

## L 1 KR 44/13

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)  
Aktenzeichen  
S 8 KR 945/10  
Datum  
02.04.2013  
2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen  
L 1 KR 44/13  
Datum  
05.11.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt in der Eigenschaft als Insolvenzverwalter der Firma S. GmbH die Feststellung, dass der Beigeladene aufgrund seiner Tätigkeit als deren (Gesellschafter-) Geschäftsführer in den Jahren 2005 bis 2009 nicht sozialversicherungspflichtig gewesen ist. Der Kläger ist der Insolvenzverwalter der Firma S. GmbH Zerspanungstechnik – im folgenden Firma S – die Dreh- und Frästeile aller Art herstellte und handelte. Über diese Firma wurde am 1. März 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger möchte mit seiner Klage erreichen, dass der Arbeitgeberanteil an der Arbeitslosen- und Rentenversicherung, die für den Beigeladenen in der Zeit von Januar 2006 bis November 2008 in Höhe von 22.544,30 EUR gezahlt worden ist, erstattet wird. Der Beigeladene ist ausgebildeter Industriekaufmann und war vom 1. Januar 2005 bis zu deren Insolvenz als Geschäftsführer für die Firma S tätig. Die Firma S war mit einem Stammkapital von 25.000 EUR ausgestattet, wovon der Beigeladene als Gesellschafter bis zum Juli 2007 26 %, bis zum Dezember 2008 30 % und ab Januar 2009 41 % der Geschäftsanteile hielt. Anfang des Jahres 2009 wandte sich die Beklagte an den Beigeladenen mit der Bitte um Übermittlung der Daten durch Ausfüllung des Feststellungsbogens zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen eines Anfrageverfahrens gemäß [§ 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV](#). Der Beigeladene gab unter Beifügung von Kopien des Gesellschaftsvertrages und dessen Nachträgen sowie des Arbeitsvertrages am 24. Februar 2009 an, seit dem 15. Dezember 2004 Gesellschafter der an diesem Tag notariell gegründeten Firma S und seit dem 1. Januar 2005 ihr Geschäftsführer zu sein. Die Firma verfüge über ein Stammkapital von 25.000 EUR, wovon er 41 % und die anderen drei Gesellschafter zweimal je 24 und einmal 11 Prozentpunkte hielten. Die Sperrminorität in der Gesellschaft betrage 77 %. Er habe keine Sonderrechte, durch die er Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern könne; er habe der GmbH oder den Gesellschaftern der GmbH auch keine Darlehen gewährt oder für sie Bürgschaften übernommen. Die GmbH werde im Verkauf von ihm selbst vertreten und von dem Gesellschafter R. im Bereich Einkauf und Finanzbuchhaltung. Er sei vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit und verfüge als der einzige Geschäftsführer/Gesellschafter über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Von 1995 bis 2004 habe er als kaufmännischer Angestellter gearbeitet; die regelmäßige Arbeitszeit habe in der Firma S wöchentlich 35 Stunden betragen. Die Mitarbeit in der GmbH sei für ihn in einem gesonderten Arbeitsvertrag geregelt. Er unterliege wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktions- bzw. Weisungsrecht der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Dieses werde von der Gesellschaft in der Praxis auch tatsächlich laufend ausgeübt und zwar von der Gesellschafterversammlung. Er könne - abgesehen von dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung - seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung seiner Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig; er könne auch selbstständig Personal einstellen oder entlassen. Seinen Urlaub müsse er nicht genehmigen lassen, seine Abberufung/Kündigung sei mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende zu jeder Zeit möglich. Ihm werde unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens eine monatliche, gleichbleibende Vergütung als Gegenleistung für die geleistete Arbeit gezahlt und im Falle der Arbeitsunfähigkeit Lohnfortzahlung für sechs Wochen sowie anschließend für bis zu zwölf Monate ein Krankengeldzuschuss zum Nettolohn, der auch der Lohnsteuer unterfalle. Die Vergütung werde als Lohn/Gehalt verbucht und nicht als Betriebsausgabe oder Gewinnvorwegentnahme. Eine Gewinnbeteiligung erfolge in Form von erfolgsabhängigen Tantiemen. Zu der ausgeübten Tätigkeit sei von einem Sozialversicherungsträger bisher kein Beitragsbescheid erteilt worden. Dem Feststellungsbogen hatte der Beigeladene seinen Anstellungsvertrag - AnstV - vom 1. Januar 2005 und die Gesellschaftsverträge vom 15. Dezember 2004 und 2. August 2007 in Kopie beifügt.

