

**L 3 R 10/17**

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung

Abteilung  
3

1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)  
Aktenzeichen  
S 9 R 549/13

Datum  
16.11.2016

2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen

L 3 R 10/17  
Datum

26.06.2018

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-

Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 16. November 2016 wird zurückgewiesen. Für das Berufungsverfahren sind keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit ist die Versicherungspflicht der Klägerin als Geschäftsführerin einer GmbH.

Im März 2011 übernahm die Klägerin zusammen mit Herrn W. eine GmbH, die später in H. umbenannt wurde. Gegenstand der GmbH sind Rechtsdienstleistungen. Die Klägerin und Herr W. hielten zunächst jeweils 50 % der Anteile an der GmbH und wurden beide zum Geschäftsführer bestellt. Die Geschäftsführerverträge enthielten unter anderem eine Regelung über ein Festgehalt in Höhe von zunächst 1000 EUR mit einer Anpassungsklausel, Regelungen über eine Weihnachtsgratifikation und Urlaubsgeld sowie über einen Urlaubsanspruch von 27 Tagen. Es bestand weiterhin die Verpflichtung der Gesellschaft, im Laufe des Jahres 2012 für die Klägerin einer Kapitallebensversicherung mit einer Summe von mindestens 100.000 EUR abzuschließen. Es wird wegen der weiteren Regelungen inhaltlich Bezug genommen auf den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vom 31. März 2011.

Mit Bescheid vom 15. April 2011 stellte die Beklagte nach einem Antrag der Klägerin eine selbstständige Tätigkeit fest. Die Klägerin erhielt von der Bundesanstalt für Arbeit für die Zeit vom 29. März 2011 bis zum 28. Juni 2012 einen Gründungszuschuss. Mit Bescheid vom 20. Mai 2011 stellte die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 2.) fest, dass die Klägerin zum Personenkreis der selbstständig Tätigen gehöre und entsprach dem Antrag der Klägerin auf Antragspflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung ab dem 29. März 2011.

Am 26. Juli 2011 kam es mit Gesellschafterbeschluss zu einer Anteilsübertragung und Aufnahme einer weiteren Gesellschafterin. Neue Gesellschafterin wurde die V. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer M., mit einem Anteil von 1/3. Auch die Klägerin und ihr Mitgeschäftsführer hielten nach der Anteilsübertragung lediglich einen Anteil von jeweils 1/3 (10.000 EUR), nachdem das Stammkapital auf 30.000 EUR erhöht worden war. Die notarielle Beurkundung erfolgte am 2. August 2011. Gleichzeitig vereinbart wurde eine Satzungsänderung, nach der zustimmungspflichtige Geschäfte wie z.B. die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer nur mit 65 % der Stimmanteile möglich waren. Auflösung und Veränderung des Stammkapitals erforderten hingegen eine Mehrheit von 75 %. Diese Regelung erfolgte, damit die weitere Gesellschafterin keinen Einfluss auf die Geschäftsführertätigkeit der Gesellschafter-Geschäftsführer nehmen konnte.

Mit Bescheiden vom 17. Dezember 2012 stellte die Beklagte (nach Anhörung) gegenüber der Klägerin und der Beigeladenen zu 1. fest, dass die Klägerin in ihrer Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführerin seit 26. Juli 2011 abhängig und damit versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken und Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie der Arbeitslosenversicherung beschäftigt sei. Der Anstellungsvertrag als Geschäftsführerin enthalte typische arbeitsvertragliche Regelungen wie z.B. ein Festgehalt. Maßgeblich sei jedoch, dass die Klägerin mit einem Anteil von einem Drittel an der Gesellschaft nicht in der Lage sei, deren Geschicke maßgeblich zu beeinflussen.

Am 14. Januar 2013 erhob die Klägerin Widerspruch und verwies auf ihre alleinige Fachkompetenz. Sie habe die GmbH nach einem zuvor selbst entwickelten Geschäftskonzept zusammen mit dem weiteren Gesellschafter-Geschäftsführer gegründet. Die Beklagte habe die 65 %-Regelung der Satzung nicht beachtet, wonach sie zusammen mit dem weiteren Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Beteiligung der weiteren Gesellschafterin alle wichtigen betrieblichen Angelegenheiten regeln könne.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 24. April 2013 wies die Beklagte die Widersprüche der Klägerin und der Beigeladenen zu 1. sowie des

Gesellschafter-Geschäftsführers Herrn W. unter Verweis auf die Stimmanteile als unbegründet zurück. Die Klägerin hätte ihr unliebsame Entscheidungen nicht verhindern können. Eine Sperrminorität habe nicht bestanden.

