

L 5 R 6000/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 3 R 4338/07
Datum
05.11.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 R 6000/08
Datum
24.11.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 05.11.2008 aufgehoben.

Auf die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 13.03.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.11.2007 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 11.11.2010 werden diese aufgehoben, soweit die Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung festgestellt wird.

Es wird festgestellt, dass die Klägerin auch ab dem 18.07.2006 nicht der Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung unterliegt.

Im Übrigen werden die Klagen, auch gegen den Bescheid vom 11.11.2010, abgewiesen.

Die Beklagte erstattet der Klägerin ein Fünftel ihrer außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Feststellung der Beklagten, dass sie ihre Tätigkeit als geschäftsführende Gesellschafterin für die Beigeladene seit dem 18.7.2006 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübt und deswegen Versicherungspflicht in der Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung besteht.

Die 1969 geborene Klägerin begann nach dem Abschluss ihres Studiums als Textilingenieurin 1993 ihre Beschäftigung bei der beigeladenen Firma M. GmbH, D., und stieg in den folgenden Jahren innerhalb der Firmenhierarchie der Beigeladenen auf. Der Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen ist die Herstellung und der Vertrieb von gestrickten oder gewirkten Erzeugnissen, entweder auf der Basis von Naturfasern oder von synthetischen Fasern.

Die Klägerin übte zunächst administrative Tätigkeiten aus, insbesondere kümmerte sie sich um die Textilmuster und organisierte die Modernisierung des Computersystems. Gemeinsam mit der Seniorchefin der Beigeladenen, Frau H. M., entwickelte sie neue Kollektionen. 1998 wurde der Klägerin Prokura erteilt.

Am 18.07.2006 wurde ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen und die Klägerin als Gesellschafterin aufgenommen. Im Gesellschaftsvertrag ist festgelegt, dass Herr M. M., der Mitgeschäftsführer 70 % der Stammeinlage übernimmt, Herr Andreas M. 20 % und die Klägerin 10 %. Als stille Gesellschafterin ist die Seniorchefin Frau H. M. genannt. Als Geschäftsführer wurden die Klägerin und Herr M. M. bestellt. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen des bei der Beschlussfassung vorhandenen Stammkapitals gefasst. Den drei Gesellschaftern sowie der Seniorchefin als stiller Gesellschafterin steht gemäß § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages bei den nach § 5 Abs. 3 Buchstabe a) bis d) einzuholenden Genehmigungen durch die Gesellschafterversammlung ein persönliches und nicht übertragbares Sonderrecht zu, einen zulässigen gültigen Beschluss der Gesellschafterversammlung abzulehnen, mit der Folge, dass dieser Beschluss von Anfang an nicht wirksam zustande gekommen ist. Rechtsgeschäfte für die die Geschäftsführer die Genehmigung der Gesellschaft gemäß § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages im Vorhinein einzuholen müssen, sind: Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken, Beteiligung an anderen Unternehmen, Errichtung oder Auflösung von Zweigniederlassungen und Interessengemeinschaften, Bestellung und Entlassung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, Veräußerung des Unternehmens als Ganzes oder in Teilen.

Am 20.07.2006 wurde zwischen der Beigeladenen Nr. 1 und der Klägerin ein Geschäftsführer-Vertrag geschlossen, der in § 4 für die Tätigkeit als Geschäftsführerin ein festes Monatsgehalt von 6000 EUR brutto sowie eine 15% Gewinnbeteiligung vorsieht, die jedoch nicht

mehr als 25 % der Bezüge der Geschäftsführerin im Kalenderjahr überschreiten darf. Der jährliche Erholungsurlaub, der mit den anderen Geschäftsführern abzustimmen ist, beträgt 25 Arbeitstage (§ 6 Abs. 2). Die Übernahme einer auf Erwerb gerichteten Nebentätigkeit durch die Geschäftsführerin bedarf der Zustimmung der übrigen Geschäftsführer. Der Vertrag wurde nach § 9 Abs. 2 auf unbestimmte Zeit geschlossen, er kann gemäß § 9 Abs. 3 von beiden Parteien unter Berücksichtigung der gesetzlichen Kündigungsfristen gekündigt werden; das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt hiervon unberührt (§ 9 Abs. 3 Satz 2).

Am 21.08.2006 beantragte die Klägerin die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status. Sie wies darauf hin, dass sie nicht nur Geschäftsführerin der Beigeladenen sei, sondern mit eigenem Kapitaleinsatz am Erfolg bzw. Misserfolg des Unternehmens partizipiere. Sie wies auf ihr Vetorecht aus dem Gesellschaftsvertrag hin. Die Beklagte übersandte der Klägerin zunächst einen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH, welchen die Klägerin im September 2006 bei der Beklagten einreichte. Die Klägerin wies darauf hin, dass zwar nach dem Gesellschaftsvertrag die einfache Mehrheit zur Beschlussfassung ausreiche, dass sie selbst jedoch eine Sperrminorität bei wichtigen Rechtsgeschäften habe und durch ihr Vetorecht bestimmte Gesellschaftsbeschlüsse verhindern könne. Im Rahmen einer Anhörung teilte die Beklagte der Klägerin und der Beigeladenen im Januar 2007 mit, dass sie beabsichtige, das Vorliegen einer abhängigen und sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses festzustellen. Aufgrund des Kapitaleinsatzes von 10 % des Gesamtkapitals sei es der Klägerin nicht möglich, die Geschicke der Firma maßgeblich zu beeinflussen. Außerdem könne sie aufgrund von mangelnden Vetorechten bzw. Sperrminoritäten keine Entscheidungen verhindern.

Mit Bescheid vom 13.03.2007 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin fest, dass sie ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin/Gesellschafterin bei der beigeladenen Firma M. GmbH im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Insbesondere könne sie aufgrund von mangelnden Vetorechten bzw. Sperrminoritäten keine Entscheidungen verhindern. Sie verfüge auch nicht als Einzige über die für die Führung des Unternehmens notwendigen Branchenkenntnisse.

Hiergegen legte die Klägerin am 27.03.2007 Widerspruch ein und wies nochmals auf das Vetorecht aus § 7 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages hin. Außerdem sei sie der einzige tätige Textilingenieur in der Unternehmensführung. Sie habe sich mit ihrem Mitgeschäftsführer die Geschäftsfelder aufgeteilt. Der Mitgeschäftsführer M. M. habe eine kaufmännische Ausbildung und sei daher im Bereich des Unternehmens für den kaufmännischen Bereich tätig. Die Entwicklung und die Organisation des Produktionsprozesses sei die alleinige Aufgabe der Klägerin. Hierfür verfüge auch allein sie über die notwendigen Fachkenntnisse. Sie erhalte keine Überstundenvergütung, dafür eine hohe erfolgsabhängige Vergütung (Tantieme). Sie müsse sich ihren Urlaub nicht genehmigen lassen.