In § 2 des AnstV ist eine Vergütung von 70.000 EUR p.a., zahlbar in zwölf gleichen Monatsraten und in § 3 eine erfolgsorientierte Tantieme, die in einer besonderen Vereinbarung festgesetzt wurde, festgeschrieben. In § 4 ist geregelt, dass der Beigeladene nicht an eine bestimmte

Arbeitszeit gebunden ist, in § 5, dass er einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen hat, der im Einvernehmen mit dem/n anderen Geschäftsführer/n festzulegen ist und in § 6, dass er berechtigt ist, die ihm bei seinen Dienstreisen und Repräsentationen im Interesse der Gesellschaft entstehenden Auslagen im Rahmen der steuerlichen Bestimmungen abzurechnen. In § 7 befindet sich eine Geheimhaltungsverpflichtung über Angelegenheiten der Firma S, in § 8 ist die Vergütung im Krankheitsfall geregelt, wonach diese nach Ablauf der ersten sechs Wochen für die Dauer von zwölf Monaten weitergezahlt wird und sich aus der Differenz zwischen dem von der Krankenkasse gezahlten Krankengeld und der Nettovergütung des Beigeladenen berechnet. § 9 regelt die Vertragslaufzeit. Danach kann der Vertrag mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende gekündigt werden. Weiter ist die Abberufung durch die Gesellschafterversammlung unbeschadet der Ansprüche auf die Vergütung jederzeit möglich und gilt als Kündigung des AnstV zum nächstmöglichen Zeitpunkt.

Nach § 7 Abs. 5 beider Fassungen des Gesellschaftsvertrages war für die folgenden Fälle eine Mehrheit von 75% (Vertrag vom 15. Dezember 2004) bzw. 77% (Vertrag vom 2. August 2007) notwendig und zwar bei a) Änderung des Gesellschaftsvertrages, b) Umwandlung oder Verschmelzung der Gesellschaft, c) Einstellung in die Gewinnrücklagen, Gewinnvortrag oder die Wiedereinlage ausgeschütteter Gewinne und der d) Auflösung der Gesellschaft. Der Vertrag vom 15. Dezember 2004 erstreckte die geforderte qualifizierte Mehrheit darüber hinaus noch auf die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer (§ 7 Abs. 5 lit. b), den Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer (§ 7 Abs. 5 lit. c) und den Abschluss von Unternehmensverträgen (§ 7 Abs. 5 lit. d).