Die Klägerin hat zusammen mit der Beigeladenen zu 1. Klage vor dem Sozialgericht Hamburg erhoben, die später im Hinblick auf die Beigeladene zu 1. abgetrennt worden ist. Sie hat dabei ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren vertieft und nochmals auf die alleinigen Kenntnisse der Klägerin abgestellt. Die Gesellschaft erbringe Rechtsdienstleistungen für Kunden. Nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz bedürfe es für eine solche Unternehmenstätigkeit einer so genannten "qualifizierten Person". Diese Stellung habe lediglich die Klägerin, die damit auch alle Voraussetzungen persönlicher Eignung und Zuverlässigkeit sowie theoretischer und praktischer Sachkunde erfüllen müsse. Dies sei vom Amtsgericht Hamburg als Zulassungs- und Aufsichtsbehörde geprüft worden. Dabei sei bestätigt worden, dass sie weisungsunabhängig tätig sei.

Die Beklagte hat auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid Bezug genommen.

Am 8. September 2013 erging im Hinblick auf die Bescheide der Beklagten ein klarstellender Beschluss der Gesellschafterversammlung. Darin wurde festgelegt, dass kein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegen die Geschäftsführer ausgeübt werden dürfe. Gleichzeitig wurde bestätigt, dass die bereits im März 2011 getroffene Vereinbarung, dass alle wesentlichen Entscheidungen der Geschäftsführung eines übereinstimmenden Beschlusses der Gesellschafter-Geschäftsführer bedürfen, nunmehr ausdrücklich festgelegt worden sei. Nach Auffassung der Klägerin handelt es sich um eine gültige Stimmrechtsvereinbarung.

Am 31. Juli 2014 kam es zu einer erneuten Änderung der Verhältnisse der GmbH durch Anteilsübertragung. Die Rechtsnachfolgerin der V.-GmbH schied ebenso aus der Gesellschaft aus wie der Gesellschafter-Geschäftsführer Herr W. ... Die Anteile wurden je zur Hälfte auf die Klägerin und den neuen Gesellschafter, Herrn K. übertragen, der ebenfalls zum Geschäftsführer bestellt wurde. Am 13. August 2014 erfolgte die notarielle Beurkundung.

Mit Bescheid vom 13. Juli 2015 hat die Beklagte eine selbständige Tätigkeit der Klägerin ab dem 12. August 2014 anerkannt.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 16. November 2016 die Klage abgewiesen. Es sei von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Bereits der Anstellungsvertrag enthalte zahlreiche Regelungen, die für eine weisungsgebundene Tätigkeit sprechen würden. So sei mit zunächst 1000 EUR und später 2200 EUR monatlich zuzüglich Weihnachts- und Urlaubsgeld ein festes Monatsgehalt vereinbart worden. Auch die Regelungen zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Krankheit, der Urlaubsanspruch von 27 Tagen und die Erforderlichkeit der Abstimmung des Urlaubs seien für eine abhängige Beschäftigung üblich. Vor dem Hintergrund des Festgehalts mangle es an einem wesentlichen unternehmerischen Risiko. Der Verbuchung der Vergütung als Betriebsausgabe komme hingegen nach der Rechtsprechung des BSG keine maßgebliche Bedeutung zu.