Der Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 06.11.2007 als unbegründet zurückgewiesen. Die Tatsache, dass sie nur 10 % der Geschäftsanteile besitze, lasse es als nicht glaubhaft erscheinen, dass sie nicht abhängig beschäftigt sei. Hinsichtlich der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung besitze sie keine Sperrminorität. Die Regelungen des Gesellschaftsvertrages würden kein echtes Vetorecht darstellen. Im Streitfalle sei letztlich die einfache Stimmenmehrheit zur Beschlussfassung ausreichend, sodass die Klägerin auch Beschlüsse im Sinne von § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages nicht verhindern könne.

Die Klägerin hat ihr Begehren weiterverfolgt, am 04.12.2007 Klage beim Sozialgericht Ulm (SG) erhoben und zur Begründung ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Sie sei als gelernte Textilingenieurin die Einzige, die über die entsprechende erlernte Fachkompetenz in Bezug auf den Unternehmensgegenstand (Herstellung und der Vertrieb von gestrickten oder gewirkten Erzeugnissen) verfüge. Der Mitgeschäftsführer sei für den Vertrieb und die kaufmännischen Dinge zuständig. Außerdem ergebe sich aus § 7 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages ein eindeutiges Vetorecht bei wichtigen unternehmerischen Entscheidungen bzw. Rechtsgeschäften. In der mündlichen Verhandlung übergab sie eine Reihe von Unterlagen, die ihre Tätigkeit näher konkretisieren. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. In der mündlichen Verhandlung soll ihr Bevollmächtigter eingeräumt haben, dass die Begründungen der angegriffenen Bescheide teilweise unrichtig seien, da die Regelungen des Gesellschaftsvertrages zur Sperrminorität bzw. zum Vetorecht der Klägerin nicht verstanden worden seien. Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. In der mündlichen Verhandlung hat sie erklärt, sie gehe nicht von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis der Klägerin aus.

Mit Urteil vom 05.11.2008 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 13.03.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.11.2007 aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin ihre Tätigkeit für die Beigeladene im Rahmen einer nicht-abhängigen Beschäftigung ausübe. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin sei nicht als Arbeitnehmerin/abhängig Beschäftigte anzusehen. Sie habe eine Schlüsselstellung im Rahmen des Geschäftsbetriebs der Beigeladenen inne. Sie stehe im Arbeitgeberlager und bestimme maßgebend die Geschicke der Beigeladenen und nehme zu einem wesentlichen Teil die Leitung des Unternehmens wahr (vgl. zu diesen Kriterien [BSGE 13, 196](#), 199 ff). Sie betreue in Deutschland die Schlüsselkunden der Beigeladenen alleine, ebenso sei sie allein für den Vertrieb in Amerika zuständig und verantwortlich. Sie verfüge als einzige in der Unternehmensleitung über eine Ausbildung als Textilingenieurin und damit über die notwendigen Fachkenntnisse. Der Mitgeschäftsführer der Klägerin habe in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass die Klägerin faktisch wie eine Arbeitgeberin agiere. Gegenüber den Arbeitnehmern der Beigeladenen vertrete die Klägerin die unternehmerischen Entscheidungen, insbesondere auch diejenigen Entscheidungen, die Konfliktpotenzial mit den Arbeitnehmern bergen. Die Einführung der 40-Stunde im Jahr 2007 habe die Klägerin gegenüber der Belegschaft — in den Worten des Mitgeschäftsführers M. — "durchgeboxt". Die Beklagte sei von einem falschen Sachverhalt ausgegangen, indem sie in den Begründungen der angegriffenen Bescheide die Regelungen des Gesellschaftsvertrags dahingehend ausgelegt habe, dass die Klägerin keinesfalls über eine Sperrminorität bei bestimmten Entscheidungen der Gesellschafterversammlung verfüge. Das sei falsch. In der mündlichen Verhandlung sei dies seitens des Sitzungsvertreters der Beklagten auch eingeräumt worden. Der Klägerin stehe gemäß § 7 Abs. 2 i.V.m. mit § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages ein persönliches und nicht übertragbares Sonderrecht zu, einen zulässigen gültigen Beschluss der Gesellschafterversammlung i.S.v. § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags abzulehnen, mit der Folge, dass dieser Beschluss von Anfang an nicht wirksam zustande gekommen sei. Die Ausübung dieses Sonderrechts sei bezogen auf die in § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages genannten Rechtsgeschäfte, für die die Geschäftsführer die Genehmigung der Gesellschaft im Vorhinein einzuholen hätten. Die Klägerin könne also mit ihrem Vetorecht die einzuholende Genehmigung der Gesellschaft blockieren und habe damit in ganz wesentlichen Geschäftstätigkeiten eine selbständige und nicht eine abhängige Stellung. Diese Sperrminorität stehe der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich entgegen (Seewald in Kasseler Kommentar zum SGB IV, § 7 Rdnr. 91b unter Hinweis auf [BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)). Ein Minderheitsgesellschafter und Geschäftsführer, der - wie vorliegend - de facto gleichberechtigt einen kleinen

oder mittleren Betrieb führe, sei dem Kreis der Selbständigen zuzurechnen (Bayerisches LSG, Urt. v. 16.03.2000 L 9 AL 297/97). Die in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen zum Investitionsplan 2008 nebst dem Protokoll über die Betriebsversammlung vom 22.10.2008 bestätigten die von der Klägerin und der Beigeladenen dargestellten Betriebsabläufe, wonach die Klägerin ganz wesentlich auch längerfristige unternehmerische Entscheidungen vorbereite und bestimme. Der Mitgeschäftsführer, Herr M. M., habe diesbezüglich auch in der mündlichen Verhandlung erklärt, er erhalte auch Anweisungen von der Klägerin. Insgesamt habe die Kammer nach der Erörterung des Sachverhalts und des Akteninhalts die Überzeugung gewonnen, dass der Geschäftsbetrieb der Beigeladenen wesentlich von der Person der Klägerin abhängen und nicht umgekehrt.

