haftungsrisiko wurde auf die Höhe des Stammkapitals beschränkt (§ 7 Abs. 3 GF-V). Sie erhielt ab dem 1.1.2010 ein erfolgsunabhängiges Festgehalt (§ 8 GF-V), den Ersatz von Reisespesen (§ 9 Abs. 1 GF-V) und Kilometergeld (§ 9 Abs. 2 GF-V). Ferner wurden eine Regelung bei Arbeitsunfähigkeit (§ 10 GF-V) und ein Kündigungsrecht bei schweren Verstößen des Geschäftsführers gegen die Weisungen der Gesellschafterversammlung (§ 2 Abs. 3 GF-V) vereinbart.

Soweit der GF-V keine Regelungen zu einer bestimmten Arbeitszeit, -dauer und einem bestimmten Arbeitsort 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](#), a.a.O.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris). Davon abgesehen relativiert sich die Tatsache, dass sie nicht an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden ist, dadurch, dass sie gehalten ist jederzeit, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert, zu Dienstleistungen zur Verfügung zu stehen (§ 3 Abs. 2 GF-V).

Auf der beschriebenen vertraglichen Grundlage ist die Beigeladene zu 1) auch in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Klägerin, tatsächlich tätig geworden. Während dieser Tätigkeit war sie vollständig in diesen Betrieb und folglich in eine ihr einseitig vorgegebene Organisation eingegliedert (vgl. BSG, Urteil v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#) m.w.N.). Sie ist ausschließlich ausgehend von den Betriebsräumen und mit den dortigen Betriebsmitteln weisungsgebunden tätig geworden.

Hierbei unterlag die Beigeladene zu 1) auch einem Weisungsrecht der Klägerin bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, da allein Letzterer die insoweit maßgebliche abstrakte Rechtsmacht zustand.

Gemäß § 47 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) erfolgen die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen, zu denen die Entlastung, Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Überprüfung der Geschäftsführung gehören ([§ 46 Nr. 5 und 6 GmbHG](#)), durch Beschlussfassung, vorliegend mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

Die Beigeladene zu 1) hatte demgegenüber keine Möglichkeit, ihr nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung der Klägerin zu verhindern. Ihr fehlte in rechtlicher Hinsicht der notwendige maßgebliche Einfluss auf die Klägerin. Ein solcher maßgeblicher Einfluss liegt regelmäßig dann vor, wenn der Geschäftsführer einen Anteil von mindestens 50 v. H. des Stammkapitals innehat und damit Einzelweisungen an sich als Geschäftsführer im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann (vgl. BSG, Urteil v. 8.8.1990, [11 RAr 77/89](#), m.w.N., jeweils juris). Die Beigeladene zu 1) hatte jedoch im fraglichen Zeitraum keine Gesellschafterstellung inne.

Dabei zeigt sich entgegen der Auffassung der Klägerin zudem gerade in der Fassung des GF-V, dass die Klägerin gegenüber der Beigeladenen zu 1) auch in tatsächlicher Hinsicht nicht auf ihr Weisungsrecht verzichten wollte. So vereinbarten die Vertragsparteien in § 2 Abs. 3 des GF-V ein Kündigungsrecht der Klägerin aus wichtigem Grund, das u.a. bei schweren Verstößen der Beigeladenen zu 1) gegen die Weisungen der Gesellschafterversammlung bestehen sollte. Demgegenüber entließ die Klägerin die Beigeladene zu 1) folgerichtig aus ihrer Haftung nach § 6 Abs. 4 GF-V, sofern und soweit sie "auf ausdrückliche Weisung der Gesellschafter tätig" wurde. Auch im Übrigen zeigt sich in der Vertragsgestaltung, dass sich die Klägerin zunächst nicht zwingend langfristig an die Beigeladene zu 1) binden und demzufolge deren Einfluss beschränken wollte. So wurde u.a. der Klägerin in § 2 Abs. 1 Satz 2 GF-V ein ordentliches Kündigungsrecht nach einer Vertragslaufzeit von zwei Jahren eingeräumt. Dem steht auch die ab 2012 eingeräumte Option zum Erwerb von Gesellschaftsanteilen nach § 8 Abs. 3 GF-V nicht entgegen, denn diese sah zunächst nur den auf maximal 40% begrenzten Erwerb von Anteilen vor. Zudem konnte die Beigeladene zu 1) die Option auch nur dann nutzen, wenn der GF-V nicht vorher nach § 2 Abs. 1 Satz 2 GF-V durch die Klägerin zum 31.5.2011 ordentlich gekündigt wurde.