Mit Bescheid vom 19. März 2009 teilte die Beklagte dem Beigeladenen mit, dass er nach dem von ihm eingereichten Unterlagen als mitarbeitender Gesellschafter-Geschäftsführer seit dem 1. Januar 2005 bei der Firma S abhängig beschäftigt gewesen sei, weil er wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Firma unterlegen habe, das Weisungsrecht auch in der Praxis tatsächlich ausgeübt worden sei, er nicht vom Selbstkontrahierungsverbot befreit gewesen sei und keine Sperrminorität besessen habe. Auch beziehe er ein festes Gehalt, welches in zwölf Monatsraten gezahlt werde und besitze laut Geschäftsführervertrag einen Lohnfortzahlungs- und Urlaubsanspruch. Eine Kopie des Bescheides wurde dem Arbeitgeber zugestellt. Mit Schreiben vom 25. März 2009 widersprach der Insolvenzverwalter der Firma S und Kläger dieses Verfahrens dem fraglichen Bescheid. Dieser sei falsch, da der Beigeladene nach Ausscheiden seines Vaters als Geschäftsführer im Jahr 2005 von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit gewesen sei und auch über eine Sperrminorität verfüge habe. Nachdem er von seinem Bruder und dem Mitgesellschafter C. Geschäftsanteile übernommen habe, habe sein Anteil 41 % des Stammkapitals ausgemacht. Damit habe er eine herausragende Gesellschafter- und Geschäftsführerstellung im Verhältnis zur Gesellschaft gehabt und die Verträge zwischen ihm und der Gesellschaft selbst gestalten können. Daher sei auch der Umstand, dass er ein festes Gehalt beziehe und eine Kündigungsfrist vereinbart worden sei, kein Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft. Als Mehrheitsgesellschafter habe er auch keinem Direktionsrecht der Gesellschaft unterlegen. Der Beigeladene sei daher kein Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes mit den sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen gewesen. Die Beklagte teilte dem Kläger daraufhin mit, dass die Aussage zum Selbstkontrahierungsverbot im fraglichen Bescheid tatsächlich fehlerhaft gewesen sei, der Beigeladene sei von [§ 181 BGB](#) befreit. Im Übrigen hielt die Beklagte an ihrer Auffassung fest. Mit dem von dem Beigeladenen erworbenen Anteil von 41 % verfüge er nicht über die Sperrminorität, die mindestens 50 % betrage. In dem Unternehmen seien Fremdgesellschafter vorhanden und der Beigeladene sei gegenüber diesen weisungsgebunden gewesen; man halte daher an der Sozialversicherungspflichtigkeit des Beschäftigungsverhältnisses des Beigeladenen bei der Firma S fest. Der Kläger teilte daraufhin mit, dass der Beigeladene über eine Sperrminorität verfüge habe, da er mehr als 25 % der Geschäftsanteile besessen habe, ohne ihn habe kein Mehrheitsbeschluss gefasst werden können. In Gesellschafterversammlungen habe das Votum des Beigeladenen daher eine herausragende Bedeutung gehabt. Da der Beigeladene mehr als 25 % der Geschäftsanteile halte, sei er nicht sozialversicherungspflichtig, die fraglichen Sozialversicherungsbeiträge würden daher zurückgefordert werden. Mit Widerspruchsbescheid vom 12. Juni 2009 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der Beigeladene sei seit dem 1. August 1993 Mitglied der Beklagten. In der Zeit vom 1. Januar 2005 bis 28. Februar 2009 sei er als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Firma S beschäftigt gewesen, zuletzt mit 41 % des Stammkapitals. Ausschlaggebend für das Vorliegen von Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung sei das Bestehen einer abhängigen Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt. Nach der Legaldefinition des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), der für sämtliche Bereiche der Sitzsozialversicherung gelte, sei Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Arbeitnehmer sei danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Die persönliche Abhängigkeit stelle das wesentliche charakteristische Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses dar. Persönliche Abhängigkeit bedeute Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Das Weisungsrecht könne besonders bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsplatz verfeinert sein. Es dürfe aber nicht vollständig entfallen. Kennzeichnend für eine selbstständige Tätigkeit sei demgegenüber das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und Arbeitszeit zu verfügen. Die Sozialversicherungspflicht sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beschäftigte Person zugleich Gesellschafter der GmbH sei. Bei mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH lägen nach der ständigen Rechtsprechung des BSG ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH dann vor, wenn die Gesellschafter funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilnahmen, für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhielten und keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen könnten. Aufgrund der Stimmanteile des Beigeladenen an der Firma S habe er keine Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern können. Er habe auch keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH ausüben können. Laut der Gesellschaftsverträge sei das Stimmrecht der einfachen Mehrheit vereinbart gewesen, die Gesellschafterversammlung sei somit beschlussfähig gewesen, wenn 51 % der Stimmen abgegeben worden seien. Der Beigeladene habe daher gegen den Willen der übrigen Gesellschafter keine Entscheidung treffen bzw. verhindern können. Eine qualifizierte Mehrheit von 75 % sei nach dem Gesellschaftsvertrag nur bei dessen Änderung, der Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers, dem Abschluss von Unternehmensverträgen, der Gewinnregelung und der Auflösung der Gesellschaft nötig gewesen. Damit sei der Gesellschafter-Geschäftsführer hinsichtlich der Ausgestaltung seiner Arbeitsleistung an die Gesamtheit der Gesellschafter gebunden geblieben. Auch die Familienbindung zum Bruder des Beigeladenen ändere hieran nichts. Es käme auch auf die abstrakte Möglichkeit der Weisung der Gesellschaft an und nicht auf deren konkrete Ausgestaltung. Die gleich bleibende Vergütung als Gegenleistung für die geleistete Arbeit, die Vereinbarungen zur Gehaltszahlung, die Urlaubs- und Kündigungsregelungen und die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Arbeitsunfähigkeit seien weitere Indizien für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen. Daran änderten auch nichts die Gestaltungsfreiheiten in Bezug auf die Arbeitszeit, den Arbeitsort und die Art der Ausübung der Tätigkeit, da der Gesellschafter-Geschäftsführer sich an die von den Mitgesellschaftern vorgegebene Ordnung des Betriebes halten müssen. Letztlich hätten alle Gesellschafter die Verantwortung getragen und in Zweifels- oder Konfliktfällen die Entscheidung getroffen. Maßgebend sei, unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen, die vorhandene Rechtsmacht der Gesellschaft, Weisungen zu erteilen. Die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot sei zwar ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, könne für sich allein betrachtet aber nicht ausschlaggebend

