

## L 1 KR 311/15

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Frankfurt (Oder) (BRB)  
Aktenzeichen  
S 4 KR 195/11  
Datum  
10.07.2015  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 1 KR 311/15  
Datum  
14.09.2017  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 KR 95/17 B  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 10. Juli 2015 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 1) steht.

Der 1965 geborene Kläger ist Orthopädietechniker. Zusammen mit R H gründete er durch notariellen Vertrag vom 6. Dezember 2010 die Beigeladene zu 1), die am 22. Dezember 2010 in das Handelsregister eingetragen wurde. Von dem Stammkapital von 75.000,- EUR hielt der Kläger mit 36.750,- EUR 49 %, sein Mitgesellschafter dagegen mit 38.250,- EUR 51 %. Nach dem Gesellschaftervertrag wurden Beschlüsse der Gesellschaft mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, für die Veräußerung von Geschäftsanteilen, der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie sämtliche Grundstücksgeschäfte sollte dagegen eine  $\frac{3}{4}$  Mehrheit erforderlich sein. Der Kläger war ursprünglich als Geschäftsführer bestellt worden. Mit Wirkung zum 31. Dezember 2010 wurde er als Geschäftsführer abberufen und sein Mitgesellschafter zum neuen Geschäftsführer ernannt. Der Kläger wurde ab dem 1. Januar 2011 als Prokurist bestellt, ein entsprechender Anstellungsvertrag mit der Beigeladenen zu 1) wurde am 30. Dezember 2010 geschlossen. Für die Einzelheiten dieses Vertrags wird auf die Verwaltungsakte Bezug genommen. Die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer und seine Bestellung zum Prokuristen wurde am 4. Januar 2011 in das Handelsregister eingetragen und am 7. Januar 2011 bekannt gemacht.

Am 22. Dezember 2010 beantragte die Beigeladene zu 3) im Auftrag des Klägers bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers. Nach Anhörung des Klägers entschied die Beklagte durch Bescheid vom 26. April 2011, dass der Kläger seine Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter bei der Beigeladenen zu 1) seit dem 1. Januar 2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Seit Aufnahme der Tätigkeit bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass der Kläger aufgrund seiner Kapitalbeteiligung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen zu 1) habe, ein gesonderter Anstellungsvertrag bestehe, der seine Mitarbeit regele, er nicht mehr zum Geschäftsführer bestellt sei, für seine Tätigkeit eine gleichbleibende monatliche Vergütung von 3.500,- EUR erhalte und der Arbeitsvertrag arbeitnehmertypische Regelungen zur Weiterzahlung der Bezüge im Krankheitsfall und zur Kündigung enthalte. Für eine selbständige Tätigkeit spreche die Beteiligung am Stammkapital. Die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale würden überwiegen.

Mit seinem Widerspruch machte der Kläger geltend, dass die tatsächlich von ihm wahrgenommenen Befugnisse und Aufgaben weit über den Arbeitsvertrag hinausgingen. Er habe mit seinem Mitgesellschafter eine gemeinsame Firma gegründet, jeder habe für alles Verantwortung. Er - der Kläger - könne nach eigenem Gutdünken schalten und walten, ihm würden keine Vorgaben betreffend Inhalt, Zeit und Ort seiner Tätigkeit gemacht. Die Höhe des Gehalts entspreche nicht dem Umfang seiner Mitarbeit, ihm sei Einzelprokura und Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) erteilt. Auch bestehe wegen des vereinbarten Erfordernisses der  $\frac{3}{4}$  Mehrheit ein maßgeblicher gesellschaftsrechtlicher Einfluss.

Die Beklagte wies den Widerspruch durch Widerspruchsbescheid vom 14. September 2011 zurück. Bei mitarbeitenden Gesellschaftern liege auch bei einer Kapitalbeteiligung von 50 Prozent und einer Sperrminorität kein maßgeblicher Einfluss vor. Gegenteiliges gelte nur für Geschäftsführer. Da der Kläger nicht als solcher bestellt sei, erschöpfe sich seine Rechtsmacht darin, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Er könne weder den Geschäftsbetrieb bestimmen noch maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen. Seine Arbeitsleistung bleibe trotz weitgehender Gestaltungsfreiheit fremdbestimmt. Insoweit komme es nicht auf die

tatsächliche Ausübung einer Überwachungsbefugnis, sondern auf die vorhandene Rechtsmacht an.