Eine abhängige Beschäftigung folge nach der Rechtsprechung des BSG auch aus der mangelnden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit innerhalb der GmbH. So habe die Klägerin mit einem Anteil von lediglich 1/3 ihre unangenehmen Entscheidungen nicht verhindern können. Dabei komme den tatsächlichen Verhältnissen im Sinne der bisherigen Nichtausübung nach der Rechtsprechung des BSG keine Bedeutung zu (Verweis auf BSG v. 11.11.2015 – [B 12 R 2/14 R](#) in juris zur "Schönwetter-Selbstständigkeit"). Sie hätte auch gegen eine Abberufung nichts unternehmen können, denn eine Sperrminorität habe insoweit nicht bestanden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem "klarstellenden Beschluss" der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 18. September 2013, wonach die Klägerin nicht dem Direktionsrecht der Gesellschafterversammlung unterliege. Es handle sich hierbei lediglich um eine schuldrechtliche Vereinbarung der Gesellschafter, die jederzeit wieder abgeändert werden könne. Eine Satzungsänderung sei nicht erfolgt und es ergebe sich ein Konflikt mit [§ 37 GmbHG](#) und § 5 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages, wonach die Geschäftsführer an Beschlüsse der Gesellschafter gebunden seien und alle über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehenden Geschäfte zustimmungsbedürftig seien. Auf eine von der Rechtsmacht abweichende Alltagspraxis könne die Klägerin sich nach neuerer Rechtsprechung des BSG nicht berufen. Etwaige Abreden und Vereinbarungen seien aus wichtigem Grund kündbar.

Für eine selbständige Tätigkeit sprechen neben der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot die bestehende Kapitalversicherung und der Umstand, dass die GmbH von der Klägerin mitgegründet wurde und sie zunächst mit einem Anteil von 50 % selbständig tätig war. Für diese Neuregelung werde es aber Gründe gegeben haben. Die von der Klägerin angeführte besondere Qualifikation lasse die Weisungsgebundenheit nicht entfallen, das BSG habe die früher vertretene "Kopf-und Seele-Rechtsprechung" im Übrigen aufgegeben.

Gegen das am 27. Dezember 2016 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 26. Januar 2017 Berufung eingelegt. Das Sozialgericht habe eine unzutreffende Abwägungsentscheidung getroffen und damit gegen [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#) verstoßen. Im Einzelnen seien folgende Punkte zu beanstanden:

1. Die Klägerin sei nicht wie vom Sozialgericht angenommen in einem fremden Betrieb beschäftigt und eingegliedert gewesen und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht ihres Arbeitgebers ausgesetzt gewesen. Es habe sich vielmehr um den eigenen Betrieb der Klägerin und ihres Mitgesellschafters W. gehandelt. Hierfür spreche bereits die Beteiligung an der Gründung der Firma und die zuvor gehaltenen 50 %, bei denen die Beklagte von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen sei. Auch eine Beteiligung von einem Drittel am Stammkapital könne wirtschaftlich nicht als untergeordnet eingestuft werden. Alle maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen wie z.B. Anmietung von Geschäftsräumen, Ausstattung der Geschäftsräume, Auswahl von Personal, Akquisition von Kunden, Werbung, Finanzierungsfragen, Anschaffung von Kraftfahrzeugen, Verteilung der Aufgabenbereiche seien von beiden Gesellschaftern getroffen worden. Gegenüber der vorherigen Situation habe sich nichts geändert. Der weitere Gesellschafter habe ausdrücklich erklärt, dass er sich in Unternehmensbelange gleich welcher Art nicht einmischen werde und sich daran auch gehalten. Die Klägerin habe keine Weisungen der Gesellschafterversammlung oder von einem virtuellen Arbeitgeber erhalten. Hierfür spreche auch der über Jahre hinaus investierte unverhältnismäßig hohe zeitliche und materielle Aufwand beider Gesellschafter-Geschäftsführer. Hieraus sei eindeutig eine selbstständige Tätigkeit abzuleiten.

Entgegen der Auffassung des Sozialgerichts sei trotz des vereinbarten Festgehalts auch von einem erheblichen unternehmerischen Risiko auszugehen. Denn bei einem unternehmerischen Scheitern wäre das eingebrachte Stammkapital größtenteils verloren gewesen. Die

vertraglichen Zusagen im Hinblick auf das Festgehalt wären mangels Durchsetzbarkeit in einem solchen Fall als weitgehend wertlos anzusehen. Darüber hinaus hätte die Klägerin nicht nur das Ausfallrisiko für ihren Arbeitseinsatz zu tragen gehabt, sondern neben dem Verlust des Kapitals auch nicht unerhebliche Verbindlichkeiten fürchten müssen, die ihr durch die Abwicklung der Gesellschaft und die damit einhergehenden Kosten entstanden wären.