sein. Auch steuerrechtlich seien die Bezüge als Betriebsausgaben verbucht und der Lohnsteuer unterworfen worden; damit hätten die Beteiligten im Bereich des Steuerrechts eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie ihre Beziehung auf die Grundlage eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses gestellt haben. Am 3. Juli 2009 hat der Kläger als Insolvenzverwalter gemäß § 80 Insolvenzordnung –InsO – für das schuldnerische Unternehmen der Firma S hiergegen Klage erhoben. Zur Begründung wurde vorgetragen, dass der Beigeladene mit 41 % der Gesellschaftsanteile über eine Sperrminorität verfügt habe, da gewisse Beschlüsse nach dem Gesellschaftsvertrag einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen bedürft hätten. Da der Beigeladene über seine Abberufung als Geschäftsführer sowie den Erlass einer Geschäftsordnung für seine Tätigkeit als Geschäftsführer habe entscheiden können, habe er maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke des fraglichen Unternehmens ausgeübt. Er sei ab dem 13. Oktober 2005 auch alleinvertretungsberechtigt gewesen. Auch habe eine Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschafterversammlung oder einzelnen Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag nicht bestanden. Er habe seine Arbeitszeit, den Arbeitsort und die Ausübung seiner Tätigkeit frei gestalten können. Daneben habe er disziplinarische und organisatorische Vorgesetztenfunktion der beim Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter gehabt und diese einstellen und entlassen können. Auch habe er eine gewinnabhängige Vergütung erhalten. Allein die Tatsache, dass der Beigeladene nicht über 50 % des Gesellschaftskapitals verfügt habe, reiche für die Annahme einer angestellten Beschäftigung nicht aus. Die fraglichen Bescheide seien daher aufzuheben. Die Beklagte trat dem entgegen und verwies zur Begründung auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid. Das Sozialgericht hat den Gesellschaftergeschäftsführer M. zum Rechtsstreit notwendig beigeladen. Am 2. April 2013 hat das Sozialgericht über den Rechtsstreit mündlich verhandelt. Der Beigeladene erklärte dort, dass die fragliche Firma S durch Ausgliederung eines bestimmten Produktionsbereiches aus einer anderen Firma entstanden sei. Die Tätigkeit habe in der Verarbeitung von Metall und Kunststoff für die Medizintechnik bestanden. Bei Gründung der Firma S seien die Mitgesellschafter von der vorherigen Firma übernommen worden während der Beigeladene neu eingestiegen sei. Die Firma sei über den gesamten Zeitraum seiner Beteiligung in einem Prozess der Veränderung bzw. Sanierung gewesen. Im Alltag hätten die Mitgesellschafter und er die notwendigen Entscheidungen gemeinsam getroffen. Auch der Betriebsrat sei bei den überwiegenden Entscheidungen zu beteiligen gewesen. Die anderen Gesellschafter hätten ebenso Anstellungsverträge gehabt wie er. Neben der vereinbarten Vergütung seien in 2005 Tantieme gezahlt worden, deren Höhe ihm nicht mehr bekannt sei. Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 2. April 2013 abgewiesen. Nach dem Gesamtbild der Beschäftigung des Beigeladenen habe dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu der Firma S gestanden. Dafür spreche der AnstV, der eine Vergütung, einen Urlaubsanspruch und die Bezügefortzahlung im Krankheitsfall als arbeitnertypische Regelungen aufweise. Die Beteiligten seien auch selbst von einer Sozialversicherungspflicht und somit abhängigen Beschäftigung des Beigeladenen ausgegangen, was aus der Beitragszahlung und der steuerlichen Behandlung der Vergütung hervorgehe. Der Beigeladene habe mit seinen Gesellschaftsanteilen zwar ein unternehmerisches Risiko getragen. Dies habe aber im Hinblick auf den Bestand der Firma S nicht im Vordergrund gestanden, denn das wirtschaftlich viel höhere Risiko habe sich für den Beigeladenen aus seiner Rolle als Geschäftsführer mit einer Vergütung, die ein Vielfaches seines Gesellschafteranteils betragen habe, ergeben. Insofern sei er dem Risiko der Insolvenz der Firma S so ausgesetzt gewesen wie andere Arbeitnehmer auch. Hiergegen sprächen auch nicht die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und die Sperrminorität, die der Beigeladene im Hinblick auf die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gehabt habe, die mit 75 % der abgegebenen Stimmen zu fassen gewesen seien. Eine solche Mehrheit sei bei Fragen der Existenz oder grundlegenden Umwandlung der Firma S und der Geschäftsordnung für den Geschäftsführer notwendig gewesen. Aus dem Umstand, dass der Beigeladene über seine eigene Abberufung als Geschäftsführer habe entscheiden können, ließe sich seine Weisungsfreiheit nicht ohne weiteres ableiten, denn sie betreffe nicht die Entscheidungsbefugnisse im beruflichen Alltag. Die Angaben des Beigeladenen im Feststellungsbogen der Beklagten führten zu dem Schluss, dass er den Weisungen der Gesellschafterversammlung in den entscheidenden Fragen von Zeit, Ort und Art seiner Beschäftigung tatsächlich unterlegen habe. Dies habe sich durch die Schilderungen des Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung noch bestätigt. Das Urteil wurde dem Kläger am 16. April 2013 zugestellt. Am 14. Mai 2013 hat er die vorliegende Berufung erhoben. Zur Begründung wiederholt der Kläger seine Ausführungen vor dem Sozialgericht und betont, dass die Merkmale, die für eine unabhängige Beschäftigung sprächen, überwögen. So habe der Beigeladene im Unterschied zum normalen Angestellten selbst darüber entscheiden können, wann er seinen Urlaub antrat. Auch habe er diesen nicht mit anderen Mitarbeitern abstimmen oder genehmigen lassen müssen. Im Krankheitsfall habe der Beigeladene anders als abhängig beschäftigte Arbeitnehmer seine Vergütung auch über sechs Wochen hinaus in eingeschränkter Höhe fort- bezahlt erhalten. Auch sei die feste Vergütungsregelung kein Indiz für die Sozialversicherungspflicht. Sie sei allenfalls als neutral anzusehen. Auch die Regelung zur Arbeitszeit in § 4 des AnstV spreche für dessen Selbstständigkeit, da der Beigeladene selbst bestimmen habe können, wann er die ihm übertragenen Aufgaben erfüllt. Ein Weisungsrecht habe der Gesellschafterversammlung hier nicht zugestanden. Weder der AnstV noch der Gesellschaftsvertrag habe ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Beigeladenen vorgesehen und so sei der Vertrag auch "gelebt" worden. Auch aus den Protokollen der Gesellschafterversammlungen aus den Jahren 2005 bis 2008 ginge hervor, dass es ein gleichberechtigtes Miteinander des Beigeladenen mit den anderen Gesellschaftern nicht gegeben habe. Die Angaben in dem Feststellungsbogen der Beklagten seien falsch und von dem Ansinnen des Beigeladenen geprägt, seine Versicherungsansprüche nicht rückwirkend entfallen zu sehen. Der Beigeladene habe auch keinen Zwang zur täglichen Anwesenheit erfahren. Zu keiner Zeit sei dargelegt worden, welchen Weisungen der Gesellschafterversammlung der Beigeladene denn unterlegen haben soll. Der Beigeladene habe auch keinen regelmäßigen Kontrollen durch die Gesellschafterversammlung unterlegen. Keinem der fraglichen Verträge ließe sich eine Bindung des Beigeladenen an die Entscheidungen der Gesamtheit der Gesellschafter entnehmen. Da der Beigeladene Vorgesetzter der Ressortleiter und alleiniger Geschäftsführer gewesen sei, habe er seinen beruflichen Alltag frei und eigenständig gestalten können. Auch die Sperrminorität für den Beigeladenen sei ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Neben weiteren wichtigen Entscheidungen habe der Beigeladene auch sein eigenes Schicksal als Geschäftsführer maßgebend dadurch beeinflussen können, dass er über das ob und den Inhalt einer Geschäftsordnung, die sein Verhalten und seine Entscheidungen als Geschäftsführer im beruflichen Alltag regelten, als Gesellschafter maßgeblich entscheiden konnte. Das Sozialgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Beigeladene durch seine Gesellschaftsanteile maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Firma S und seine eigenen Handlungen als Geschäftsführer habe nehmen können. Auch das Alleinvertretungsrecht, die Einstellungs- und Entlassungsbefugnis und die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot seien wichtige Merkmale für das Vorliegen einer selbstständigen Beschäftigung. Gleiches gelte für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge und die lohnsteuerrechtliche Behandlung der Einkünfte des Beigeladenen. Auch dies stelle kein Indiz für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses dar. Der Klägervertreter beantragt, unter Aufhebung des Urteils des Sozialgerichts vom 2. April 2013 und des Bescheides der Beklagten vom 19. März 2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 12. Juni 2009 festzustellen, dass der Beigeladene in der Zeit vom 1. Januar 2005 bis zum 28. Februar 2009 durch seine Tätigkeit bei der Firma S. GmbH Zerspanungstechnik nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlegen hat. Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Es würden keine neuen Argumente aufgezeigt, daher könne auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides und die Begründung des