Mit der am 14. Oktober 2011 bei dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) eingegangenen Klage begehrt der Kläger die Aufhebung des Bescheides vom 26. April 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. September 2011 und die Feststellung, dass er in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) nicht der Versicherungspflicht unterliegt. Er hat darauf hingewiesen, dass sein Anstellungsvertrag am 1. Januar 2011 dahingehend geändert worden sei, dass die Regelungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, den Jahresurlaub und die Kündigung entfielen. Der Gesellschaftsvertrag sei am 2. November 2011 dahingehend geändert worden, dass auch für die Abberufung des Prokuristen und den Erwerb und die Veräußerung von Gegenständen oder Sachgesamtheiten im Wert über 30.000,- EUR eine  $\frac{3}{4}$  Mehrheit der Gesellschafter erforderlich sei. Er beziehe das gleiche Gehalt wie der Mehrheitsgesellschafter, mit dem er auch ein Startdarlehen für den Geschäftsbetrieb der Beigeladenen zu 1) über 150.000,- EUR aufgenommen habe. Seit dem 18. März 2015 sei er zudem als weiterer alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) in das Handelsregister eingetragen.

Das Sozialgericht hat durch Urteil vom 10. Juli 2015 den Bescheid vom 26. April 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. September 2011 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger nicht der Versicherungspflicht nach dem Recht der Rentenversicherung, der Arbeitslosenversicherung, der Krankenversicherung und der Pflegeversicherung in seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) unterliege. Zu Unrecht sei die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen. Im Falle des Klägers seien Merkmale sowohl für eine abhängige Beschäftigung als auch für eine Selbstständigkeit gegeben. Zur Überzeugung der Kammer überwiegen allerdings (gerade noch) die Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit. Für eine abhängige Beschäftigung spreche, dass der Kläger nicht in einer eigenen Betriebsstätte tätig sei, sondern bei der Beigeladenen zu 1), die als juristische Person des Privatrechts eine eigenständige Rechtspersönlichkeit sei. Der Anstellungsvertrag enthalte eine Vielzahl von Regelungen, die für ein Arbeitsverhältnis typisch seien, wie die Verpflichtung, die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages und der Weisungen der Gesellschafterversammlung zu führen, Regelungen über eine feste monatliche Vergütung und eine Tantieme von 5 % des Jahresgewinns der Gesellschaft nach Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung. Dagegen seien die für ein Arbeitsvertrag typischen Regelungen über eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, über einen festen Urlaubsanspruch sowie die ursprünglich ebenfalls enthaltene Regelung über ein Kündigungsrecht gestrichen worden. Die Regelungen in den §§ 1-3 des Anstellungsvertrages, nach welchen der Kläger die Geschäfte nach den Weisungen der Gesellschafterversammlung zu führen habe, bewirkten, dass die Gesellschafterversammlung und damit der Mitgesellschafter dem Kläger konkrete Vorgaben machen könne. Der Kläger sei damit in das Unternehmen eingegliedert. Beide Mitgesellschafter arbeiteten dort mit und jeder habe seinen eigenen Verantwortungsbereich, sie stimmten sich täglich zu Fragen der Leitung und Lenkung des Betriebes ab. Wesentliches Kriterium zur Beurteilung der Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Gesellschaft sei bei dem mitarbeitenden Gesellschafter einer GmbH das Ausmaß seiner Teilhabe am Stammkapital. Bei besonderen Umständen sei auch bei einem unter 50 % liegenden Anteil Selbstständigkeit möglich. Gesellschafter, die gleichberechtigt seien und maßgebliche Entscheidungen im Konsens treffen würden, müssten selbstständig sein. Das gelte auch für einen Gesellschafter, der weniger als 50 % des Stammkapitals halte, wenn er über eine Sperrminorität verfüge, kraft derer er ihm nicht genehme Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern könne. Im Falle des Klägers beziehe sich die Schutzklausel auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft und nicht nur auf einige bedeutende. Der Kläger verfüge über eine erhebliche Sperrminorität, die ihm einen maßgeblichen Einfluss auf die Beigeladene zu 1) verschaffe. Diese greife zunächst bei den Geschäften, für die nach dem Gesellschaftsvertrag eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen erforderlich seien, wie die Veräußerung von Geschäftsanteilen, Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie die Bestellung und Abberufung von Prokuristen (weswegen er seine eigene Abberufung und den Einsatz eines weiteren Geschäftsführers bzw. Prokuristen verhindern könne). Die Sperrminorität umfasse auch den Erwerb und die Veräußerung einzelner Gegenstände bzw. Sachgesamtheiten im Wert von mehr als 30.000 EUR. Der Kläger habe damit Einfluss auf größere Anschaffungen und Investitionen, die nicht gegen seinen Willen getätigt werden könnten. Das stelle einen maßgeblichen Einfluss in der kleinen Firma dar, der die unterschiedlichen Prozente der Geschäftsanteile ausgleiche. Im Übrigen sei nach den Darlegungen des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung die Festlegung unterschiedlicher Geschäftsanteile aus der Überlegung entstanden, dass in bestimmten Situationen eine Pattsituation verhindert werden solle, als Schutzmechanismus für das Unternehmen. Bei dem grundsätzlichen Willen, das Unternehmen gemeinsam zu begründen und zu führen, und dem auch so gelebten Alltag erweise sich die vereinbarte Teilung der Geschäftsanteile als marginal und unbeachtlich. Die tatsächlichen Verhältnisse würden erkennen lassen, dass der Kläger und sein Mitgesellschafter als Prokurist und Geschäftsführer die Geschäfte der relativ kleinen Firma gemeinsam geführt hätten, wie dies bei der Gründung auch beabsichtigt gewesen sei. Dafür spreche auch, dass sie das Unternehmensrisiko im Wesentlichen gemeinsam tragen würden. Das Risiko und die Haftung für den Verlust der Gesellschaft würden sie nur mittelbar tragen, da beide ein festes Monatsgehalt beziehen würden. Allerdings hafteten sie zu gleichen Teilen als Gesamtschuldner für das ausgereichte Startdarlehen und für wesentliche Investitionen wie die Anschaffung von Pkws.