2. Die vom Sozialgericht vorgenommene Abwägung der für und gegen eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkte sei zu beanstanden. Zunächst sei nicht zu bestreiten, dass die vom Sozialgericht angeführten vertraglichen Regelungen, wie die Zahlung eines Festgehalts, die Gewährung von Weihnachts- und Urlaubsgeld, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, der Jahresurlaubsanspruch und die Zahlung von Lohnsteuer für eine abhängige Beschäftigung sprechen könnten. Auf der anderen Seite seien derartige Regelungen auch für einen selbstständigen Geschäftsführer in einem Unternehmen nicht unüblich und es komme hinzu, dass im streitgegenständlichen Zeitraum zwei gleichberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer mit identischen Anstellungsverträgen für die Beigeladene tätig gewesen seien.

3. Das Sozialgericht habe zu Unrecht nicht die Stimmanteile des Mitgeschafter-Geschäftsführers berücksichtigt. Dabei sei die Vereinbarung, die zum Eintritt des weiteren Gesellschafters im Juli 2011 auch schriftlich bestätigt worden sei, wonach sämtliche Entscheidungen der Geschäftsführung stets einvernehmlich zu treffen seien, vom Sozialgericht nicht bewertet worden. Damit ergebe sich für die Klägerin eine völlig andere Machtpositionen als ihr nach den Stimmanteilen formal zustehe. Die vereinbarte Einstimmigkeit sei auch gelebt worden. Auch als Minderheitsgesellschafterin mit einem Kapitalanteil von 33 1/3 % habe die Klägerin angesichts der besonderen Fallkonstellationen, insbesondere unter Berücksichtigung der gelebten Abrede mit Herrn W., nicht überstimmt werden können. Die Bedenken der Rechtsprechung gegen eine "Schönwetter-Selbständigkeit" dürfe nicht zu einer "Schlechtwetter-Front" führen. Darüber hinaus sei es am 18. September 2013 zu einer gültigen Stimmbindungsvereinbarung als wichtiges Indiz für eine Erwerbstätigkeit der Klägerin gekommen. Auch ohne notarielle Beurkundung sei diese Vereinbarung nach Auffassung der Klägerin nicht unbeachtlich. Etwas anderes würde sich nur dann ergeben, wenn einer der beiden Gesellschafter diese Vereinbarung gekündigt hätte, was allerdings nicht geschehen sei. Darüber hinaus spiele es eine Rolle, dass die Klägerin als "qualifizierte Person im Sinne des Rechtsdienstleistungsgesetzes" anzusehen sei, was für eine selbstständige Tätigkeit spreche.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 16. November 2016 aufzuheben und den Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. April 2013 in der Gestalt des Gegenstandsbescheides vom 13. Juli 2015 abzuändern und festzustellen, dass die Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 1) auch in der Zeit vom 26. Juli 2011 bis zum 11. August 2014 nicht der Sozialversicherungspflicht unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist auf das angefochtene Urteil und vertritt die Auffassung, dass die Klägerin im Berufungsverfahren keine neuen Argumente vorgebracht habe.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 143](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und insbesondere gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerechte Berufung der Klägerin ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Streitgegenstand der Berufung ist die mit Bescheid vom 17. Dezember 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. April 2012 in der Gestalt des Bescheides vom 13. Juli 2015 festgestellte Versicherungspflicht für die Zeit vom 26. Juli 2011 bis zum 11. August 2014.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. Die Tätigkeit der Klägerin als Gesellschafterin-Geschäftsführerin für die Zeit vom 26. Juli 2011 bis zum 11. August 2014 unterlag der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und Kranken- und Pflegeversicherung (§ 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch – Sechstes Buch (SGB VI), § 25 Absatz ein Satz 1 Sozialgesetzbuch-Drittes Buch (SGB III) für die Arbeitsförderung, § 5 Abs.1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch – Fünftes Buch (SGB V) für die Krankenversicherung und § 20 Abs. 1 und Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch – Elftes Buch (SGB XI) für die Pflegeversicherung). Es handelte sich um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis und nicht um eine selbstständige Tätigkeit. Die angefochtenen (Feststellungs-) Bescheide der Beklagten sind insoweit rechtmäßig und nicht zu beanstanden.