angefochtenen Urteils des Sozialgerichts verwiesen werden.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Das Gericht hat am 5. November 2014 über den Rechtsstreit mündlich verhandelt und den Beigeladenen zu den Verhältnissen in der Firma S und dessen Tätigkeit als Gesellschafter und Geschäftsführer befragt. Auf die Angaben des Beigeladenen im Protokoll der Sitzung wird insoweit verwiesen. Auf die entsprechende Anfrage des Gerichts haben die Beteiligten ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Rechtsstreits durch die Berichterstatterin als Einzelrichterin erklärt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Prozessakte sowie die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige (§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz – SGG) Berufung ist unbegründet, denn das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klage ist als Anfechtungs- und Feststellungsklage (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) des gemäß § 80 Abs. 1 Insolvenzordnung - InsO - für die Firma S handelnden Insolvenzverwalters zulässig. Die gegen ihn in dieser Eigenschaft ergangenen und von ihm angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig, denn der Beigeladene war in der Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2005 versicherungspflichtig in der Kranken-, Pflege, Renten- und Arbeitslosenversicherung und ab 1. Januar 2006 bis 28. Februar 2009 wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungspflichtig in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Ein Anspruch des Klägers auf die Feststellung der Versicherungsfreiheit des Beigeladenen besteht daher nicht.

1. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V -, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB XI -, § 1 S. 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB VI -, § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III -). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Satz 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch - SGB IV -. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Die Weisungsgebundenheit ist bei Diensten höherer Art - wie bei dem Geschäftsführer einer GmbH - zumeist eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert. Demgegenüber ist die 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 (BSG, Urteil vom 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, Rn. 15, juris). Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich nach dem Gesamtbild der Tätigkeit und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr. BSG; in jüngerer Zeit: Urteile vom 30.10.2013, B 12 KR 17/11 R; 30.4.2013, B 12 KR 19/11 R; 27.6.12, B 12 KR 28/10 R, alle in juris). Nach diesen Maßstäben lag beim Beigeladenen eine abhängige Beschäftigung vor, denn die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände der Tätigkeit des Beigeladenen überwiegen die für eine Selbständigkeit sprechenden.

