

S 15 R 825/12

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

SG München (FSB)

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

15

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 15 R 825/12

Datum

19.02.2014

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 16 R 295/14

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Im Einzelfall kann eine Gesellschafter-Geschäftsführerin, die nach ihren satzungsmäßigen Rechten keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft hat, selbstständig tätig sein, wenn im Übrigen ein volles unternehmerisches Risiko bzw. eine volle unternehmerische Chance gegeben ist.

I. Der Bescheid vom 5.8.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21.3.2012 wird aufgehoben.

II. Die Beklagte wird verpflichtet festzustellen, dass die Klägerin zu 1. ihre Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführerin der Klägerin zu 2. in der Zeit vom 1.1.2011 bis 11.10.2011 selbstständig ausgeübt hat und keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

III. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerinnen zu 1. und zu 2.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um den versicherungsrechtlichen Status der Klägerin im Hinblick auf ihre Tätigkeit bei der Beigeladenen in der Zeit vom 1.1.2011 bis zum 11.10.2011 und um die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die 1964 geborene Klägerin zu 1. beantragte am 20.5.2011 bei der Beklagten die Feststellung, dass eine Beschäftigung im Sinne von [§ 7a](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch – SGB IV – nicht vorliegt. Die Klägerin ist seit dem 1.1.2011 Gesellschafter-Geschäftsführerin der Klägerin zu 2 ... Die Klägerin zu 1. ist für den Unternehmensbereich "Internationales Profiling und Marketing-Kampagnen", der Mit- und Mehrheitsgesellschafter C. (Anteil: 75 %) für die "Lead-Generierung" zuständig, das heißt beide Geschäftsführer verantworten jeweils einen eigenständigen Geschäftsbereich.

Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin zu 2. mit dem Unternehmensgegenstand "Anbieten von Marketing- und Vertriebsberatung" wurde mit notariellem Vertrag vom 9.9.2009 neu gefasst. Die Klägerin zu 1. hält nach dem Gesellschaftsvertrag (nunmehr: GV) einen Anteil von 25 %, Herr C. einen Anteil von 75 % des Stammkapitals in Höhe von 40.000 EUR. Die Klägerin zu 1. ist mit Herrn C. nicht verwandt oder verschwägert. Gemäß § 6 GV kann jedem Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss die Befugnis erteilt werden, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten uneingeschränkt zu vertreten. Gemäß Handelsregistrauszug vom 11.2.2014 sind beide Geschäftsführer einzelvertretungsberechtigt.

Die Gesellschafterversammlung ist nur beschlussfähig, wenn mindestens 75 % des Stammkapitals anwesend oder vertreten sind. Ist dies nicht der Fall, so ist eine neue Gesellschafterversammlung zu berufen, die ohne Rücksicht auf die Höhe des erschienenen oder vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist, § 8 GV. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, § 7 GV. Gemäß § 20 GV gelten die gesetzlichen Bestimmungen, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt. Die Klägerin zu 1. konnte im streitgegenständlichen Zeitraum nicht durch in der Satzung festgeschriebene Sonderrechte Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Sie gewährte der Klägerin zu 2. keine Darlehen oder übernahm Bürgschaften für diese.

Die Tätigkeit der Klägerin zu 1. ist im Anstellungsvertrag vom 10.1.2011 (nunmehr: AV) geregelt. Dieser wurde für die Beigeladene von Herrn C. unterzeichnet. Der unbefristete Vertrag kann mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt werden. Die Bestellung der Klägerin zu 1. zur Geschäftsführerin kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung jederzeit widerrufen werden; der Widerruf gilt

dann als Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt, § 1 Abs. 1 und Abs. 2 AV. Die Klägerin zu 1. hat für die im Gesellschaftsvertrag als zustimmungspflichtig bestimmten Geschäfte (§ 20 Abs. 1 GV) die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Im übrigen ist sie in ihren Handlungen nicht eingeschränkt, § 2 Abs. 2 AV. Sie führt die Geschäfte jedoch nach Maßgabe der Gesetze, Weisungen der Gesellschafterversammlung und des Gesellschaftsvertrags unter Berücksichtigung des AV mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aus, § 2 Abs. 3 AV. Die Klägerin zu 1. ist einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen nach [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch befreit, § 2 Abs. 4 AV. Sie ist befugt, selbstständig Personal einzustellen und zu entlassen, § 2 Abs. 5 AV.