Gegen das ihr am 17. Juli 2015 zugestellte Urteil richtet sich die am 3. August 2015 bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingegangene Berufung der Beklagten. Der Kläger könne aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Regelungen keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH ausüben. Das Sozialgericht ignoriere die jüngeren Entscheidungen des BSG. Zu beurteilen sei die Mitarbeit des Klägers als Prokurist der Beigeladenen zu 1). Die ständige Rechtsprechung des BSG verneine das Beschäftigungsverhältnis eines mitarbeitenden GmbH-Gesellschafters regelmäßig nur unter der Voraussetzung, dass dieser kraft seines Anteils am Stammkapital maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen könne. Nicht zur Geschäftsführung bestellte mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH – wie der Kläger – hätten nur dann maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, wenn sie Mehrheitsgesellschafter seien (Hinweis auf BSG vom 15. Januar 2006 – B 12 KR 30/40 R). Das BSG habe mit Urteil vom 25. Januar 2006 klargestellt, dass ein GmbH-Gesellschafter, der nicht zum Geschäftsführer bestellt sei, allein aufgrund seiner Gesellschafterrechte nicht die Rechtsmacht besitze, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben oder abzuschwächen. Sowohl Minderheitsgesellschafter als auch hälftig am Kapital einer GmbH beteiligte mitarbeitende Gesellschafter ohne Geschäftsführerfunktion seien insbesondere nicht in der Lage, Abweichungen von der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung herbeizuführen, wonach die Dienstaufsicht über die Angestellten vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen der laufenden Geschäftsführung, d.h. den Geschäftsführer zugewiesen seien. Der Kläger sei seit dem 1. Januar 2011 als Geschäftsführer abberufen und seitdem lediglich Prokurist gewesen. Mit seinem Geschäftsanteil i.H.v. 49 % habe er nicht die Rechtsmacht gehabt, kraft seines Anteils am Stammkapital maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Er sei nicht der Lage gewesen, Einzelanweisung der Geschäftsführung im Bedarfsfall jederzeit zu verhindern. Nur mitarbeitende Mehrheitsgesellschafter könnten einen anderen Mehrheitsbeschluss jederzeit herbeiführen. Auch durch die erneute seit dem 18. März 2015 in das Handelsregister eingetragene Bestellung zum Geschäftsführer sei keine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten. Auch als Gesellschafter-Geschäftsführer sei der Kläger nur mit 49 % an der Beigeladenen zu 1) beteiligt gewesen. Gesellschafterbeschlüsse würden

grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Der Kläger sei unstreitig weder in der Lage, die Gesellschaft zu beherrschen noch verfüge er über eine entsprechende Sperrminorität. Er habe nicht die Rechtsmacht gehabt, Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft zu nehmen und ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Folglich habe er sich in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung befunden. Der Umstand, dass der Kläger aufgrund seiner eingeschränkten Sperrminorität einzelne Beschlüsse verhindern konnte, führe nicht zu einer anderen Beurteilung. Das BSG habe klargestellt, dass Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, die keinen maßgebenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft hätten, also weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine umfassende Sperrminorität verfügten, grundsätzlich als Arbeitnehmer anzusehen seien. Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Sperrminorität, die sich nicht auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft beziehe, würden keinen maßgeblichen Einfluss besitzen. Sie seien nicht in der Lage, sich gegen Weisungen der Mehrheit in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort ihrer Geschäftsführertätigkeit, die ihnen nicht genehm seien, zur Wehr zu setzen. Dem Kläger sei im Gesellschaftsvertrag keine umfassende Sperrminorität eingeräumt worden. Soweit in der Vergangenheit von den Gesellschaftern einstimmige Beschlüsse gefasst worden seien, zeige dies lediglich, dass sie sich einig gewesen wären. Eine besondere Rechtsmacht werde dadurch nicht begründet. Eine angestrebte Einigkeit und Einstimmigkeit begründe keine Sperrminorität und damit auch keinen maßgeblichen Einfluss. Die unterschiedlichen Gesellschaftsanteile seien bewusst gewählt worden, und in bestimmten Situationen eine Pattsituation zu verhindern. Diese Regelung deute auf Weisungsgebundenheit hin. Die zu Gunsten der Gesellschafterversammlung bestehende Rechtsmacht zur Beschlussfassung sei Teil der tatsächlichen Verhältnisse und ein schwer wiegendes Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Der Kläger habe funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der Beigeladenen zu 1) teilgenommen. Dies dokumentiere auch der Arbeitsvertrag, wonach der Kläger die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und einer etwaigen Geschäftsordnung zu vertreten und zu führen habe. Weisungen der Gesellschafterversammlung seien zu befolgen. Der Kläger beziehe auch ein monatliches vom Gewinn oder Verlust unabhängiges Entgelt, das als Betriebsausgabe verbucht und von dem Lohnsteuer entrichtet werde. Werde steuerlich von einem Arbeitslohn ausgegangen, liege regelmäßig auch ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor (Hinweis auf BSG vom 21. April 1993 - [11 RAr 67/92](#)). Die Übernahme von Bürgschaften stelle kein Unternehmerrisiko dar. Diese seien nicht für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich und stünden deswegen nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung der Pflichten als Gesellschafter-Geschäftsführer. Insoweit sei die Bedeutung einer Bürgschaft für die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung der Tätigkeit gering (Hinweis auf BSG vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#)).