Gegen dieses ihr am 08.12.2008 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 22.12.2008 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen vorgetragen, dass der Klägerin als Gesellschafterin der Beigeladenen nach § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages zustehende Vetorecht, das das SG Ulm zutreffend als Sperrminorität werte, beziehe sich ausschließlich auf die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte, wie den Erwerb, die Veräußerung und Belastung von Grundstücken oder die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes oder in Teilen. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit Sperrminorität habe aber nur dann einen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung ausschließenden maßgebenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft, wenn eine umfassende Sperrminorität vorliege. Dies sei wiederum dann der Fall, wenn er mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern könne (vgl. BSG, Urteil vom 17.05.2001 - [B 12 KR 34/00 R](#) - m.w.N.). Keinen maßgebenden Einfluss besitze hingegen ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Sperrminorität, die nicht auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft Anwendung finde, sondern lediglich auf die Feststellung der Unternehmenspolitik, die Änderung des Gesellschaftsvertrages sowie die Auflösung der Gesellschaft beschränkt sei. Der geschäftsführende Gesellschafter sei dann nicht in der Lage, sich gegenüber Weisungen der Mehrheit in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort seiner Geschäftsführertätigkeit, die ihm nicht genehm seien, zur Wehr zu setzen (vgl. BSG Urteil vom 24.09.1992 - [7 RA 12/92](#) -). Die Klägerin verfüge als Minderheitsgesellschafterin nicht über eine umfassende, sondern lediglich über eine partielle Sperrminorität. Entgegen der Auffassung des SG Ulm stehe diese Art von Sperrminorität der Annahme einer abhängigen Beschäftigung aber gerade nicht, vor allem nicht grundsätzlich, entgegen. Auch eine de facto gleichberechtigte Führung des Betriebes komme aufgrund der nach Überzeugung der Beklagten insoweit fehlenden Rechtsmacht nicht in Betracht. Nach den §§ 1 und 2 des Geschäftsführervertrages unterliege die Klägerin in ihrer Geschäftsführertätigkeit verschiedenen Einschränkungen. Sie sei an die Geschäftsordnung des Unternehmens sowie an die Einschränkungen durch den Gesellschaftsvertrag und durch den Geschäftsführervertrag gebunden. Insbesondere bei Entscheidungen, die für das Unternehmen und seine Existenz von Bedeutung seien, sei zuvor die Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung einzuholen. Die Klägerin nehme daher funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der Beigeladenen teil. Gegenstand des Unternehmens sei die Herstellung und der Vertrieb von gestrickten oder gewirkten Erzeugnissen auf der Basis von Naturfasern oder synthetischen Fasern. Die Klägerin sei im Unternehmen für die Entwicklung und Organisation des Produktionsprozesses sowie für den Vertrieb zuständig. Dabei drücke sich die Weisungsgebundenheit bei Diensten höherer Art nicht in konkreten Einzelweisungen aus. Die Einbindung in Entscheidungsprozesse sowie die Gewährung von Handlungsvollmachten in bestimmten Tätigkeitsbereichen - wie bei Diensten höherer Art üblich - spreche nicht gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung (vgl. Urteil des SG Reutlingen vom 20.10.2005 - [S 10 KR 1295/03](#) -). Sofern sich das SG Ulm auf das Urteil des Bayer. Landessozialgerichts vom 16.03.2000 ([L 9 AL 279/97](#)) berufe, liege dieser Entscheidung ein anderer, nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Es sei über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung eines Minderheitsgesellschafters entschieden worden, der über 41,66 % der Geschäftsanteile einer GmbH verfügt habe. Dabei habe keiner der drei Gesellschafter eine gesellschaftsvertraglich dominierende Stellung inne gehabt. Im Gegensatz dazu halte vorliegend der Mehrheitsgesellschafter M. M. einen Geschäftsanteil von 70 % der Beigeladenen und sei damit in einer gesellschaftsvertraglich dominierenden Position. Der Geschäftsanteil der Klägerin betrage hingegen nur 10 %. In dem zitierten Urteil des Bayer. LSG (a.a.O.) werde weiterhin ausdrücklich offen gelassen, wie der weitere Gesellschafter, der über einen deutlich geringeren Kapitalanteil verfügt habe, zu beurteilen gewesen sei. Das BSG habe in seiner Entscheidung vom 25.01.2006 ([B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006/8) klargestellt, dass zu den tatsächlichen Verhältnissen eines zu beurteilenden Vertragsverhältnisses auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht gehöre, und zwar unabhängig von ihrer Ausübung. Maßgeblich sei die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert werde, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig sei. Von einer de facto gleichberechtigten Führung des Betriebes durch die Klägerin könne daher vorliegend nach alledem, insbesondere aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Rede sein.

Die Beklagte hat mit Bescheid vom 11.11.2010 den Bescheid vom 13.3.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6.11.2007 abgeändert und festgestellt, dass für die Klägerin in der seit dem 18.7.2010 ausgeübten Beschäftigung als geschäftsführende Gesellschafterin bei der Beigeladenen Nr. 1 Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#)) sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ([§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)) besteht. Der Bescheid werde Gegenstand des anhängigen Berufungsverfahrens. Mit Bescheid vom 13.3.2007 sei festgestellt worden, dass ein abhängiges Versicherungsverhältnis vorliege. Für abhängige Beschäftigte bestehe Versicherungspflicht nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige der Sozialversicherung. In der Pflegeversicherung bestehe Versicherungspflicht, weil der Beschäftigte privat krankenversichert ([§ 23 Abs. 1 SGB XI](#)) sei.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 05.11.2008 aufzuheben und die Klagen insgesamt, auch gegen den Bescheid vom 11.11.2010, abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen und den Bescheid vom 11.11.2010 aufzuheben.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und sich während des Verfahrens auch nicht geäußert.

Die Klägerin hat Zweifel an der Zulässigkeit der Berufung und hält das Urteil des SG für zutreffend. Es sei insbesondere nicht richtig, dass das SG seine Entscheidung im Wesentlichen darauf gegründet habe, dass die Beklagte das der Klägerin gem. § 7 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages zustehende persönliche, nicht übertragbare Sonderrecht falsch eingeordnet habe. Es habe vielmehr gesehen, dass ohne die Klägerin die Beigeladene überhaupt nichts machen könne. Zu Unrecht führe die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung auch aus, dass ein Gesellschaftergeschäftsführer nur dann einen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung ausschließenden maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft habe, wenn eine umfassende Sperrminorität vorliegen würde, was nur dann der Fall sei, wenn der Gesellschafter mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern könne. Dies habe das BSG in seiner Entscheidung vom 17.05.2001 jedoch nicht zum Ausdruck gebracht. Die Sperrminorität sei lediglich ein Kriterium, das bei einer niedrigeren Kapitalbeteiligung auf eine nicht abhängige Beschäftigung hindeuten könne. Im Urteil vom 17.05.2001 sei das BSG gerade zu der Erkenntnis