Die Klägerin zu 1. erhielt im streitgegenständlichen Zeitraum ab dem 1.1.2011 nach der ursprünglichen Vertragsfassung ein monatliches Gehalt von 5.000 EUR. Mit Ergänzungsvertrag vom 2.9.2011 wurde der AV dahingehend abgeändert, dass die Klägerin zu 1. rückwirkend zum 1.1.2011 ein variables Gehalt in Höhe von einem Drittel des Projektertrags aus den von der Geschäftsführerin betreuten und auf diese zugeschlüsselten Projekte erhält. Der nach dem Ergänzungsvertrag vereinbarte Abschlag in Höhe von jährlich 60.000 EUR in 12 Monatsraten wird auf dieses variable Gehalt angerechnet. Die Verrechnung erfolgt spätestens bis zum 31. März des Folgejahres, wobei die Klägerin zu 2. einen Erstattungsanspruch hat, sofern die Abschlagszahlungen das variable Gehalt überschreitet.

Reisekosten und sonstige Aufwendungen, die im Interesse der Gesellschaft notwendig waren, werden gegen Einzelnachweis erstattet, § 3 AV. Gemäß § 5 AV ist eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden vorgesehen, wobei die Klägerin zu 1. an bestimmte Arbeitszeiten und an einen bestimmten Arbeitsort nicht gebunden ist. Bzgl. des Arbeitsortes unterhielt die Klägerin zu 1. im streitgegenständlichen Zeitraum eine eigene Betriebsstätte in A-Stadt (D-Straße). Von dort führte sie auslaufende Arbeiten bezüglich ihrer vorherigen selbstständigen Unternehmungen sowie Arbeiten für die Klägerin zu 2. aus.

Die Klägerin zu 1. erhielt 28 Arbeitstage Urlaub im Kalenderjahr, wobei der Zeitpunkt des jeweiligen Urlaubsantritts mit den jeweiligen betrieblichen Notwendigkeiten abgestimmt werden sollte, § 6 AV. Bei Krankheit oder sonstiger Verhinderung blieb der Gehaltsanspruch bis zur Dauer von drei Monaten in vollem Umfang bestehen. § 9 AV enthält schließlich eine doppelte Schriftformklausel.

Nach Anhörung vom 31.5.2011 wies die Klägerin zu 1. insbesondere auf die Regelungen von § 2 AV hin. Soweit der Vertrag Einschränkungen der Freiheitsposition der Klägerin zu 1. vorgenommen habe, sei dies nur erfolgt, um Herrn C. zu schützen. Dieser habe der Klägerin zu 2. nur insoweit Freiheitsrechte einräumen können, als elementare Gesellschafterrechte von ihm nicht eingeschränkt oder verletzt würden. Um Gehalt, Reisekosten etc. steuerlich geltend machen zu können, hätten diese im Arbeitsvertrag geregelt werden müssen. An dem Gewinnanteil des wichtigsten Kunden, den alleine die Klägerin zu 1. akquiriert habe, würde die Klägerin zu 2. überproportional partizipieren.