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 10. Juli 2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend. Die Beklagte verkenne seine Stellung als Prokurist und setze ihn einem einfachen Angestellten gleich. Als Prokurist sei er der bestellte Vertreter der Gesellschaft und nicht nur ihr Angestellter gewesen. Auch komme es nicht darauf an, ob ein Gesellschafter mehr als 50 % der Anteile einer Gesellschaft halte. Zutreffend habe das Sozialgericht ausgeführt, dass er - der Kläger - über eine erhebliche Sperrminorität verfügte, die ihm maßgeblichen Einfluss auf die Beigeladene zu 1) verschafft habe. Die tatsächlichen Verhältnisse sprächen gerade gegen seine abhängige Beschäftigung. Auch verkenne die Beklagte, dass er gemeinsam mit seinem Mitgesellschafter die Satzung der Gesellschaft beschlossen habe. Änderungen seien aufgrund der bestehenden Sperrminorität nur mit seiner Zustimmung möglich. Unklar sei, inwieweit er - der Kläger - funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der Beigeladenen zu 1) teilnehme. Der Mehrheitsgesellschafter nehme gleichermaßen an den Arbeitsaufgaben der Gesellschaft teil. Auch diesem sei es aufgrund der Sperrminorität nicht möglich, Mehrheitsbeschlüsse zu fassen. Nach der Satzung stehe der Mehrheitsgesellschafter nicht anders als er - der Kläger. Beide hätten übereinstimmend ausgeführt, dass sie ihre Arbeiten für die Gesellschaft in ihren Bereichen selbständig und ohne Weisungen ausführten. Gegenüber den Angestellten hätten beide die Direktionsbefugnis, sie könnten unabhängig voneinander Geschäfte für und gegen die Gesellschaft abschließen. Auch habe er - der Kläger - bereits dargelegt, dass er das Unternehmen von Beginn an völlig gleichberechtigt neben dem weiteren Gesellschafter geführt habe, ein eigenes Unternehmerrisiko trage und sein Beschäftigungsverhältnis durch die freie Verfügung über die eigene Arbeitskraft gekennzeichnet sei. Danach liege keine abhängige Beschäftigung vor. Für die weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 10. Juli 2015 ist begründet. Das Sozialgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 26. April 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. September 2011 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Der Kläger war seit dem 1. Januar 2011 bei der Beigeladenen zu 1) versicherungspflichtig beschäftigt.

Rechtsgrundlage des angefochtenen Bescheides ist [§ 7a SGB IV](#). Danach hat die Beklagte im Anfrageverfahren über das Vorliegen einer die Versicherungspflicht auslösenden Beschäftigung zu entscheiden. Mit Recht ist die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden von Versicherungspflicht ausgegangen. Nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 20 Abs. 1 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch und [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die danach für den Eintritt von Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung erforderliche Beschäftigung wird in [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) definiert. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Abzugrenzen ist die eine Versicherungspflicht begründende abhängige Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit. Nach der Rechtsprechung des BSG liegt Beschäftigung vor, wenn die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird. Dieses Merkmal ist bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb gegeben, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und mit seiner Tätigkeit einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung erfassenden

Weisungsrecht unterliegt. Dabei kann sich die Weisungsgebundenheit insbesondere bei Diensten höherer Art zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern. Dagegen ist eine selbständige Tätigkeit durch ein eigenes Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freie Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob eine abhängige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit vorliegt, richtet sich danach, welche der genannten Merkmale bei Betrachtung des Gesamtbildes der Verhältnisse überwiegen (Urteile des BSG vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - und Urteil vom 12. November 2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) -).

Ausgangspunkt der Prüfung, ob der Kläger für die Beigeladene zu 1) im Rahmen einer Beschäftigung oder als Selbständiger tätig wurde, sind die für die Tätigkeit maßgeblichen vertraglichen Vereinbarungen. Dabei kommt den tatsächlichen Verhältnissen, welche sich aus dem Inhalt der vertraglich begründeten Rechtsbeziehungen sowie den Umständen der Tätigkeit ergeben, besondere Bedeutung zu, weil die Versicherungspflicht kraft Gesetzes entsteht und deswegen nicht Gegenstand einzelvertraglicher Vereinbarungen sein kann. Entscheidend für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist somit die Ausgestaltung der Tätigkeit, welcher gegebenenfalls sogar stärkeres Gewicht als abweichenden vertraglichen Regelungen des Beschäftigungsstatus zukommen kann (Urteil des BSG vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - juris Rn 17; Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) - juris Rn 17). Dabei werden die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich durch die den Beteiligten jeweils zukommende Rechtsmacht geprägt. Vertraglich begründete Rechtspositionen bleiben deswegen solange beachtlich, wie sie nicht rechtswirksam wieder abbedungen worden sind.

Entscheidendes Merkmal für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist das Bestehen von Weisungsgebundenheit. Auch nach Bestellung zum weiteren Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) und der erfolgten Eintragung in das Handelsregister war der Kläger nach [§ 37 Abs. 1 GmbHG](#) zur Einhaltung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verpflichtet.

Vor diesem Hintergrund kann er nur dann als selbständig angesehen werden, wenn er in der Gesellschafterversammlung maßgeblichen Einfluss hinsichtlich der Ausgestaltung der Vorgaben für seine eigene Tätigkeit hatte. Ansonsten wäre er hinsichtlich seiner Tätigkeit dem Weisungsrecht einer für ihn fremden juristischen Person, nämlich der Beigeladenen zu 1), unterworfen gewesen.