Beurteilungsmaßstab ist § 7 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch – Viertes Buch (SGB IV). Danach ist Beschäftigung im Sinne des [§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB IV](#) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, siehe etwa Urt. vom 28.05.2008 – [B 12 KR 13/07 R](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann bei Diensten höherer Art eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

Trotz der faktisch bestehenden weitreichenden Befugnisse, die der Klägerin von den anderen Gesellschaftern eingeräumt worden sind, ist aufgrund der neueren Rechtsprechung des BSG (v. 29.07.2015 – [B 12 R 1/15 R](#) und v. 11.11.2015 – [B 12 KR 10/14 R](#), jeweils in juris) von einer abhängigen Tätigkeit auszugehen. Die Klägerin ist im streitbefangenen Zeitraum in einem fremden Unternehmen tätig gewesen.

Grund hierfür ist, dass sie als Geschäftsführerin mit einem Anteil am Stammkapital der GmbH von 33 1/3 % nicht über die erforderliche Rechtsmacht verfügt hat, um ihr unangenehme Weisungen zu verhindern. Diesem Umstand kommt im Rahmen der nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) gebotenen Abwägung maßgebliche Bedeutung zu. Denn das Gesamtbild der Arbeitsleistung bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen und hierzu gehört — unabhängig von ihrer Ausübung — auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht ( BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) in juris Rn 24; BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 13/14 R](#) in juris Rn 21; LSG Baden Württemberg v. 28.03.2017 - [L 11 R 1310/16](#) in juris Rn 48).

Das BSG hat in diesem Zusammenhang dargelegt, dass ein besonderes Fachwissen und die Erfahrung eines Geschäftsführers zwar durchaus für den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens von Bedeutung sein könnten, es aber ausschließlich auf die rechtlichen Befugnisse des zu beurteilenden Geschäftsführers innerhalb der GmbH ankomme. Denn im Falle eines Zerwürfnisses hätten es die Gesellschafter in der Hand, auch unter Inkaufnahme wirtschaftlicher Nachteile beispielsweise den Unternehmenszweck zu ändern, eine Neuausrichtung des Unternehmens vorzunehmen oder die GmbH zu liquidieren. Ebenso sei es möglich gewesen, den Geschäftsführer von seiner Tätigkeit zu entbinden (BSG v. 29.07.2015 - [B 12 R 1/15 R](#) in juris Rn. 22). Die so genannte Kopf- und Seele- Rechtsprechung sei für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status nicht mehr heranzuziehen, an dieser Rechtsprechung werde nicht mehr festgehalten. Eine "Schönwetter-Selbstständigkeit", die sich ausschließlich daraus ableite, dass dem Betroffenen in harmonischen Zeiten freie Hand gelassen werde, während im Fall eines Zerwürfnisses dessen Weisungsunterworfenheit zum Tragen käme, sei nicht anzuerkennen (BSG v. 29.07.2015 - [B 12 R 1/15 R](#) in juris Rn. 24 und 25). Deshalb sei aus der nur faktischen Nichtwahrnehmung eines Weisungs-, Aufsichts- oder Überwachungsrechts nicht auf einen rechtswirksamen Verzicht zu schließen und auch weitreichende Befugnisse im Alltag vermögen an der grundsätzlichen Weisungsunterworfenheit nichts zu ändern. Maßgeblich ist allein die zur Verfügung stehende Rechtsmacht. Es gelten die Regelungen des Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) und danach haben die Gesellschafter einer GmbH eine in jeder Hinsicht übergeordnete Geschäftsführerkompetenz, weil die Geschäftsführer der GmbH grundsätzlich weisungsgebunden sind, was sich mittelbar aus [§§ 6 Abs. 3, 37, 46 Nr. 5 GmbHG](#) ergibt. Das bedeutet, dass die Gesellschafter von Gesetzes wegen frei sind, in jeder beliebigen Geschäftsführerangelegenheit zu entscheiden (LSG Baden-Württemberg v. 14.10.2016 - [L 4 R 899/15 R](#) in juris, Rn. 105 mit weiteren Nachweisen).