Die Beklagte stellte mit streitgegenständlichem Bescheid vom 5.8.2011 fest, dass die Tätigkeit der Klägerin zu 1. als Gesellschafter-Geschäftsführerin der Klägerin zu 2. seit dem 1.1.2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. In der Krankenversicherung bestehe keine Versicherungspflicht. Die Klägerin zu 1. habe keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital, da sie als Minderheitengesellschafterin nicht aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag Beschlüsse der Gesellschafter im Sinne einer Sperrminorität verhindern könne. Somit könne die Klägerin zu 1. auch keine Beschlüsse verhindern, die ihr Dienstverhältnis benachteiligen würden. Weiter würden Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis wie ein gesonderter Arbeitsvertrag mit arbeitsvertragstypischen Regelungen (Gehalt, Urlaubsanspruch, Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Arbeitsunfähigkeit, Gewährung von Sonderzahlungen) bestehen. Angesichts der Zahlung fester Bezüge würde die Klägerin zu 1. auch kein Unternehmerrisiko tragen. Zwar sei sie über die gewinnabhängigen Zahlungen von Tantiemen indirekt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt, jedoch müsse die Klägerin zu 1. deshalb keinen Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage befürchten.

Mit Widerspruch vom 9.9.2011 wurde auf den "Vorschusscharakter" der Gehaltszahlung hingewiesen sowie auf die Änderung des Gesellschaftsvertrags durch eine Stimmrechtsabtretung nach § 7a mit Wirkung vom 20.10.2011, wodurch nunmehr die Klägerin zu 1. ebenfalls 50 % der Stimmen innehat. Weiter wurden zwei Gesellschafterversammlungsprotokolle vom 20.7.2011 und 1.2.2011 beigelegt. Danach erfolgte die Gewinnausschüttung für das Jahr 2010 in Höhe von 110.000 EUR gemäß den gesetzlichen Bestimmungen ([§ 29 Abs. 3 GmbHG](#)), das heißt die Klägerin zu 1. erhielt 27.500 EUR und mithin 25 %. Die Klägerin zu 1. sei aufgrund ihrer Branchenkenntnisse und der Bedeutung ihrer Person unverzichtbar für die Beigeladene.

Mit Abhilfebescheid vom 13.12.2011 wurde der Bescheid vom 5.8.2011 für die Zeit ab dem 12.10.2011 (Beurkundung der Stimmrechtsabtretung) zurückgenommen, da die Klägerin zu 1. seit diesem Zeitpunkt ein wirksames, d.h. satzungsmäßiges, Vetorecht habe. Im übrigen wurde der Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 21.3.2012 zurückgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 20.4.2012 erfolgte Klage zum Sozialgericht München. Die Klägerin zu 1. habe maßgeblichen Einfluss, da sie im Hinblick auf die Bedeutung des von ihr akquirierten Großkunden "Kopf und Seele" der Klägerin zu 2. gewesen sei. Dieser Großkunde, der an die Klägerin zu 1. gebunden sei, bringe 80 % des Umsatzes der Klägerin zu 2. Aufgrund dieses Einflusses der Klägerin zu 1. habe sie in tatsächlicher Hinsicht, und nur dies sei entscheidend, einen maßgeblich höheren Einfluss auf die Geschicke der Klägerin zu 2., als dies die formale Stimmrechtsverteilung vermuten lasse. Dies hätte sich letztlich auch im notariellen Vertrag vom 12.10.2011 gezeigt, womit die Stimmrechtsverteilung geändert worden ist. Es sei einheitlich ein übereinstimmendes Vorgehen mündlich vereinbart und auch entsprechend umgesetzt worden. § 2 Abs. 3 AV würde lediglich an das GmbHG anknüpfen, mit der der Geschäftsführer nach den gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet wird, etwaige Beschränkungen durch Gesellschafterversammlung und Gesellschaftsvertrag einzuhalten. Die Beklagte erwiderte mit Schriftsätzen vom 7.12.2012 und 25.1.2013, dass ein maßgeblicher Einfluss der Klägerin zu 1. auf die Geschicke der Klägerin zu 2. aufgrund der vertraglichen Befugnisse im strittigen Zeitraum nicht vorgelegen habe. Gemäß § 2 Abs. 3 AV sei die Klägerin zu 1. verpflichtet gewesen, ihre Geschäftsführertätigkeit nach Maßgabe der Gesetze, Weisungen der Gesellschafterversammlung und des Gesellschaftsvertrags auszuüben. Die Klägerin zu 1. habe also nicht weisungsfrei im Unternehmen tätig sein können. Die Klausel zeige deutlich, wo die Rechtsmacht im Unternehmen wirklich gelegen hat und dass die Klägerin zu 1. weisungsgebunden war.