1.1. Basis für die Prüfung, ob die Tätigkeit des Beigeladenen im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder selbständig ausgeübt wurde, ist zunächst der zwischen diesem und der Firma S abgeschlossene AnstV vom 1. Januar 2005. Dieser enthält die für einen abhängig beschäftigten Geschäftsführer in leitender Funktion typischen Gestaltungselemente, wie ein fest vereinbartes Jahresgehalt, welches in gleichen Monatsraten gezahlt werden sollte (§ 2 AnstV), eine erfolgsorientierte Tantieme, die in einer besonderen Vergütung festgesetzt werden sollte und 30 Arbeitstage bezahlten Jahresurlaubs, der im Einvernehmen mit den/m anderen Geschäftsführer/nbestimmt werden sollte (§ 5 AnstV), enthielt. Weiter spricht für die unselbständige Tätigkeit, dass der Beigeladene nach dem Vertrag im Krankheitsfall Anspruch darauf hatte, dass die Vergütung nach Ablauf der ersten sechs Wochen für die Dauer von zwölf Monaten in der Höhe weiter zu zahlen war, die sich aus der Differenz zwischen dem von der Krankenkasse gezahlten Krankengeld und der Nettovergütung ergab (§ 8 AnstV). Überdies war er berechtigt, die ihm bei seinen Dienstreisen und Repräsentationen im Interesse der Gesellschaft entstehenden Auslagen im Rahmen der steuerlichen Bestimmungen abzurechnen (§ 6 AnstV), was ebenfalls Merkmal für eine trennscharfe Unterscheidung zwischen dem Vermögen des Geschäftsführers und dem der Gesellschaft ist und somit ein weiteres Indiz für einen abhängig beschäftigten Geschäftsführer darstellt. Schließlich wurde in § 9 AnstV geregelt, dass die Abberufung durch die Gesellschafterversammlung jederzeit möglich ist und diese als Kündigung des AnstV zum nächstmöglichen Zeitpunkt gilt, was ebenfalls für eine klare Trennung zwischen den Interessen der Gesellschaft und denen des Geschäftsführers spricht.

1.2. Die Firma S hat den Beigeladenen bezeichnenderweise auch selbst bei der Beklagten als abhängig beschäftigten Arbeitnehmer gemeldet; vom Arbeitsentgelt wurden Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben entrichtet und dies wurde steuerlich als Betriebsausgaben verbucht.

1.3. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger eine Tantieme bezog (§ 3 AnstV). Wie das Bundessozialgericht mehrfach ausgeführt hat, reicht die Gewährung einer Tantieme alleine nicht, um eine Beschäftigung auszuschließen, da dies auch bei Arbeitnehmern nicht ungewöhnlich ist (BSG, Urteil vom 29.8.2012, a.a.O., m.w.N.).

1.4. Auch das für eine selbständige Tätigkeit sprechende Unternehmerrisiko traf den Beigeladenen nur in geringem Maß. Dieses verwirklicht sich, wenn eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Das Unternehmerrisiko trat hier konkret bei der Insolvenz des Unternehmens im Jahre 2009 ein, wo dem Beigeladenen durch den Wertverlust der Gesellschaftsanteile jedoch nur ein verhältnismäßig geringer Schaden entstanden ist. Der Beigeladene hatte für seinen Gesellschaftsanteil von ursprünglich 26 Prozent nur 6.500,- EUR aufgewandt, die am Ende bei einem Anteil von 41 Prozent auf nominell 10.250,- EUR angewachsen sind. Diese Beträge stehen in keinem Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Risiko, dem der Beigeladene durch den Verlust seiner Beschäftigung in dem Unternehmen als Geschäftsführer unterlag. Denn das Gehalt daraus betrug bereits im ersten Jahr 70.000,- EUR zzgl. Tantiemen in Höhe von 12.000,- EUR. Im Juli des Folgejahres war das Gehalt sogar noch auf 110.000 EUR erhöht worden. Ein Unternehmerrisiko wie bei der Einmann-Gesellschaft oder bspw. durch den Gesellschafter-Geschäftsführer dem Unternehmen eingeräumten kapitaleretzenden Darlehen, liegt hier nicht vor (zum Ausschluss der abhängigen Beschäftigung beim Alleingesellschafter: BSG, Urteile vom 8.8.1990 - 11 RA r 77/89 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 4 und vom 9.11.1989 - 11 RA r 39/89 = BSGE 66, 69 = SozR 4100 § 104 Nr. 19). Das Risiko, den Gegenwert für seinen persönlichen Arbeitseinsatz zu verlieren, ist der Beigeladene hingegen nicht eingegangen. Die Vergütung für seine Tätigkeit als Geschäftsführer in der Firma S ist ihm jedoch vom ersten bis zum letzten Tag seiner

Tätigkeit gezahlt worden.

1.5. Das Gehalt war mit 70.000,- EUR bis 110.000,- EUR bei einer vom Beigeladenen selbst angegebenen 35-Stunden-Woche auch nicht auffällig niedrig, wie dies bei die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich beeinflussenden Geschäftsführern mit Blick auf eine ggf. schwache Ertragslage des Unternehmens, die hier bestand, der Fall sein kann. Bei einer Firmengröße mit 210 Angestellten, dürfte das Gehalt des Beigeladenen insbesondere auch mit Blick auf sein jugendliches Alter damit verbundener geringer Berufserfahrung der Tätigkeit angemessen gewesen sein und dem Vergleich mit einem abhängig beschäftigten reinen Geschäftsführer ohne Organstellung standhalten.