Auch im vorliegenden Fall ist für die Klägerin als Minderheitengesellschafterin von einer "Schönwetter-Selbstständigkeit" auszugehen. Die anderen Gesellschafter hätten der Klägerin unliebsame Einzelweisungen erteilen und auch die GmbH kraft ihres Stimmrechts in fast jeder Geschäftsführerangelegenheit (z.B. auch die Bestellung von Geschäftsführern und Prokuristen — hierfür sind 65 % der Stimmanteile erforderlich) dominieren können, auch wenn die Auflösung der Gesellschaft, die Veränderung des Stammkapitals sowie die Aufnahme weitere Gesellschafter gegen den Willen der Klägerin nicht möglich gewesen wäre. Hieran vermag — wie das SG zutreffend festgestellt hat — auch die Stimmbindungsvereinbarung vom 18. September 2013, wonach alle wesentlichen Entscheidungen der Geschäftsführung eines übereinstimmenden Beschlusses der Gesellschafter-Geschäftsführer bedürfen und andernfalls zu unterbleiben haben, nichts zu ändern. Eine Sperrminorität ergibt sich mangels Verankerung im Gesellschaftsvertrag mit notarieller Beurkundung nicht und auch keine vergleichbare Situation. Nach der Rechtsprechung des BSG sind solche außerhalb des Gesellschaftsvertrages von den Gesellschaftern getroffene Stimmbindungsvereinbarungen nicht geeignet, die vertraglich festgelegten Rechtsmachtverhältnisse mit sozialversicherungsrechtlicher Bindungswirkung zu verschieben oder maßgeblich zu beeinflussen (BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 13/14 R](#) in juris Rn.31). Grund hierfür ist die Kündigungsmöglichkeit solcher Vereinbarungen, bei denen es sich um eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, die — wenn sie auf unbestimmte Zeit geschlossen sind — jederzeit ordentlich gemäß [§ 723 Abs. 1 S 1 BGB](#) kündbar sind (BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 13/14 R](#) in juris Rn.31 unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH, vgl. auch BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) in juris zu einem im Anstellungsvertrag eingeräumtem Vetorecht). Im Konfliktfall hätte also die in Rede stehende Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, die zeitlich nicht befristet wurde, jederzeit gekündigt werden können. Ob von dem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht worden ist oder wie wahrscheinlich dies gewesen wäre, ist im sozialversicherungsrechtlichen Kontext ohne Belang. Auf den Wahrscheinlichkeitsgrad von zukünftigen Ereignissen soll es nach der Rechtsprechung des BSG gerade nicht ankommen, vielmehr ist ausschließlich auf die "im Gesellschaftsrecht wurzelnde Rechtsmacht" abzustellen (BSG v. 29.07.2015 - [B 12 R 1/15 R](#) in juris Rn. 22). Der Vorhersehbarkeit der sozialversicherungsrechtlich zu beurteilenden Umstände kommt nach der Rechtsprechung des BSG eine hohe Bedeutung zu, weil im Interesse aller Beteiligten — der Versicherten und der Versicherungsträger — die Versicherungspflicht schon zu Beginn der Tätigkeit geklärt werden muss, weil diese nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten der Sozialversicherungsträger und die Leistungsansprüche der Betroffenen von entscheidenden Bedeutung sein kann (BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 13/14 R](#) in juris Rn. 27 mit weiteren Nachweisen). Deshalb ist bereits die Möglichkeit einer Zerrüttung unter den Gesellschaftern bei der Bestimmung der den Beteiligten zustehenden Rechtsmacht von Belang (BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 13/14 R](#) in juris Rn.31).

Dass tatsächlich vom Weisungsrecht keinerlei Gebrauch gemacht worden ist - auch hieran dürfte kein Zweifel bestehen - ändert nichts an dem Befund einer Tätigkeit für ein fremdes Unternehmen. Bei der Bewertung der rechtlichen Kompetenzen kommt es wegen des Erfordernisses der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Erfordernisse nach der Rechtsprechung des BSG gerade nicht darauf an, ob die Gesellschafter bislang von ihren Rechten Gebrauch gemacht haben. Maßgeblich ist allein die rechtliche Möglichkeit hierzu, die es z.B. gestattet, bei einem Zerwürfnis oder einem Streit zu intervenieren und dem Geschäftsführer Anweisungen zu erteilen, was seine Arbeitsgeborengenschaft ausschließt (BSG v. 11.11.2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) in juris Rn. 31).