Allgemein gilt für den Geschäftsführer einer GmbH, dass grundsätzlich kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, wenn er mindestens über die Hälfte des Stammkapitals verfügt und damit einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft besitzt (BSG v. 11. November 2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) - juris Rn 23; v. 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) - juris Rn 16; Seewald in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, [§ 7 SGB IV](#) Rn. 89 ff.). Verfügt der Gesellschafter dagegen über weniger als 50 v. H. des Stammkapitals, stellt dieser Umstand in der Regel ein Indiz dafür dar, dass er abhängig beschäftigt ist. Das Indiz kann zwar durch besondere Umstände entkräftet werden, so dass auch bei einem unter 50 v. H. liegenden Anteil Selbstständigkeit möglich ist. Allerdings wird der mitarbeitende Gesellschafter bei diesem Kapitalanteil in der Regel an Entscheidungen der Gesellschafterversammlung, die er nicht endgültig beeinflussen kann und durch die ihm Weisungen erteilt werden, gebunden sein, so dass von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen ist. In diesem Zusammenhang ist nicht maßgebend, ob dem Geschäftsführer tatsächlich Weisungen von der Gesellschafterversammlung erteilt worden sind. Entscheidend ist, ob der Geschäftsführer die Rechtsmacht hatte zu verhindern, dass ihm Weisungen erteilt werden. Wollte man anders entscheiden, gäbe es Fälle der "Schönwetter-Selbständigkeit", in denen erst nach Beendigung der Tätigkeit anhand des bisherigen Ausbleibens von Weisungen festgestellt werden könnte, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung gehandelt hat. Das stünde indessen im Widerspruch zu dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungsrechtlicher und beitragsrechtlicher Tatbestände, die schon zu Beginn der Tätigkeit gegeben sein müssen (Urteile des BSG vom 11. November 2015 - [B 12 KR 2/14 R](#), - und - [B 12 KR 10/14 R](#) -, zitiert nach juris).

An diesen Maßstäben gemessen, war der Kläger nicht selbstständig tätig. Nach [§ 6 Abs. 6](#) des Gesellschaftsvertrags bedürfen die Beschlüsse der Gesellschaft grundsätzlich der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei auf jeden Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme entfällt. Der Kläger hielt aber von den 75.000,- EUR des Gesellschaftskapitals nur 36.750,- EUR, so dass auf ihn nicht die Mehrheit der Stimmen in der Gesellschafterversammlung entfiel und er auch nicht deren Hälfte hielt.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass nach [§ 6 Abs. 6 Satz 2](#) des Gesellschaftsvertrages Beschlüsse über bestimmte Gegenstände einer Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen bedürfen. Zu den Gegenständen, auf die sich die Sperrminorität des Klägers nach den genannten Regelungen erstreckt, zählen nach dem letzten Stand des Gesellschaftsvertrags

- Veräußerung von Geschäftsanteilen
- Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern
- Sämtliche Grundstücksgeschäfte
- Bestellung und Abberufung von Prokuristen
- Erwerb und Veräußerung einzelner Gegenstände bzw. Sachgesamtheiten im Wert von mehr als 30.000,- EUR