gelangt, dass eine rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein könne, dass eine abhängige Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn dennoch ausscheide. Dabei könne auch der Umfang — so das BSG weiter — der tatsächlichen Einflussnahme der Gesellschafter auf die GmbH von Bedeutung sein, wobei auch an eine mittelbare Beeinflussung durch Verhinderung entsprechender Beschlüsse (beispielsweise der Entlastung des Geschäftsführers) zu denken sei (BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 22](#), S. 65; BSG-Urteil vom 17.05.2001). Die Beklagte erkenne zudem, dass mit der vertraglich vereinbarten Sperrminorität die wesentlichen Entscheidungen über den Fortbestand oder die Entwicklung des Betriebes durch die Klägerin verhindert werden könnten. Zu Recht habe demzufolge das Sozialgericht angenommen, dass die Klägerin mit diesem Vetorecht einzuholende Genehmigungen der Gesellschaft blockieren und damit in ganz wesentlichen Geschäftstätigkeiten eine selbstständige und nicht eine abhängige Stellung innehave. Die Beklagte erkenne ferner, dass die Klägerin durch das ihr eingeräumte unwiderrufliche Vetorecht die Entscheidungen ihres Mitgeschäftsführers M. M. verhindern könne. Sei der tatsächliche Einfluss auf die Gesellschaft aber wesentlich größer als der dem Gesellschafter auf Grund seines Gesellschaftsanteils an sich zustehende Einfluss, dann liege eben gerade keine abhängige Beschäftigung vor (BSG 10. Senat, 07.09.1988, 05.05.1988). Wenn die Beklagte demgegenüber vortrage, dass die Klägerin funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der Beigeladenen teilnehme, treffe dies schlichtweg nicht zu. Dass von einer de facto gleichberechtigten Führung des Betriebes durch die Klägerin vorliegend nach alledem keine Rede sein könne, sei insoweit richtig, als die Klägerin mehr als gleichberechtigt, nämlich als führend anzusehen sei. Während des Gerichtsverfahrens vom 05.11.2008 seien dem SG verschiedene Betriebsvereinbarungen sowie arbeitsvertragliche Unterlagen übergeben worden, die sämtlich allein von der Klägerin für die Beigeladene unterschrieben worden seien. Des Weiteren sei darauf hingewiesen worden, dass die Klägerin auch die gesamte Personalplanung übernommen habe und die neue 40-Stunden-Woche alleine eingeführt und auch durchgesetzt habe. Auch die Investitionsplanung werde von der Klägerin jeweils selbstständig vorgenommen, sie gebe in diesem Zusammenhang zur Vorbereitung ihrem Mitgeschäftsführer M. M. sogar die Anweisung, entsprechende Zahlen zusammenzutragen, damit sie dann den Investitionsplan für die Beigeladene aufstellen könne. Das Büro in New York leite die Klägerin beinahe ausschließlich selbstständig, sie sei jedoch nicht nur in vorgenanntem Bereich für die Beigeladene entscheidungsrelevant tätig, sondern sei auch noch für die gesamte Kollektion verantwortlich. Insoweit habe das Sozialgericht Ulm auf S. 9 seines Urteils zu Recht die Feststellung getroffen, dass der Geschäftsbetrieb der Beigeladenen wesentlich von der Klägerin abhängig sei und nicht umgekehrt. Es komme noch hinzu, dass auch die Monatsbesprechungen innerhalb der Firma jeweils von der Klägerin vorbereitet und protokolliert würden, in diesen Monatsbesprechungen würden auch die an den Mitgeschäftsführer M. M. getätigten Anweisungen aufgelistet. Wie bereits zuvor ausgeführt, fertige die Klägerin die Investitionsplanung für die Beigeladene an, sodass insoweit ohne diese Investitionsplanung der Klägerin die Beigeladene auch nicht ihre Personal- oder Produktentwicklung für das kommende Jahr abgrenzen könne. So sei es auch eine entscheidungsrelevante Idee der Klägerin gewesen, im Jahr 2008 nicht in Gebäude, sondern in Menschen zu investieren. Dies sei auch bei der Betriebsversammlung vom 22.10.2008 den Mitarbeitern mitgeteilt worden. Diese Betriebsversammlungen bereite die Klägerin selbstständig vor und diese würden von ihr eigenständig abgehalten. Als weiteren Nachweis für die eigenständige Tätigkeit der Klägerin werde der Agenturvertrag mit dem Büro in den USA vorgelegt, welcher eigenständig von der Klägerin formuliert und unterzeichnet werde. Genauso übernehme die Klägerin die Verantwortung für diesen Kontrakt. Nicht unerwähnt gelassen werden dürfe auch die technische Versiertheit der Klägerin, die dadurch zum Ausdruck komme, dass sie nicht nur das Computerprogramm für die Firma selbst entworfen habe, sondern auch weiterhin als Administrator der Computeranlage für das Funktionieren dieser Anlage verantwortlich sei. Die ehemalige Alleingeschäftsführerin der Beigeladenen, die Mutter von Herrn M. M., Frau M. sen., habe durch die Einbindung der Klägerin in die Firma unter Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft eine richtungsweisende Entscheidung für die Zukunft des Unternehmens getroffen. Wie zuvor ausgeführt, sei nach dem Geschäftsführervertrag angedacht gewesen, dass die Klägerin wenigstens eine Gleichstellung mit den weiteren Geschäftsführern der Beigeladenen erreichen solle, dass sie allerdings diese Gleichstellung in Kürze nicht nur erreicht, sondern auch bei Weitem übertroffen habe, sei selbst zum damaligen Zeitpunkt nicht in diesem Umfang erkennbar gewesen. Frau M. sen. unterstütze die Klägerin weiterhin darin, dass sie frei "schalten und walten" könne. Demzufolge sei es für die Beigeladene angesichts des übernommenen Betätigungsfeldes der Klägerin nicht möglich, diese zu kündigen, dies würde weder Frau M. sen. zulassen, noch würde es die Beigeladene verkraften. Herr M. M. habe deshalb auch zu Recht bei der Verhandlung ausgeführt, dass die Klägerin ein "Tausendsassa" sei, welcher nicht einmal dann gekündigt werden würde, wenn tatsächlich eine Kollektion einmal nicht am Markt platziert werden könnte. Demzufolge gehe das erstinstanzliche Gericht auch auf S. 8 des Urteils davon aus, dass das Gesamtbild der Arbeitsleistung keiner Arbeitnehmerin oder abhängig Beschäftigten entspreche, sondern die Klägerin über ihre Schlüsselstellung im Geschäftsbetrieb der Beigeladenen eine derart maßgebliche Stellung innehave, dass eine Abhängigkeit der Klägerin von der Beigeladenen auch nicht im Geringsten angenommen werden könne.

Die Beklagte hat hierzu erwidert, es werde nicht bestritten, dass die Klägerin aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Fähigkeiten wesentlichen Anteil am Unternehmenserfolg der Firma M. GmbH habe und eigenständig für das Unternehmen qualifizierte, auch zukunftsweisende Entscheidungen treffe sowie die Mitarbeiter führe. Solche Tätigkeiten gehörten jedoch zum normalen Aufgabengebiet eines Geschäftsführers und ließen insofern noch keine Rückschlüsse hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung der ausgeübten Geschäftsführertätigkeit zu. Auch wer gegenüber anderen Arbeitnehmern selbst Arbeitgeberfunktionen ausübe, könne seinerseits - als leitender Angestellter - bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (vgl. BSG, Urteil vom 13.12.1960 - [3 RK 2/56](#) -, in [BSGE 13, 196](#)). Entscheidend sei, ob die Klägerin in der Lage sei, sich gegenüber Weisungen der Mehrheit der Gesellschafter in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort ihrer Geschäftsführertätigkeit, die ihr nicht genehm seien, zur Wehr zu setzen (BSG, Urteil vom 24.09.1992 - [7 RA 12/92](#) -, USK 9285). Dies sei jedoch gerade nicht der Fall, denn die Klägerin sei neben einem Mehrheitsgesellschafter zu 10 v.H. und nicht mindestens zu 50 v.H. an der GmbH beteiligt und verfüge auch nicht über eine umfassende Sperrminorität. Sofern der Bevollmächtigte auf die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit, insbesondere auch auf das gleichberechtigte Nebeneinander mit dem weiteren zu 70 v.H. an der Gesellschaft beteiligten Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer, Herrn M. M., abstelle, widerspreche dies der Rechtsprechung des BSG (vgl. Urteile vom 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) - und [B 11a AL 45/06 R](#), USK 2007-107). Danach seien die vom BSG entwickelten Grundsätze zur Arbeitnehmereigenschaft auch dann anzuwenden, wenn Personenidentität zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern einer GmbH bestehe. Dementsprechend seien Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, die weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine umfassende Sperrminorität verfügten, als Arbeitnehmer im Sinne der Sozialversicherung zu qualifizieren. Insoweit habe die Klägerin überhaupt nicht die Rechtsmacht, weisungsfrei im Unternehmen tätig zu sein. Ob die nach den tatsächlichen Verhältnissen dem Mehrheitsgesellschafter und weiteren Geschäftsführer, Herrn M. M., zustehende Rechtsmacht von diesem auch ausgeübt werde und der Klägerin entsprechende Weisungen erteilt würden, sei dabei unerheblich. Die Tatsache, dass Herr M. M. - wie vom Bevollmächtigten auch nochmals hervorgehoben - in der mündlichen Verhandlung vor dem SG Ulm erklärt habe, die Klägerin sei ein "Tausendsassa", welcher nicht einmal dann gekündigt werden würde, wenn tatsächlich eine Kollektion einmal nicht am Markt platziert werden könnte, mache jedenfalls mehr als deutlich, wo im Unternehmen die Rechtsmacht liege und dass die Klägerin tatsächlich nicht in der Lage sei, sich gegenüber Weisungen, die ihre Geschäftsführertätigkeit betreffen und die ihr nicht genehm seien, zur Wehr zu setzen. Wenn der Bevollmächtigte der