Aus diesem Grund muss insoweit — wegen des Vorranges der Rechtsmacht — die praktizierte und von den Gesellschafter-Geschäftsführern gelebte Ausgestaltung der Gesellschaft außer Betracht bleiben und kann nicht bei der Abwägung berücksichtigt werden, wie die Klägerin meint. Dass es keine Weisungen gab und die Klägerin alle maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen selbst traf, muss nach der Rechtsprechung des BSG ebenso außer Betracht bleiben wie der hierdurch hervorgerufene Anschein, nicht in einen fremden Betrieb eingegliedert zu sein bzw. im eigenen Betrieb zu arbeiten. Das BSG hat der Rechtsmacht mit gutem Grund und im Hinblick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungsrechtlich relevanter Tatbestände wie der Versicherungspflicht den Vorrang gegenüber den tatsächlich gelebten Verhältnissen eingeräumt. Es wäre ein Zirkelschluss, diese Umstände bei der gebotenen Abwägung wieder zu berücksichtigen. Vielmehr werden die abwägungsrelevanten Kriterien durch die Rechtsmacht und die hieraus folgenden Gestaltungsmöglichkeiten — unabhängig von den praktizierten Verhältnissen — definiert. Deshalb kann auch der Anteil des weiteren Gesellschafter-Geschäftsführers nicht bei der Klägerin mitberücksichtigt werden. Denn sie hätte keine Rechtsmacht, im Konfliktfall ihr nicht genehme Weisungen der Mitgesellschafter zu verhindern, auch wenn bislang faktisch stets einvernehmlich gehandelt wurde.

Die vom Sozialgericht vorgenommene Abwägung ist nicht zu beanstanden. Die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände

sind gewichtiger als die Aspekte, die auf eine selbständige Tätigkeit hindeuten. Neben den sich über die Rechtsmacht definierenden tatsächlichen Verhältnissen sind vom Sozialgericht zutreffend zahlreiche Regelungen des Anstellungsvertrages in Ansatz gebracht worden, die typisch für ein Arbeitsverhältnis sind, was von der Klägerin im Berufungsverfahren auch für zutreffend befunden wurde. Das gilt für das vereinbarte Festgehalt mit Weihnachts- und Urlaubsgeld, den Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, den Jahresurlaubsanspruch von 27 Arbeitstagen, die Abstimmungspflicht mit dem weiteren Geschäftsführer und die Entrichtung von Lohnsteuer aus der Vergütung mit Verbuchung als Betriebsausgabe. Diese Punkte sind typisch für eine abhängige Beschäftigung, was nicht ausschließt, dass derartige Regelungen mitunter auch bei selbständig Tätigen zur Anwendung gelangen. Denn die Annahme, dass sie überwiegend im Rahmen von Arbeitsverhältnissen zur Anwendung kommen und diese prägen bzw. Ausfluss einer abhängigen Beschäftigung sind, dürfte auch von der Klägerin nicht in Abrede gestellt werden. Das Sozialgericht hat im Hinblick auf das vereinbarte Festgehalt zutreffend auf ein eher geringes und nicht wesentliches unternehmerisches Risiko geschlossen, was ebenfalls für eine abhängige Beschäftigung spricht.

Die hiergegen im Berufungsverfahren vorgetragene Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Das Risiko des Verlustes des Stammkapitals trifft jeden Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer und kann daher kein taugliches Abgrenzungskriterium bzw. nicht Kennzeichen für ein wesentliches unternehmerisches Risiko sein, das nach Auffassung des BSG immer mit einer besonderen Gestaltungsfreiheit verbunden sein muss. Hiervon kann bei einer Beteiligung am Stammkapital einer GmbH ebenso wie bei einem Darlehen grundsätzlich nicht ausgegangen werden. Es handelt sich vielmehr um eine eher mit einer Geldanlage vergleichbaren Investition. Das wirtschaftliche Risiko, für die Tätigkeit nicht entlohnt zu werden, trifft jeden Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Es kennzeichnet gerade nicht ein wesentliches Unternehmerrisiko, wie es beispielsweise bei einer größeren Investition der Fall sein kann.