Auch wenn damit wesentliche Fragen der Gesellschaft betroffen sind, sind diese nicht maßgebend dafür, ob der Kläger bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit fremden Weisungen unterlegen hat. Nur eine umfassende Sperrminorität, die alle den Geschäftsführer selbst betreffenden Angelegenheiten umfasst, ist geeignet, die Annahme von Selbständigkeit für einen Geschäftsführer zu begründen, der nur eine Minderheitsbeteiligung am Gesellschaftskapital hält (BSG v. 29. Juni 2016 - [B 12 R 5/14 R](#) - juris Rn 39, v. 24. September 1992 - [7 RAr 12/92](#) - juris Rn 19). Es kommt demnach gerade auf die Möglichkeit der Verhinderung von Weisungen an den Geschäftsführer an. Für diese ist in dem Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 1) indessen keine Sperrminorität vorgesehen. Auch der Umstand, dass für die Entlassung des Klägers als Geschäftsführer nach dem Gesellschaftsvertrag eigentlich seine eigene Zustimmung erforderlich war, reicht nicht aus. Denn das beseitigt nicht die Möglichkeit der Gesellschafterversammlung, ihm Weisungen zu erteilen. Nach [§ 38 Abs. 2 GmbHG](#) war es jedenfalls möglich, den Kläger aus wichtigem Grund abzuberufen. Im Rahmen der Beschlussfassung über einen solchen Antrag wäre der Kläger auch nicht stimmberechtigt (BGH v. 21. April 1969 - [II ZR 200/67](#)). Demzufolge hatte er nicht die Rechtsmacht, Weisungen der Gesellschafterversammlung an ihn zu Fall zu bringen. In diesem Zusammenhang ist nicht entscheidend, ob dem Kläger jemals tatsächlich Weisungen erteilt worden sind. Entscheidend ist, dass er nicht die Rechtsmacht hatte, dies schlechthin zu verhindern. Wollte man anders entscheiden, gäbe es Fälle der "Schönwetter-Selbständigkeit", in denen erst nach Beendigung der Tätigkeit anhand des bisherigen Ausbleibens von Weisungen festgestellt werden könnte, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung gehandelt hat. Das stünde indessen im Widerspruch zu dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungsrechtlicher und beitragsrechtlicher Tatbestände, die schon zu Beginn der Tätigkeit gegeben sein müssen (Urteile des BSG vom 11. November 2015 - [B 12 KR 2/14 R](#), - und - [B 12 KR 10/14 R](#) -, zitiert nach juris).

Auch die dem Kläger eingeräumte weitgehende Selbstbestimmung seiner Arbeit für die Beigeladenen zu 1) führt nicht zur Annahme von Selbständigkeit. Konkrete Handlungsanweisungen werden gerade bei Diensten höherer Art, wie bei einer Geschäftsführertätigkeit, regelmäßig nicht, jedenfalls aber nur in einem sehr eingeschränkten Umfang erteilt. Das Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers reduziert sich insoweit zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess (Urteil des BSG vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 12/05 R](#) -, zitiert nach juris). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen, der Betroffene also in den Betrieb eingegliedert ist. Das war vorliegend aber der Fall. Der Kläger war im Organisationsgefüge der Beigeladenen zu 1) tätig, die eine für ihn fremde juristische Person war. Er unterlag dabei der rechtlichen Möglichkeit fremder Kontrolle und Überwachung und war somit in eine vorgegebene Ordnung eingegliedert.

Der Kläger hat schließlich auch als Geschäftsführer nur eingeschränkt ein unternehmerisches Risiko getragen. Maßgebendes Kriterium für ein derartiges Risiko ist der Einsatz von Kapital oder der eigenen Arbeitskraft, verbunden mit der Gefahr des Verlustes, so dass der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist. Ein derartiger Sachverhalt ist hier nicht gegeben. Der Kläger erhielt eine monatliche Vergütung, unabhängig von dem Erfolg seiner Tätigkeit. Er trug damit nicht das Risiko, den Einsatz seiner Arbeitskraft nicht vergütet zu bekommen.

Ist danach selbst für die Zeit ab Bestellung zum weiteren Geschäftsführer von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen, gilt dies erst recht während der Tätigkeit des Klägers als Prokurist. Ein GmbH-Gesellschafter, der von der GmbH angestellt und nicht einmal zum Geschäftsführer bestellt wurde, besitzt allein aufgrund seiner Gesellschafterrechte in der Gesellschafterversammlung nicht zugleich auch die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft nach Belieben aufzuheben oder auch nur abzuschwächen. Die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Angestellten der GmbH ist Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung (BSG, Urteil vom 11. November 2015 - [B 12 R 2/14 R](#) - Rdnr. 37 mit weiteren Nachweisen). Die laufenden Geschäfte der Beigeladenen zu 1) führte während der Stellung des Klägers als Prokurist allein sein Mitgesellschafter, der damit die rechtliche Möglichkeit hatte, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Davon ganz abgesehen hatte der Kläger auch während der Zeit als Prokurist keine Mehrheit in der Gesellschafterversammlung.

Nach alledem war auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Sozialgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen.

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

Gründe für die Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2018-01-18