Klägerin ausführe, dass es allein auf die vertraglichen Vereinbarungen nicht ankomme, sondern die tatsächlichen Verhältnisse mit zu berücksichtigen seien, widerspreche auch dies den Grundsätzen der jüngeren BSG-Rechtsprechung. Danach bestimmten sich die jeweiligen rechtlich relevanten Beziehungen der Versicherten und ihres Arbeitgebers nach den vorliegenden Verträgen (Geschäftsführervertrag und Gesellschaftsvertrag). Ob eine Beschäftigung vorliege, ergebe sich aus dem Vertragsverhältnis, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden sei; zumal nach § 10 Abs.1 des Geschäftsführervertrags vom 20.07.2006 alle Änderungen und Ergänzungen nur dann gültig seien, wenn sie schriftlich abgefasst und von den Vertragsparteien unterschrieben seien, und nach § 16 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags alle das Gesellschaftsverhältnis betreffende Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander und mit der Gesellschaft schriftlich erfolgen müssten, soweit nicht das Gesetz die notarielle Beurkundung vorsehe und mündliche Vereinbarungen nichtig seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die beigezogene Verwaltungsakte, die Gerichtsakte des SG und die Berufungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig; sie ist unter Beachtung der maßgeblichen Form- und Fristvorschriften ([§ 151 Abs. 1 und 2 SGG](#)) eingelegt worden. Die Berufung ist auch hinsichtlich der Versicherungspflicht der Klägerin in der Arbeitslosen- und Rentenversicherung begründet. Die Klage der Klägerin gegen den Bescheid vom 11.11. 2010 erwies sich, mit Ausnahme der darin festgestellten Versicherungspflicht zur Pflegeversicherung, als unbegründet.

Gegenstand des Rechtsstreits ist der Bescheid der Beklagten vom 13.03.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06.11.2007. Ebenfalls Verfahrensgegenstand ist der während des Berufungsverfahrens ergangene Bescheid vom 11.11.2010, mit dem die Beklagte den Bescheid vom 13.03.2010 (ausdrücklich) geändert hat. Das folgt aus [§ 96 Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 153 Abs. 1 SGG](#).

Gemäß [§ 96 Abs. 1 SGG](#) (i.V.m. [§ 153 Abs. 1 SGG](#)) wird nach Klagerhebung bzw. Berufungseinlegung ein neuer Verwaltungsakt (nur) dann Gegenstand des Klage- bzw. Berufungsverfahrens, wenn er nach Erlass des Widerspruchsbescheids ergangen ist und den angefochtenen Verwaltungsakt abändert oder ersetzt. Abändern oder Ersetzen i. S. d. [§ 96 Abs. 1 SGG](#) setzt voraus, dass der Regulationsgegenstand des neuen und in das Verfahren einzubeziehenden Verwaltungsakts mit dem Regulationsgegenstand des früheren Verwaltungsakts identisch ist, was durch einen Vergleich der Verfügungssätze festzustellen ist. Eine Abänderung oder Ersetzung liegt grds. nur vor, wenn die Beschwer des Betroffenen gemindert oder vermehrt wird (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, [SGG § 96](#) Rn. 4a f. m.w.N.). In Verfahren zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status Beschäftigter bzw. selbständig Erwerbstätiger kann im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des BSG (Urt. v. 11.3.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) - und v. 4.6.2009, - [B 12 R 6/08 R](#) -, dazu noch im Folgenden) eine gem. [§ 96 Abs. 1 SGG](#) zu behandelnde Abänderung des Verwaltungsakts nach Auffassung des Senats (vgl. Urteil vom 24.11.2010 - L 5 KR 357/10 -) auch darin liegen, dass die Behörde einen Statusfeststellungsbescheid, dessen Regelung (Verfügungssatz) sich in rechtlich nicht zulässiger Weise auf einzelne, für sich allein nicht regelbare Regelungselemente des Verfahrensgegenstandes - namentlich die isolierte Feststellung einer abhängigen Beschäftigung -, beschränkt oder nach Auffassung der Behörde zu beschränken scheint, durch entsprechende (Ergänzungs-)Bescheide, ggf. vorsorglich, um die fehlenden Regelungselemente - die Feststellung der Sozialversicherungspflicht zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung - zur rechtlich zulässigen "Vollregelung" vervollständigt. Der zunächst unvollständige oder unvollständig erscheinende Verfügungssatz wird mit dem (Ergänzungs-)Bescheid durch die damit vorgenommene Einfügung der fehlenden Regelungselemente - ggf. auch nur klarstellend und bestätigend - geändert i. S. d. [§ 96 Abs. 1 SGG](#). Entsprechendes gilt für die Festlegung der statusrechtlich beurteilten Tätigkeit, sofern diese im Statusfeststellungsbescheid (zu) unvollständig umschrieben worden ist. In beiden Fallgestaltungen treten die (Ergänzungs-)Bescheide nicht im Zuge der Ersetzung gem. [§ 96 Abs. 1 SGG](#) gänzlich an die Stelle der ursprünglichen Statusfeststellungsbescheide (vgl. auch etwa LSG Bad.-Württ., Urteil vom 20.11.2009 - L 4 KR 1540/08 - zur Ergänzung eines rechtswidrigen Elementenfeststellungsbescheids; auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.3.2010, - [L 9 KR 13/08](#) - und Urteil des Senats vom 24.11.2010 - L 5 KR 357/10 -).

Hier hat die Beklagte mit dem Änderungsbescheid vom 11.11.2010 zunächst ausdrücklich die Versicherungspflicht der Klägerin zur Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung festgestellt und außerdem die von der Klägerin im Betrieb des Beigeladenen Nr. 1 ausgeübte Beschäftigung geschäftsführende Gesellschafterin konkret und ausdrücklich als solche bezeichnet. Nach dem Gesagten hat sie damit die Bescheide vom 13.03.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.11.2007 i.S.d. [§ 96 Abs. 1 SGG](#) (i.V.m. [§ 153 Abs. 1 SGG](#)) abgeändert, weswegen der Änderungsbescheid vom 11.11.2010 ebenfalls Gegenstand des Berufungsverfahrens ist. Insoweit entscheidet der Senat auf Klage (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, [SGG § 96](#) Rn. 7).