Schließlich sind auch keine besonderen einzelfallbezogenen Umstände gegeben, die abweichend vom Regelfall die Bindung der Beigeladenen zu 1) an das willensbildende Organ der Klägerin ausschließen würde. Bei Geschäftsführern, die - wie die Beigeladene zu 1) - weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügen, ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG, Urteil v. 4.7.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#); Senat, Urteil v. 4.3.2015, [a.a.O.](#), juris).

Solche besonderen Umstände sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommen worden, wenn die übrigen Gesellschafter tatsächlich ihre Gesellschafterrechte nicht wahrgenommen und in keiner Weise in die Betriebsführung eingegriffen haben und der Geschäftsführer wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken geführt hat, d.h. schalten und walten konnte, wie er wollte. Ein derart beherrschender Einfluss ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Geschäftsführern in Familiengesellschaften erwogen worden, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden war, die Geschäftsführertätigkeit durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt und es an der Ausübung der Gesellschafterrechte durch die Gesellschafter mangelte (BSG, Urteil v. 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#); BSG, Urteil v. 29.10.1986, [7 RAr 43/85](#); zurückhaltend hingegen BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-182).

Unter diesem Gesichtspunkt liegt im vorliegenden Verfahren eine faktische Weisungsfreiheit der Beigeladenen zu 1) schon deshalb fern, da eine familiäre Verbundenheit lediglich zu einem der beiden Gesellschafter, nämlich zu ihrem Schwager Herrn X besteht. Auch unter Berücksichtigung des klägerischen Vortrags, dass in der Volksrepublik China die Familie einen höheren Stellenwert als in Europa habe, zeigt sich gerade in der bereits erläuterten Vertragsgestaltung, die der Beigeladenen zu 1) gerade keine Gesellschafterrechte einräumte und auf Weisungsrechte nicht verzichtete, dass die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) unter diesem Aspekt keine erweiterten Handlungsspielräume einräumen wollten.

Soweit die Klägerin vorträgt, es habe eine faktische Weisungsfreiheit aufgrund der besonderen individuellen fachlichen Qualifikation der Beigeladenen zu 1) bestanden, überzeugt dies den Senat gleichfalls nicht. Die Beigeladene zu 1) kann innerhalb des Betriebs der Klägerin nicht nach "eigenem Gutdünken" frei schalten und walten. Sie verfügt zudem nicht als einzige im Unternehmen über fundiertes Fachwissen und die notwendige Branchenkenntnis, während es den kapitalgebenden Gesellschaftern insoweit an fachlicher Kompetenz fehlt. Diese fungieren auch nicht lediglich als Kapitalgeber ohne weiteres Interesse an der Klägerin.

Zunächst bleibt bei dem Vortrag der Klägerin unberücksichtigt, dass die Gesellschafter für den Hersteller der Elektronikgeräte tätig sind, deren Vertrieb zu Anfang des Geschäftsbetriebs der Klägerin 90% der von ihr vertriebenen Produkte ausmachte und die von ihr auch weiterhin angeboten werden. Dass die Gesellschafter ggf. nicht über Kenntnisse des europäischen und insbesondere des deutschen Elektronikmarktes verfügen, sieht der Senat hingegen als typisch für Expansionsbemühungen ausländischer Unternehmen in fremde Marktgeschehen an.

Ferner haben sich die Gesellschafter offenkundig auch im Rahmen der Klägerin engagiert. Sämtliche vorgelegten Verträge - obgleich die Beigeladene zu 1) von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit ist - wurden von beiden Gesellschaftern unterzeichnet. Dies gilt sowohl hinsichtlich der geänderten Fassung des Geschäftsführervertrages als auch hinsichtlich der vorgelegten weiteren, zweisprachig verfassten Änderung des § 8 Abs. 1, 2 GF-V hinsichtlich der Gehalts- und Tantiemenzahlungen. Auch die eingereichten Gewinn- und Verlustrechnungen sind (teilweise) zweisprachig aufgesetzt und von den Gesellschaftern unterzeichnet.