1.6. Der Beigeladene war zwar hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsleistung an keine konkreten Weisungen der Firma S gebunden. Dies führt jedoch nicht zu einer anderen Beurteilung des Falles, denn dieser Umstand geht mit einer leitenden Stellung in der Regel einher und ist auch gerade typisch für abhängig beschäftigte Geschäftsführer. Nicht jeder Geschäftsführer, der bei Ausübung seiner Leitungstätigkeit selbst entscheidet, wann er wo welche Art von Arbeitsleistung zu erbringen hat, wird dadurch zu einem Unternehmer. Denn bei Diensten höherer Art, wie sie bei Geschäftsführern regelmäßig vorliegen, verfeinert sich die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 7.5.2014, [L 4 KR 1024/13](#), Rn. 35 m.w.N., in juris).

1.7. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt eine selbständige Tätigkeit von Gesellschafter-Geschäftsführern grundsätzlich dann vor, wenn der Betreffende über eine Anteilsmehrheit an der Gesellschaft verfügt, weil damit die gesellschaftsrechtlich begründete Einflussnahme des Mehrheitsgesellschafters auf die Geschicke der Gesellschaft und deren Leitung durch ihn als Geschäftsführer einhergeht. Nach § 7 Abs. 4 der Gesellschaftsverträge vom 15. Dezember 2004 und 2. August 2007 der Firma S bedurften auch hier sämtliche Gesellschafterbeschlüsse der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimme. Der Beigeladene war im streitigen Zeitraum bis zum Juli 2007 nur mit einem Anteil von 26 %, bis zum Dezember 2008 mit 30 % und ab Januar 2009 für die letzten beiden Monate vor der Insolvenz der Firma S vom 1. Januar bis 28. Februar 2009 mit 41 % an der Gesellschaft beteiligt. Eine Anteilsmehrheit hat er damit zu keiner Zeit besessen.

1.8. Eine selbständige Tätigkeit von Gesellschafter-Geschäftsführern kann auch dann bestehen, wenn dieser über eine Sperrminorität verfügt und damit rechtlich die Möglichkeit hat, ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit abzuwehren (BSG, Urteil vom 30.04.2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) - juris, m.w.N). Zwar war dem Beigeladenen nach dem Gesellschaftsvertrag mit seinem Gesellschaftsanteil (von 26% bis 41%) für bestimmte Geschäfte eine Sperrminorität eingeräumt worden. Diese war aber schon nach ihrem Inhalt nicht so beschaffen, dass dadurch der Einfluss des Beigeladenen auf die Leitungstätigkeit des Geschäftsführers dessen Selbständigkeit begründet hätte. Darüber hinaus wurde sie aber auch praktisch nicht so gehandhabt, wie der Gesellschaftsvertrag es vorsah.

Der Kläger war durch § 7 Abs. 5 beider Fassungen des Gesellschaftsvertrages bei einigen für die Gesellschaft wichtigen Entscheidungen in der Lage, Veränderungen des durch den Gesellschaftsvertrag geregelten, bestehenden Zustands zu verhindern. Denn dort wurde festgeschrieben, dass es einer Mehrheit von 75% (Vertrag vom 15. Dezember 2004) bzw. 77% (Vertrag vom 2. August 2008) bedurfte, wenn es um die a) Änderung des Gesellschaftsvertrages, b) Umwandlung oder Verschmelzung der Gesellschaft, c) Einstellung in die Gewinnrücklagen, Gewinnvortrag oder die Wiedereinlage ausgeschütteter Gewinne und d) die Auflösung der Gesellschaft ging. Der Vertrag vom 15. Dezember 2004 erstreckte die Sperrminorität darüber hinaus noch auf die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, den Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer und den Abschluss von Unternehmensverträgen. Dies genügt jedoch nicht, eine die Selbständigkeit des Beigeladenen begründende Unabhängigkeit des Geschäftsführers von Weisungen der Gesellschafterversammlung zu erkennen. Denn die von der Sperrminorität erfassten Sachverhalte vermittelten dem Beigeladenen schon rechtlich keinen entscheidenden Einfluss darauf, die Art und Weise der Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit maßgeblich zu beeinflussen und sich insbesondere gegenüber ihm nicht genehmen Weisungen zur Wehr zu setzen. Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 beider Fassungen des Gesellschaftsvertrages der Firma S bedurften sämtliche Gesellschafterbeschlüsse der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die für die Minderheitsgesellschaft wirkende Schutzklausel in § 7 Abs. 5 beider Fassungen des Gesellschaftsvertrages betrifft Entscheidungen über erhebliche Veränderungen der Gesellschaft selbst, wie Änderungen des Gesellschaftsvertrages (lit. a)), den Abschluss von Unternehmensverträgen (lit. d)), die Umwandlung oder Verschmelzung der Gesellschaft (lit. e) bzw. b)), die Einstellung in die Gewinnrücklage, Gewinnvortrag oder die Wiedereinlage ausgeschütteter Gewinne (lit. f) bzw. c)) und die Auflösung der Gesellschaft (lit. g) bzw. d)) und nicht die Weisungsbefugnisse in Bezug auf Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Geschäftsführertätigkeit. Auch die bis zum 1. August 2008 geltenden zusätzlichen Regelungen der älteren Fassung des Gesellschaftsvertrags vom 15. Dezember 2004, die den Minderheitenschutz auch noch auf die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer (§ 7 Abs. 5 lit. b)), den Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer (lit. c)) und den Abschluss von Unternehmensverträgen (lit. d)) erstreckten, führen letztlich zu keiner anderen Bewertung. An der Wirksamkeit der Regelung von § 7 Abs. 5 lit. b) bestehen bereits durchgreifende Zweifel, da diese gegen § 47 Abs. 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG - verstößt. Ein Gesellschafter ist danach regelmäßig dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn gegen ihn gesellschaftsrechtlich bedeutsame Maßnahmen beschlossen werden sollen und er - quasi als Richter in eigener Sache - dazu sein eigenes Verhalten beurteilen muss (Bundesgerichtshof, Urteil vom 27.4.2009, [II ZR 167/07](#); LSG Baden-Württemberg, Urteile vom 12.2.2014, [L 4 R 2782/12](#) und 7.5.2014, [L 4 KR 1024/13](#), in juris). Im Ergebnis gleiches gilt für den Erlass einer Geschäftsordnung für den Geschäftsführer, deren Erlass der Beigeladene möglicherweise durch seine Sperrminorität bis zum 1. August 2008 hätte verhindern können. Die Geschäftsordnung dient primär der Ordnung des Verhältnisses mehrerer Geschäftsführer in der GmbH zueinander. Sie regelt Zuständigkeiten und Verfahren der Geschäftsführung. Weitere mögliche Punkte in einer Geschäftsordnung können die Aufgaben der Gesellschafterversammlung, das Verfahren zur Überwachung der Geschäftsführung (siehe [§ 46 Nr. 6 GmbHG](#)) und das Zustimmungserfordernis für Entscheidungen der Geschäftsführung durch die Gesellschafterversammlung sein. Im konkreten Fall hätte dies aber nur bedeutet, dass der Beigeladene die Veränderung des Zustandes ohne Geschäftsordnung in einen mit Geschäftsordnung durch seinen Stimmenanteil hätte verhindern können. Wie bereits dargelegt, war die Qualität der Geschäftsführertätigkeit des Beigeladenen jedoch auch schon ohne Geschäftsordnung nicht so gestaltet, dass diese als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren gewesen wäre. Folgerichtig hätte der Beigeladene deren Verlust auch nicht dadurch verhindert, dass er die Etablierung einer Geschäftsordnung durch seine Veto blockiert hätte.