Die Berufung der Beklagten ist weitgehend begründet. Das SG hat der Klage im Ergebnis zu Unrecht stattgegeben. Der Bescheid vom 13.03.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.11.2007 i.S.d. [§ 96 Abs. 1 SGG](#) (i.V.m. [§ 153 Abs. 1 SGG](#)) in der Fassung des Änderungsbescheids vom 11.11.2010 ist überwiegend rechtmäßig und verletzen die Klägerin insoweit nicht in ihren Rechten.

Die Beklagte war für Entscheidung über den Antrag der Klägerin auf Statusfeststellung zuständig. Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) können die Beteiligten - in der Regel der Dienstgeber und der Dienstnehmer - schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Für eine solche Statusfeststellung ist nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) die Beklagte zuständig, nicht die nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) zur Entscheidung berufene Einzugsstelle. Einen solchen Antrag auf Statusfeststellung hatte die Klägerin am 21.08.2006 bei der Beklagten gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich. Im Rahmen einer Statusfeststellung nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) darf sich die Beklagte nicht darauf beschränken, eine abhängige Beschäftigung oder zusätzlich eine daraus folgende Versicherungspflicht "dem Grunde nach" festzustellen. Dies käme einer unzulässigen Elementenfeststellung gleich. Die Beklagte muss vielmehr, um einen Lebenssachverhalt zum Rechtsbegriff der abhängigen Beschäftigung zuzuordnen, das konkrete Rechtsverhältnis bezeichnen, an das sozialrechtlich angeknüpft werden soll, und auch Aussagen darüber treffen, in welchen Zweigen der Sozialversicherung die festgestellte Beschäftigung im jeweiligen Feststellungszeitraum zur Sozialversicherungspflicht geführt hat. Dies hat das BSG in seinen Urteilen vom 11.03.2009 ([B 12 R 11/07 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#)) und vom 04.06.2009 ([B 12 R 6/08 R](#), veröffentlicht in Juris) ergänzend zu seiner früheren Rechtsprechung entschieden. Dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an.

Die Beklagte hat vorliegend mit Bescheid vom 13.03.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06.11.2007 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 11.11.2010 den Status der Klägerin geprüft und ausdrücklich festgestellt, dass die Klägerin seit 18.7.2006 in der Renten-, Arbeitslosen-, und Pflegeversicherung auf Grund ihrer Tätigkeit als geschäftsführende Gesellschafterin bei der Beigeladenen zu 1 sozialversicherungspflichtig ist. Sie hat damit die Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt.

Die getroffene Feststellung ist materiell überwiegend rechtmäßig. Die Klägerin übt ihre Tätigkeit als geschäftsführende Gesellschafterin im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus, die die Sozialversicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung begründet. Zutreffend hat die Beklagte auch festgestellt, dass die Klägerin nicht der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht unterliegt, sondern versicherungsfrei ist. Gleiches gilt jedoch entgegen der Feststellung der Beklagten für die soziale Pflegeversicherung.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Der Begriff der Beschäftigung wird in [§ 7 SGB IV](#), der auch für die Rentenversicherung gilt, gesetzlich definiert. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers ([BSGE 38, 53](#), 57 = [SozR 4600 § 56 Nr. 1](#); BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#); BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, veröffentlicht in *Juris*). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (siehe zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96](#) = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus 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, Urteile vom 08.08.1990 - [11 RAR 77/89](#) - und vom 08.12.1994 - [11 RAR 49/94](#) - jeweils veröffentlicht in *Juris*). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteile vom 01.12.1977 - [12/3/12 RK 39/74](#) -; vom 04.06.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -; vom 10.08.2000 - [B 12 KR 21/98 R](#) - jeweils m.w.N. veröffentlicht in *Juris*). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -, veröffentlicht in *Juris*).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das BSG dementsprechend regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Vergleichbares gilt auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch nicht über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile verfügen. Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalls den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) -, m.w.N. veröffentlicht in *Juris*). Der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer gehört nach der Rechtsprechung des BSG danach dann nicht zu den in abhängiger Beschäftigung stehenden Personen, wenn er kraft seiner Gesellschaftsrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der Geschäftsführer über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt. Aber auch bei einem geringeren Kapitalanteil kann die Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall fehlen. So ist eine abhängige Beschäftigung grundsätzlich zu verneinen, wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügt und damit ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft verhindern kann (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#) m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen war die Klägerin im maßgeblichen Zeitraum abhängig beschäftigt. Sie hat keine Stellung als Gesellschafterin, die ihre Unabhängigkeit als Geschäftsführerin begründen könnte. Die Gesellschafterversammlung ist nach [§ 6 Abs. 3](#) des Gesellschaftsvertrags beschlussfähig, wenn 51 % des Stammkapitals vertreten sind. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden nach [§ 7 Abs. 1](#) und [3](#) des Gesellschaftsvertrags mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen, wobei je 50 Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren. Dementsprechend hat in dem Familienunternehmen allein der Sohn der Seniorchefin und weitere Geschäftsführer mit einem Kapitalanteil von 70 % die Entscheidungsmacht im Unternehmen der beigeladenen Gesellschaft. Die Klägerin verfügt lediglich über 10 % des Stammkapitals. Eine Sperrminorität für Gesellschaftsbeschlüsse sieht der Gesellschaftsvertrag nicht vor. Aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung ist die Klägerin daher nicht in der Lage, ihr nicht genehme Beschlüsse der Gesellschaft zu verhindern.

Die bloße Mitwirkung der Klägerin an den Gesellschafterbeschlüssen führt angesichts ihrer aufgrund der geringen Beteiligung beschränkten Rechtsmacht zu keiner anderen Bewertung. Anders als der zweite Geschäftsführer kann sie die Entscheidungen der Gesellschaft nicht

positiv bestimmen. Abgesehen von den in § 5 Abs. 3 des Gesellschaftervertrags geregelten Fällen kann sie Entscheidungen der Gesellschaft auch nicht verhindern. Sie hat damit keine Rechtsmacht, Einfluss auf die eigentliche Unternehmenspolitik zu nehmen. Sie muss vielmehr auch Weisungen, die allein auf den weiteren Geschäftsführer als Gesellschafter aufgrund seiner dominierenden Stellung zurückzuführen sind, ausführen. Insofern unterscheidet sich die Rechtsmacht der Klägerin deutlich von der einer Alleingesellschafterin einer GmbH oder einer Gesellschafterin, die über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der GmbH oder jedenfalls über eine uneingeschränkte Sperrminorität verfügt. Unabhängig davon erscheint es auch zweifelhaft, ob daraus, dass jeder Gesellschafter mit seinem besonderen Vetorecht Genehmigungen der anderen nach § 5 Abs. 3 des Gesellschaftervertrags "anhalten" kann, zu folgern ist, dass Beschlüsse mit den in § 5 Abs. 3 des Gesellschaftervertrags genannten Gegenständen entgegen § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags im Ergebnis einstimmig ergehen müssen. Jedenfalls ist die Klägerin als Gesellschafter-Geschäftsführer im Übrigen auch an solche Weisungen der Gesellschafterversammlung bzw. des Mehrheitsgesellschafters und weiteren Geschäftsführers gebunden, die gegen ihre Stimmen gefasst werden.