Doch selbst wenn der Vortrag der Klägerin hypothetisch zugrunde gelegt wird, ergibt sich hieraus keine besondere Konstellation, die zu einer sozialversicherungsrechtlich abweichenden Beurteilung führen könnte. Die damit skizzierte Gesellschaftsstruktur der Klägerin ist keine besondere. Es ist - im Gegenteil - bei einer GmbH als juristische Person des Privatrechts in Form einer Kapitalgesellschaft geradezu typisch, dass deren Gesellschafter zwar Gesellschaftsanteile bereitstellen, die Führung der Gesellschaft jedoch solchen Personen überlassen, die - etwa als Geschäftsführer - die notwendige Branchenkenntnis in das Unternehmen einbringen (Senat, Urteil v. 27.8.2014, [L 8 R 728/13](#), juris).

Deshalb kann auch letztlich offen bleiben, ob die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) und damit die Gesellschafterversammlung ihr Weisungsrecht gegenüber der Beigeladenen zu 1) tatsächlich ausgeübt haben und sie beispielsweise im Alltagsgeschäft völlig freie Hand hatte (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3.2400 § 7 Nr. 20). Denn selbst wenn dem so wäre, geht dieser Einwand fehl (Senat, Urteil v. 12.2.2014, [L 8 R 1108/12](#)). 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 v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), jeweils juris).

Die Klägerin hatte es demnach weiterhin allein in der Hand, etwa im Fall eines Zerwürfnisses die Beigeladene zu 1) zu entlassen und an ihre Stelle einen anderen Geschäftsführer mit entsprechendem Fachwissen einzustellen, ohne dass diese die Rechtsmacht besaß, dem mit Erfolgsaussicht entgegenzutreten. Anhaltspunkte dafür, dass allein die Beigeladene zu 1) über ein derart hohes Fachwissen verfügte, dass nur sie in der Lage war, die konkrete Tätigkeit zu verrichten, sind nicht ersichtlich (vgl. dazu BSG, Urteil v. 30.4.2013, [a.a.O.](#)). Auch wenn der Senat den klägerischen Vortrag hypothetisch als wahr unterstellt, dass chinesische Gesellschafter mentalitätsbedingt lediglich eigenen Staatsangehörigen ihr Vertrauen schenken könnten, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen, denn dadurch würde allenfalls der Personenkreis potentieller Nachfolger eingeschränkt.

Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass ein Nachfolger ggf. nicht bereit wäre, zu den gleichen Konditionen wie die Beigeladene zu 1) tätig zu werden. Dabei handelt es sich lediglich um wirtschaftliche Überlegungen, die am grundsätzlichen Bestehen einer entsprechenden rechtlichen Möglichkeit nichts ändern (BSG, Urteil v. 30.4.2013, [a.a.O.](#); Senat, Urteil v. 12.2.2014, [L 8 R 1108/12](#)).

Wesentliche Merkmale, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen und letztlich im Rahmen der Gesamtabwägung dermaßen überwiegen, dass nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist, sind für den Senat nicht festzustellen.

Zunächst verfügt die Beigeladene zu 1) nicht über eine eigene, unabhängig von dem Betrieb der Klägerin bestehende Betriebsstätte.

Soweit die Beigeladene zu 1) von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit ist, ist das für einen abhängig beschäftigten Fremdgeschäftsführer 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 v. 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.; Senat, Urteil v. 18.6.2014, [L 8 R 5/13](#), juris). Entsprechendes gilt für die ihr erteilte Einzelvertretungsbefugnis.

Die Beigeladene zu 1) trug im streitigen Zeitraum zumindest kein letztlich in der Gesamtabwägung ausschlaggebendes Unternehmerrisiko. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt werden, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Erforderlich ist ein Risiko, das über das Risiko hinausgeht, für den Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen (Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 2. Auflage, § 7 Rdnr. 117). 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 (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [a.a.O.](#), BSG, Urteil v. 28.9.2011, a.a.O.; Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), juris).