Darüber hinaus hat der Beigeladene das Minderheitenrecht aus § 7 Abs. 5 Gesellschaftsvertrag tatsächlich für sich nicht in Anspruch genommen. Nach seinen Bekundungen in der mündlichen Verhandlung am 5. November 2014 schilderte er überzeugend und plausibel, dass er sich bei seiner Geschäftsführung eines teamorientierten Stils bedient hat. Da er bei Antritt der Geschäftsführertätigkeit sehr jung und unerfahren gewesen sei und diese Personalentscheidung letztlich dem Einfluss seines Vaters auf die Firma S geschuldet gewesen sei, habe

er sämtliche Entscheidungen im Gremium und erst nach Abstimmung mit den übrigen Gesellschaftern getroffen, die sämtlich älter und gerade auch in der betreffenden Branche der Zerspanungstechnik technisch und kaufmännisch sehr erfahren gewesen seien. Er bekundete sogar eindrücklich, dass er sich wahrscheinlich auch nicht gegen die eigene Abberufung gewendet hätte, obwohl ihm dies durch seinen Stimmenanteil möglich gewesen wäre. Denn "die übrigen Gesellschafter und sein Vater hätten so viel mehr von dem Geschäft verstanden, dass" er "deren Entscheidung letztlich zum Wohle der Firma S akzeptiert hätte". Schließlich hat der Beigeladene noch den Hintergrund für den in der ersten Fassung des Gesellschaftsvertrags aufgenommenen Minderheitenschutz erläutert, indem er dargelegt hat, dass man sich anfangs noch die Schaffung eines werthaltigen und funktionierenden Unternehmens erhofft hatte. Das war im Jahre 2008, als man diese Vorstellungen bereits aufgeben hatte, nicht mehr der Fall. Daraus dürfte auch die Streichung der Sperrminorität bzgl. der drei aufgeführten Regelungen in der Fassung des Gesellschaftsvertrages vom 3. August 2008 resultieren. Die Angaben des Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung des Gerichts deckten sich überdies mit seinen Angaben im Jahre 2009 gegenüber der Beklagten, als er in deren Feststellungsbogen dieselben Angaben zu der Art und Weise seiner Geschäftsführertätigkeit bei der Firma S gemacht hat und der Aussage gegenüber dem Sozialgericht in der mündlichen Verhandlung vom 2. April 2013.

Angesichts der Gesamtumstände vermögen schließlich auch einzelne Indizien, die für sich genommen gegen eine abhängige Beschäftigung sprechen könnten – hier die in § 1 S. 2 des AnstV für den Geschäftsführer geregelte Alleinvertretungsberechtigung und die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) – nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Das Gericht hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2014-12-11