Der Beklagtenvertreter hat in der mündlichen Verhandlung ein Teilanerkennnis dergestalt abgegeben, dass der klägerische Anspruch insoweit begründet ist, als für den streitgegenständlichen Zeitraum keine Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung besteht. Das Teilanerkennnis wurde vom Klägerbevollmächtigten angenommen.

Der Klägerbevollmächtigte hat für die Klägerinnen beantragt: 1. Die Bescheide vom 5.8.2011 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.3.2012 werden aufgehoben. 2. Die Beklagte wird verpflichtet festzustellen, dass die Klägerin zu 1. ihre Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführerin vom 1.1.2011 bis 11.10.2011 für die Klägerin zu 2. selbständig ausgeführt hat und dass keine Versicherungsspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, soweit sie nicht durch das Teilerkenntnis erledigt ist.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhaltes wird auf die beigezogene Akte der Beklagten sowie die vorliegende Prozessakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist auch begründet.

Der Bescheid vom 5.8.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.3.2012 ist rechtswidrig und beschwert die Klägerinnen im Sinne von [§ 54 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG -. Die Klägerin zu 1. hat im streitgegenständlichen Zeitraum ihre Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführerin der Klägerin zu 2. nicht im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - SGB VI; [§ 25 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - SGB III).

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) 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 dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dem gegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich daraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG [SozR 2200 § 1227 Nr. 8](#); BSG [SozR 3-2400 § 7 Nrn. 13 und 15](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung, so wie sie praktiziert wird, und die praktische Beziehung, so wie sie rechtlich zulässig ist.

In der vorzunehmenden Gesamtschau spricht das Gesamtbild der Arbeitsleistung für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Die Klägerin zu 1. hatte im streitgegenständlichen Zeitraum keinen bestimmenden Einfluss auf die Klägerin zu 2. (hierzu unter Ziffer 1). Die Klägerin zu 1. trug jedoch ein vollumfängliches unternehmerisches Risiko und war auch sonst wie eine Unternehmerin tätig, so dass in der Gesamtschau von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen ist (hierzu unter Ziffer 2).

1. Nach der Rechtsprechung des BSG hängt die Versicherungspflicht eines Geschäftsführers einer GmbH, der zugleich deren Gesellschafter ist, davon ab, ob wegen seiner Kapitalbeteiligung noch ein Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit vorliegt. Hat ein solcher Geschäftsführer aufgrund seiner Kapitalbeteiligung einen so maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft, dass er jeden ihm nicht genehmen Beschluss verhindern kann, so fehlt die das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis wesentlich kennzeichnende persönliche Abhängigkeit. Dies ist der Fall, wenn der Geschäftsführer Mehrheitsgesellschafter ist, er also über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft oder mehr verfügt, und zwar auch dann, wenn er von der ihm zustehenden Rechtsmacht tatsächlich keinen Gebrauch macht und die Entscheidung anderen überlässt. Unter Umständen genügt auch schon ein geringerer Kapitalanteil, insbesondere wenn er über eine Sperrminorität verfügt, die sich ua darauf erstreckt, ihm nicht genehme Weisungen gerade hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit zu verhindern (BSG, Urteil vom 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), bestätigt von BSG, Urteil vom 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), Rn. 25 unter juris).