Bei dieser Sachlage ist das Vorliegen darüber hinausgehender Umstände erforderlich, wenn der Schluss auf einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft gezogen werden soll. Solche Umstände sind nicht gegeben. Die Klägerin ist als Mit-Geschäftsführerin der Beigeladenen mit der Geschäftsführung des Unternehmens betraut. Diese umfasst die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen, insbesondere Bestimmung über den Einsatz und die Koordinierung der Unternehmensressourcen, darunter die Vorgabe von sachlichen und zeitlichen Teilzielen an die Bediensteten der Gesellschaft. Der Begriff der Geschäftsführung umfasst auch die Leitung des Unternehmens (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2010, § 35 Rn. 29 m.N.). Die vom Kläger-Vertreter im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Unterlagen belegen, dass die Klägerin die Geschäftsführungsaufgaben in diesem Sinne wahrnimmt, helfen aber für die Abgrenzung nicht weiter, weil sie dies nicht von einer abhängig beschäftigten Fremdgeschäftsführerin unterscheidet. Wie diese ist auch die Klägerin der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Wie dargelegt, bedürfen bestimmte Geschäfte nach dem Gesellschaftsvertrag der vorherigen Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung. Im Übrigen können Gesellschafterbeschlüsse auch einzelne Geschäftsführungsentscheidungen in konkreten Angelegenheiten enthalten, sowohl negativ-verbietend (insoweit unmittelbar unter § 37 Abs. 1 fallend) als auch positiv-gebietende Weisungen (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2010, § 37 Rn. 20 m.N.). Dass sie ebenso wie der weitere Geschäftsführer im Rahmen ihrer Geschäftsführertätigkeit alleinvertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit ist, ist bei einer kleineren GmbH nicht untypisch und dementsprechend auch nicht ausschlaggebend für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)).

Die Klägerin hat mit einem Gesellschaftsanteil von nur 10 % keine rechtliche Handhabe, ihre eigene Kündigung/Entlassung durch Beschluss der übrigen Gesellschafter zu verhindern. Sie steht in Bezug auf die rechtliche Sicherheit ihres Arbeitsplatzes nicht anders da als jeder andere Fremdgeschäftsführer. Änderungen ihres Geschäftsführervertrags kann sie aus eigener Rechtsmacht ebenfalls nicht durchsetzen, sondern nur mit (nicht einklagbarer) Zustimmung der anderen Mitgesellschafter. Ihre organschaftliche Bestellung als Geschäftsführerin ist zu jeder Zeit widerruflich (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Der Anstellungsvertrag kann in der gesetzlichen Kündigungsfrist von beiden Parteien gekündigt werden. Das Recht der außerordentlichen Kündigung ist hiervon unberührt (§ 9 Abs. 3 des Geschäftsführervertrags). Die Treuepflicht verlangt vom Geschäftsführer in der Regel, seine ganze Arbeitskraft für die GmbH einzusetzen. Das beinhaltet die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden in außergewöhnlichen Situationen oder auch zum Abbruch oder Verschieben eines Urlaubs (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2010, § 35 Rn. 49 m.N.). Dem entspricht die Regelung in § 3 des Anstellungsvertrags. Der Anstellungsvertrag enthält auch im Übrigen die üblichen Regelungen hinsichtlich eines regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelts (6.000 EUR), gewinnabhängige Tantieme von 15 %, die auf 25 % ihrer Bezüge im Kalenderjahr beschränkt ist, sowie des Urlaubs (25 Tage). Weiterhin ist die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung (2 Wochen) und die Abgeltung von Urlaub, der mit Rücksicht auf das Unternehmen nicht genommen werden konnte, die Abrechnung von Spesen und Aufwendungen, die Benutzung des gesellschaftseigenen Pkw und ein Pauschbetrag für dessen private Nutzung geregelt. Die Übernahme einer Nebentätigkeit bedarf der Zustimmung der anderen Geschäftsführer bzw. der Gesellschafterversammlung. Dies alles spricht für eine abhängige Beschäftigung.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich auch aus den tatsächlichen Modalitäten der Tätigkeit der Klägerin keine durchgreifenden Anhaltspunkte für eine selbständige Tätigkeit. Dies gilt insbesondere in Bezug auf das Vorbringen, dass die Klägerin ihren Mitgeschäftsführer "anweise" für die Aufstellung eines Investitionsplans, "Zahlen zu liefern". Geschäftsführer haben grds. das Recht, sich über alle Angelegenheiten des Unternehmens zu unterrichten. Das Recht zur Einsicht in die Buchführung hat jeder von ihnen zwingend. Soweit Einzelgeschäftsführungsbefugnis besteht oder die Geschäfte ressortmäßig aufgeteilt sind, kann jeder gleichwohl vom anderen Unterrichtung über alle wesentlichen Vorgänge und Angelegenheiten verlangen, auch Einsicht in Unterlagen und Schriften nehmen ("jeder darf alles wissen, und jeder hat Anspruch darauf, über alles informiert zu werden"). Der Ressortgeschäftsführer kann erforderliche Informationen über Angelegenheiten des anderen Ressorts von dem zuständigen Mitgeschäftsführer verlangen oder auch vom Personal des Unternehmens (Baumbach/Hueck, GmbHG, 2010, § 35 Rn. 62 m.N.).

Wenn der Mit-Geschäftsführer gegenüber dem SG angegeben hat, dass sie ihm Anweisungen gebe, widerspricht das seinen Angaben, dass er und die Klägerin ihre Ressorts in der Weise aufgeteilt hätten, dass er sich als Textilkaufmann um die kaufmännische Seite und die Klägerin sich als Textilingenieurin um die Produktion kümmere. Damit ist sicherlich eine gegenseitige Abstimmung erforderlich, verbindliche "Anweisungen" können sich Geschäftsführer gegenseitig demgegenüber nicht erteilen. Es würde die Verhältnisse auf den Kopf stellen, wenn man annehmen wollte, dass die Klägerin dem Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer tatsächlich Weisungen erteilen kann, an die sich dieser aufgrund der Stellung der Klägerin in der Gesellschaft gebunden fühlen könnte.