Die Beigeladene zu 1) hat zunächst kein Kapital eingesetzt, um Betriebsmittel für die Klägerin anzuschaffen und auch im Übrigen kein eigenes Kapital der Klägerin zur Verfügung gestellt. Die Klägerin hat diesbezüglich zwar eine Übersicht über angeschaffte Betriebsmittel vorgelegt. Dabei handelt es sich jedoch um Anschaffungen durch die Klägerin selbst und nicht um solche, die die Beigeladene zu 1) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung für die Klägerin getätigt hat.

Im noch streitigen Zeitraum vom 1.11.2009 bis zum 30.6.2011 erhielt die Beigeladene zu 1) zudem ein monatliches erfolgsunabhängiges Festgehalt. In dieser Zeit setzte sie ihre Arbeitskraft somit grundsätzlich nicht mit der Gefahr des Verlustes ein.

Ob die Beigeladene zu 1) ihre Arbeitskraft insofern mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt hat, als sie nach nun vorgetragener Ansicht der

Klägerin zu einem zu geringen (aber dennoch vereinbarten) monatlichen Festgehalt von 2.000,00 EUR tätig wurde, kann letztlich offen bleiben. Denn jedenfalls sieht der Senat ein solches Unternehmensrisiko im Rahmen der Gesamtabwägung nicht als ausschlaggebend für eine daraus resultierende Annahme einer Selbständigkeit an. Dies würde nämlich nicht berücksichtigen, dass zu dem Festgehalt noch weitere monatliche Bestandteile, wie (zeitweilig) die Übernahme der Kindergartengebühren und ein Zuschusses zur privaten Krankenversicherung hinzukamen. Ferner ist davon auszugehen, dass sich ein Gehaltsansatz grundsätzlich an Unternehmensgröße, Unternehmens- und Marktentwicklung sowie Verhandlungsgeschick der jeweiligen Vertragsparteien orientiert. Bei der Klägerin ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich um eine Neugründung handelt, deren wirtschaftliche Entwicklung offensichtlich stagnierte und über Jahre die Gewinnzone objektiv nicht erreichte. Die Anknüpfung des Geschäftsführergehaltes an die wirtschaftliche Situation des Unternehmens ist dem GmbH-Recht nicht fremd. So ist im Falle der Krise der GmbH die - zum Teil auf eine entsprechende Anwendung des § 87 Abs. 2 Aktiengesetz (AktG), zum Teil auf die Treuepflicht gestützte - Verpflichtung des Geschäftsführers anerkannt, seine festen Bezüge (zeitweilig) zu reduzieren. Unterlässt er dies, kann sich daraus ein Schadenersatzanspruch der GmbH ergeben (Oberlandesgericht [OLG] Köln, Beschluss v. 6.11.2007, [18 U 131/07](#), [NZG 2008, 637](#); Schmidt in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, 4. Auflage, B.3 Rdnr. 2.200; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, Anhang zu § 6 Rdnr. 34a). Der weitergehende Hinweis auf das monatliche Gehalt der Beigeladenen zu 1) im Rahmen ihrer Tätigkeit bei einer großen Unternehmensberatungsgesellschaft führt ebenfalls nicht weiter, da er ungleiche Sachverhalte miteinander vergleicht.

Im noch streitgegenständlichen Zeitraum ist es auch nicht zu einem Gehaltsverzicht der Beigeladenen zu 1) gekommen. Zur Überzeugung des Senats wirken die entsprechenden Regelungen bis Oktober 2009 und ab Dezember 2011 auch nicht ausschlaggebend in den streitgegenständlichen Zeitraum hinein. Zunächst hat der jeweilige Gehaltsverzicht ab dessen Beginn bereits seine Berücksichtigung in der durch die Beklagte anerkannten Versicherungsfreiheit in der Sozialversicherung gefunden, da das Gesetz die Versicherungspflicht nur hinsichtlich einer abhängigen Beschäftigung gegen Entgelt vorsieht. Vor diesem Hintergrund geht der Einwand der Klägerin fehl, dass ein einheitlicher Sachverhalt unberechtigt zersplittert würde, denn der sachliche Grund für diese Bewertung liegt in der mehrfach veränderten Vertragsgestaltung der Beteiligten, die der Senat lediglich in rechtlicher Hinsicht zu bewerten hatte und an die das Gesetz jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft.