Die Klägerin zu 1. war nach dem Gesellschaftsvertrag aufgrund ihres Kapitalanteils von 25 % nicht in der Lage, bestimmenden Einfluss auf die Klägerin zu 2. zu nehmen. Der Mehrheitsgesellschafter C. war im streitigen Zeitraum jederzeit in der Lage, der Klägerin zu 1. über seine Mehrheit in der Gesellschaftsversammlung Weisungen für den Einzelfall zu erteilen, [§ 20 Abs. GV mit § 46 Nr. 6 GmbHG](#). Die Klägerin zu 1. konnte sich mangels Mehrheit oder satzungsverbürgtem Vetorecht nicht gegen eine solche Weisung wehren.

Rechtlich unbeachtlich ist es, dass das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in der Praxis nicht ausgeübt wurde, solange diese Rechtsposition des Mehrheitsgesellschafters – wie hier im streitgegenständlichen Zeitraum – nicht wirksam abbedungen wurde (BSG, Urteil vom 22.8.1973, Az. [12 RK 24/72](#)).

2. Der Umkehrschluss, dass mangels eines durch die Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft regelmäßig ein Abhängigkeitsverhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers anzunehmen ist, ist allerdings von der Rechtsprechung des BSG nicht gebilligt worden ([BSGE 13, 196](#), 200 = [SozR aaO](#); Brackmann/Wiester, aaO; BSG, Urteil vom 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), Rn. 20 ff.). In solchen Fällen hängt das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nach allgemeinen Grundsätzen wesentlich

davon ab, ob der Geschäftsführer nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit einem seine persönliche Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht der GmbH unterliegt. Denn auch wenn der geschäftsführende Gesellschafter über keine Mehrheit am Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfügt, kann eine abhängige Beschäftigung weiter dann ausgeschlossen sein, wenn es ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestattet, nicht genehme Weisungen der genannten Art zu verhindern (vgl. BSG SozR 2100 § 7 Nr 7; [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#)). Dies kann z. B. der Fall sein, wenn er in der GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig sind.

Das LSG Bayern hat hierzu weiter ausgeführt (Urteil vom 23.10.2012, [L 5 R 767/10](#), Rn. 79 unter juris): "Nichts anderes gilt für die Beurteilung von Geschäftsführern einer GmbH. Auch für diese gelten für die Beurteilung ihrer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung oder selbständige Arbeit die Kriterien des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) in ihrer von der Rechtsprechung entwickelten Ausprägung. Auch hier ist zu klären, ob es sich um eine Tätigkeit des Geschäftsführers nach Weisungen handelt und ob der Geschäftsführer in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers eingegliedert ist (abhängige Beschäftigung) oder ob seine Arbeitsleistung im Gegensatz dazu vor allem durch ein eigenes unternehmerisches Risiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit geprägt ist (selbständige Tätigkeit). Das Gesamtbild der Arbeitsleistung ist entscheidend."

Unter Berücksichtigung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ist vorliegend ausnahmsweise trotz Nichtvorliegens eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschicke der Klägerin zu 2. von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen. Hierfür spricht maßgeblich die Vergütungsvereinbarung, die im Endeffekt zu einem vollen unternehmerischen Risiko der Klägerin zu 1. führt. Macht der Bereich der Klägerin zu 1. Verluste, so reduziert sich ihre Geschäftsführervergütung auf Null. Macht ihr Bereich hohe Gewinne, so verdient sie wesentlich mehr als die jährliche Abschlagszahlung von 60.000 EUR und zwar in einem Verhältnis, welches über ihrer Kapitalbeteiligung liegt. Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Fallgestaltung entscheidend von der vom BSG am 29.8.2012 (vgl. BSG, a.a.O., Rn. 19, 25, 29) entschiedenen, da dort ein regelmäßiges Entgelt bezahlt wurde und der dortige Kläger im übrigen nicht einmal ordentlich bestellter Geschäftsführer war.