Die demgegenüber für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Umstände treten im Rahmen der gebotenen Abwägung zurück und haben auch lediglich Indiz-Charakter, ohne dass ihnen maßgebliche Bedeutung zukommen würde. Nach der Rechtsprechung des BSG spricht die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) nicht zwingend für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit (vgl. BSG 11.11.2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) in juris Rn 18). Das gilt ebenso für die der Klägerin eingeräumte Alleinvertretungsbefugnis und die zu ihren Gunsten bestehende Kapitalversicherung. Diese Punkte deuten auf eine selbständige Tätigkeit hin, sind aber im Kontext der bereits dargestellten arbeitnehmer-typischen Umstände, insbesondere der vom BSG als besonders gewichtig eingeschätzten Rechtsmacht aufgrund der Stimmverhältnisse bzw. der Stimmanteile nicht dominant und treten dahinter zurück. Das gilt auch für die Fachkenntnisse der Klägerin und die Gründungsverhältnisse bzw. die vorhergehende Selbständigkeit. Durch die Änderungen des Gesellschaftsvertrages und der weiteren Aufnahme eines Gesellschafters haben sich die gesellschaftsrechtlichen und insbesondere die hieraus folgenden sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse maßgeblich geändert, so dass nunmehr für den streitgegenständlichen Beurteilungszeitraum eine abweichende Einstufung geboten ist. Hiervon abweichende frühere Verhältnisse sind zu Recht anders bewertet worden, Auswirkungen für spätere Änderungen ergeben sich hierdurch jedoch nicht.

Auch aus dem von der Klägerseite hervorgehobenen Umstand, dass die Klägerin als sogenannte qualifizierte Person gemäß [§ 12](#) Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) für die GmbH registriert worden ist, ergibt sich keine abweichende Bewertung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Die in [§ 12 Abs. 4 RDG](#) geforderte Weisungsunabhängigkeit und Weisungsbefugnis der qualifizierten Person hat keine Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtlichen Regelungen des GmbH-Gesetzes und gegebenenfalls hieraus folgenden sozialversicherungsrechtlichen Bewertungen.

Es ergibt sich auch keine Kollision mit dem RDG. [§ 12 Abs. 4 S. 1 RDG](#) sieht vor, dass juristische Personen wie die Beigeladene zu 1. mindestens eine natürliche Person benennen müssen, die alle nach Abs. 1 Nr. 1 und 2 erforderlichen Voraussetzungen erfüllt (qualifizierte Person). Nach S. 2 dieser Norm muss die qualifizierte Person in dem Unternehmen dauerhaft beschäftigt, in allen Angelegenheiten, die Rechtsdienstleistungen des Unternehmens betreffen, weisungsunabhängig und weisungsbefugt sowie zur Vertretung nach außen berechtigt sein. Zunächst einmal wird deutlich, dass die qualifizierte Person in dem Unternehmen beschäftigt sein muss. Damit wird eine selbstständige Tätigkeit gerade nicht vorausgesetzt. Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt eine solche Bewertung auch nicht aus dem Umstand, dass die qualifizierte Person in Angelegenheiten, die Rechtsdienstleistungen des Unternehmens betreffen, weisungsunabhängig und weisungsbefugt sein muss. Das betrifft lediglich den inhaltlichen Bereich der Rechtsdienstleistungen, der für die Einordnung des sozialversicherungsrechtlichen Status keine bzw. nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt. Ebenso wie ein Rechtsanwalt oder ein Steuerberater, kann auch die qualifizierte Person im Sinne des RDG einem allgemeinen Weisungsrecht unterliegen und in eine fremdbestimmte Ordnung eingegliedert und somit abhängig beschäftigt sein. Bei Diensten höherer Art ist das Weisungsrecht regelmäßig auf eine funktionsgerechte Teilhabe der betrieblichen Abläufe bzw. am Arbeitsprozess reduziert. Die hier in Rede stehenden Kriterien im Rahmen der aus dem gesellschaftlichen Verhältnissen folgenden Rechtsmacht betreffen nahezu ausschließlich die unternehmerischen Entscheidungen wie z.B. die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, Personalentscheidungen, Kundenakquise, Werbung, Entscheidungen über Investitionen oder die Ausrichtung der Tätigkeit sowie die Übernahme von Aufträgen und beziehen sich nicht auf ein Weisungsrecht für die Kerntätigkeit im Bereich von Rechtsdienstleistungen. Über diese nach der Rechtsprechung des BSG wesentlichen Kriterien trifft das RDG keine Aussage und es ergeben sich hierdurch auch keine Vorgaben. Die im Gesellschaftsrecht wurzelnde Rechtsmacht wird durch das RDG deshalb nicht berührt.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen gemäß [§ 160 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft  
Aus  
Login  
HAM  
Saved  
2019-02-11