Der Senat konnte sich auch nicht von einem erheblichen Unternehmensrisiko im Hinblick auf die im streitigen Zeitraum vereinbarten erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteile überzeugen. § 8 Abs. 2 GF-V sah eine gestaffelten Tantiemeregelung vor, wonach im Jahr 2009 diese 33,3% des Jahresüberschusses, in 2010 40% des Jahresüberschusses und ab 2011 zunächst 50% des Jahresüberschusses betragen sollte. Mitte 2011 setzten die Vertragsparteien diese unter gleichzeitiger Vereinbarung eines Gehaltsverzichts auf 80% des Jahresüberschusses hoch. Letztgenannte Regelung betrifft jedoch nicht den streitigen Zeitraum. Tatsächliche Auszahlungen aufgrund der Tantiemvereinbarung hat es (grundsätzlich mangels Gewinn der Klägerin) nicht gegeben.

Tantiemzahlungen kommen grundsätzlich 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](#), mwN, juris, Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#) juris). 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.

Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung der Klägerin, die auch den Vertragsparteien offenkundig gewesen sein musste, und der Tatsache, dass sich aufgrund dieser die Regelung zu keiner Zeit in einer Auszahlung realisiert hat, erscheint es dem Senat als unrealistisch, in diesem Punkt ein für die Gesamtabwägung ausschlagendes Eigeninteresse der Beigeladenen zu 1) am Unternehmen festzumachen. Zwar erscheinen die vereinbarten Prozentsätze am Jahresüberschuss zunächst hoch, setzen einen solchen allerdings auch voraus. Hinzu kommt, dass selbst bei Erwirtschaftung eines solchen dieser schon erheblich gewesen sein müsste, um die dann auszuzahlenden Tantiemen im Verhältnis zum damals gewährten Jahresgehalt als ausschlaggebend betrachten zu können. Vor diesem Hintergrund ist die notwendige Erweiterung unternehmerischer Chancen durch diese Tantiemenregelung im streitigen Zeitraum nicht in wesentlichem Umfang erkennbar.

Eine Anmeldung zur Sozialversicherung ist zwar nicht erfolgt. Der Wille der Beteiligten, dass die Beigeladene zu 1) selbständig tätig sein solle, ist grundsätzlich allerdings nicht geeignet, Selbständigkeit zu begründen. Entscheidend sind allein die maßgeblichen Grundlagen. Nur wenn der Abwägungsprozess kein Überwiegen von Gesichtspunkten für einen Status ergibt, gibt der Wille der Beteiligten den Ausschlag. Ansonsten unterliegt der sozialversicherungsrechtliche Status keiner uneingeschränkten Dispositionsfreiheit der Beteiligten (BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Sozialversicherungsrecht ist öffentliches Recht und steht auch nicht mittelbar dadurch zur Disposition der am Geschäftsleben Beteiligten, dass diese durch die Bezeichnung ihrer vertraglichen Beziehungen über den Eintritt oder Nichteintritt sozialrechtlicher Rechtsfolgen verfügen können (Segebrecht a.a.O. § 7 Rdnr. 116). Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung und ihre Natur als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts schließen es grundsätzlich aus, über die rechtliche Einordnung allein nach dem Willen der Vertragsparteien, ihren Vereinbarungen oder ihren Vorstellungen hierüber zu entscheiden (BSG, Urteil v. 3.4.2014, [B 5 RE 9/14 R](#), [WuB 2015, 90](#)).

Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sowie Tatbestände, die zu einer weiteren Versicherungsfreiheit führen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Die Beklagte hat zuletzt zu Recht ab dem 1.11.2009 bis zum 30.6.2011 die Beitragspflicht in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung sowie in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt. Die Voraussetzungen für einen späteren Beginn gemäß [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) liegen bereits mangels Zustimmung sowie der nicht fristgerechten Antragstellung nicht vor.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. mit [§§ 154 Abs. 3](#), [155 Abs. 1 Satz 1](#), [162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Gründe, gemäß § 160 Abs. 2 SGB die Revision zuzulassen, sind nicht gegeben.

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus [§ 197a SGG](#) i. V. m. [§ 52 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-11-16