Die überproportionale Gewinnbeteiligung der Klägerin zu 1. gem. der Ergänzungsvereinbarung im Hinblick auf ihren Geschäftsbereich (ein Drittel und nicht - gem. ihrer Beteiligung - ein Viertel) bestätigt zudem den Vortrag der Klägerinnen, dass die Klägerin zu 1. einen maßgeblichen wirtschaftlichen Einfluss auf die Klägerin zu 2. hat. Zu berücksichtigen ist weiter, dass nach dem glaubwürdigen Vortrag der Klägerin zu 1. in der mündlichen Verhandlung die Klägerin zu 2. von der Klägerin zu 1. wirtschaftlich abhängig ist (vgl. zu diesem Merkmal BSG, Urteil vom 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), Rn. 20), da der von ihr akquirierte und betreute Großkunde 80 % des Umsatzes der Klägerin zu 2. ausmacht.

Unerheblich ist aus Sicht der Kammer, dass die Klägerinnen die Vergütungsregelung mit Ergänzungsvertrag vom 2.9.2011 rückwirkend zum 1.1.2011 implementierten. Das Schriftformerfordernis des ursprünglichen Anstellungsvertrags wurde eingehalten; zivilrechtlich sind die Parteien frei, auch rückwirkend Gehaltsregelungen bzw. Änderungen von ursprünglichen Regelungen vorzunehmen. Auch ein Umgehungsgeschäft liegt nicht vor, da die Klägerin zu 2. das volle neu vereinbarte Gehalt der Klägerin zu 1. als Betriebsausgabe absetzen kann und die Klägerin zu 1. verpflichtet ist, das neu geregelte Gehalt vollumfänglich zu versteuern. Nach der glaubwürdigen Aussage der Klägerin zu 1. ist dies in Bezug auf den streitgegenständlichen Zeitraum auch geschehen. Im übrigen war die Regelung, wie glaubwürdig vorgetragen, von Anfang an so geplant gewesen und wäre auch ohne den Ergänzungsvertrag so gelebt worden. Trotz der Rechtswirkung ex tunc der Ergänzungsregelung im Statusverfahren ist zu beachten, dass die Regelung auch für die Zukunft, durchaus möglicherweise auch zum Nachteil der Klägerin zu 1., wirkt und es weder dem Mehrheitsgesellschafter noch der Klägerin zu 1. (wegen der notariell geänderten Stimmrechtsverhältnisse) möglich ist, aufgrund einseitiger Bestimmung die ursprüngliche Regelung wieder zu implementieren.

Weiter spricht für eine selbstständige Tätigkeit, dass die Klägerin zu 1. im streitgegenständlichen Zeitraum noch eine eigenfinanzierte Betriebsstätte unterhalten hatte, in der sie sowohl sonstige eigene unternehmerische Geschäfte als auch Arbeiten für die Klägerin zu 2. durchführte. Sie war nach dem Anstellungsvertrag auch frei, dort tätig zu sein und insoweit Weisungen der Klägerin zu 2. nicht unterworfen. Auch die zeitliche Freiheit spricht indiziell für das Unternehmertum der Klägerin zu 1., selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Weisungsgebundenheit bei Diensten höherer Art zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein kann (vergleiche Rittweger, Beck scher Online-Kommentar, SGB IV, § 7 Rn. 10/2.1).

Aufgrund dieser maßgeblichen Kriterien, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen, ist es nach Auffassung der erkennenden Kammer von untergeordneter Bedeutung, dass der Anstellungsvertrag Regelungen enthält, die der Klägerin zu 1. auch typische Arbeitnehmerrechte garantieren (Erstattung von Reisekosten, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub).

Der Klage war daher stattzugeben. Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#), folgt dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache und berücksichtigt ferner die Tatsache, dass die Klägerin zu 2. an der Privilegierung der Klägerin zu 1. teilhat (vgl. BSG, Urteil vom 29.5.2006, [B 2 U 391/05 B](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2015-06-25