Dass die Klägerin keinen festen Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeit unterliegt, entspricht, wie dargelegt, ihrer Treuepflicht. Im Übrigen ist sie organisatorisch in den Betrieb eingebunden und auf diesen angewiesen. Als Geschäftsführerin hat die Klägerin auch kein unternehmerisches Risiko übernommen. Sie bezieht ein festes, durchaus ihrer Stellung als Geschäftsführerin in einem Kleinunternehmen angemessenes Gehalt. Daneben ist sie zwar am Gewinn beteiligt, was angesichts des Festgehalts aber nicht als Risikoübernahme gesehen werden kann. Maßgeblich ist dies auch nicht als Hinweis auf einen fehlenden Interessengegensatz im Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnis, denn insoweit handelt es sich um kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Ein solcher Gegensatz kann z.B. auch fehlen, wenn der Arbeitnehmer - ohne Gesellschafter zu sein - am Unternehmenserfolg beteiligt wird. Dass sie als Geschäftsführerin den Produktionsbetrieb verantwortlich leitet, wohingegen der weitere, nach dem obigen Maßstab eindeutig nicht abhängige beschäftigte Geschäftsführer und

Mehrheitsgesellschafter im Wesentlichen den Bereich der Verwaltung und Finanzen führt, unterscheidet sie nicht von einem in der Regel als leitender Angestellter abhängig beschäftigten Betriebsleiter. Entsprechendes gilt hinsichtlich ihrer Fachkenntnisse und Branchenkenntnisse, die sie auch als abhängig beschäftigte Geschäftsführerin und Betriebsleiterin benötigt. Fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten machen nicht jeden leitenden Angestellten zu einem Unternehmer. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 18](#)).

Auch wenn die Klägerin die Einzige sein sollte, die in diesem Betrieb über entsprechende Kenntnisse verfügt, könnte dies dementsprechend für die Frage der Versicherungspflicht nicht ausschlaggebend sein. Allerdings bestehen hieran durchaus Zweifel, zumal es sich um ein Familienunternehmen der Familie M. handelt und die Seniorchefin - die auch vor Änderung des Gesellschaftsvertrag nicht selbst Geschäftsführerin war und sich aus Altersgründen zurückgezogen haben soll - als stille Gesellschafterin, wie sich auch aus den in den mündlichen Verhandlungen dem SG und dem Senat überreichten Unterlagen ergibt, weiterhin am Firmengeschehen z.B. an Meetings teilnimmt. Herr M. M. dürfte mit dem Familienunternehmen aufgewachsen sein. Fach- und Branchenkenntnisse dürfte auch der dritte Gesellschafter des Familienbetriebs Andreas M. besitzen, der gleichzeitig Geschäftsführer der Gebr. Otto Baumwollfeinzwirnerie GmbH Co KG in D. ist.

Die Klägerin war vor Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit bei der Beigeladenen abhängig beschäftigt als - einzige ausgebildete - Textilingenieurin und zuletzt als Assistentin der Geschäftsleitung mit Prokura tätig. Ihre Aufnahme in die Gesellschaft ist sicher vor diesem Hintergrund zumindest auch erfolgt, um die Klägerin noch stärker an das Unternehmen zu binden. Auch wenn es durchaus nachvollziehbar ist, dass die Klägerin als fähige, erfahrene und engagierte Führungskraft für die Beigeladene nicht leicht zu ersetzen wäre, lässt sich daraus aber nicht schließen, dass sie eine unabhängige Stellung, die im Gesellschafter- und im Anstellungsvertrag keinen Ausdruck findet, erhalten sollte. Vielmehr fällt auf, dass das Abberufungsrecht nicht nach [§ 38 Abs. 2 GmbHG](#) auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt wurde und die Beigeladene Nr. 1 auch im Anstellungsvertrag nicht auf ihr ordentliches Kündigungsrecht verzichtet hat. Die Beteiligung der Klägerin am Erfolg des Unternehmens in Form von Tantiemen ist auf ein Viertel ihres Jahreseinkommens begrenzt. Die Aufnahme einer Nebentätigkeit bedarf der Zustimmung. Ihr Urlaubanspruch ist auf 25 Tage begrenzt. Auch die Regelung zur Abgeltung von Urlaub der nicht genommen werden konnte, spricht deutlich für eine abhängige Beschäftigung. Auch im Übrigen lässt sich eine besondere Position der Klägerin als Einzige nicht der Familie angehörende Gesellschafterin nicht erkennen, mit Rücksicht auf die sich ihre Tätigkeit wesentlich von der einer Fremdgeschäftsführerin unterscheiden würde.

Nach alledem überwiegen die für eine abhängige Tätigkeit sprechenden Umstände die dagegen sprechenden deutlich.

Die Klägerin ist auch gegen Arbeitsentgelt ([§ 14 SGB IV](#)) und nicht nur geringfügig beschäftigt, was nach den obigen Darlegungen keiner weiteren Erörterung bedarf. Sie war damit in der Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig. Dagegen war die Klägerin gemäß [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung versicherungsfrei. Danach sind versicherungsfrei Arbeiter und Angestellte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze nach den Absätzen 6 oder 7 übersteigt und in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren überstiegen hat; Zuschläge, die mit Rücksicht auf den Familienstand gezahlt werden, bleiben unberücksichtigt. Das Jahresarbeitsentgelt der Klägerin, die seit 1998 nicht mehr Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse ist, hat - auch - ab 18.07.2006 die jeweilige Jahresarbeitsentgeltgrenze überschritten. Dies hat die Beklagte zutreffend im Änderungsbescheid dargelegt.

Ist die Klägerin damit nicht mehr Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung, so folgt daraus zugleich, dass sie nicht der Versicherungspflicht zur sozialen Pflegeversicherung ([§ 20 SGB XI](#)) unterliegt. Die Feststellung einer gesetzlichen Pflegeversicherungspflicht ([§ 23 Abs. 1](#) und 2 SGB XI) in einer privaten Versicherung ist nicht Gegenstand des Statusverfahrens und nicht Aufgabe der Beklagten. Die Statusfeststellung bezieht sich nach [§ 7 a Abs. 4 SGB IV](#) nur auf die durch eine Beschäftigung vermittelte Sozialversicherungspflicht. Die Pflicht zum Abschluss von Versicherungsverträgen nach [§ 23 SGB XI](#) beruht demgegenüber auf einer anderen Grundentscheidung des Gesetzgebers. Nicht die unterstellte Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter ist Anknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht, sondern die Überlegung, alle Bevölkerungsschichten vor dem Risiko der Pflegebedürftigkeit und den damit verbundenen finanziellen Auswirkungen zu schützen. Versicherungspflichttatbestand ist deshalb (nicht die Beschäftigung, sondern) die Mitgliedschaft in einem privaten Krankenversicherungsunternehmen. Ob für die Klägerin aus [§ 23 SGB XI](#) eine Pflicht zum Abschluss einer Versicherung gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit besteht, unterliegt deshalb nicht der Prüfung durch die Beklagte. Ihre diesbezügliche Feststellung in dem Bescheid vom 11.11.2010 war daher mangels Zuständigkeit aufzuheben.

2. Die Berufung der Beklagten hat im gleichen Umfang Erfolg, soweit das SG in dem angegriffenen Urteil festgestellt hat, dass die Klägerin ihre Tätigkeit für die Beigeladene im Rahmen einer nicht abhängigen Beschäftigung ausübe. Die Feststellungsklage der Klägerin war zulässig (BSG, Urteil vom 04.06.2009 - [B 12 R 6/08 R](#) -, veröffentlicht in Juris). Die Klägerin hatte nämlich ungeachtet des Antragswortlauts nach dem maßgeblichen Inhalt ihres Begehrens ([§ 123 SGG](#)) nicht eine unzulässige Elementenfeststellung erstrebt, sondern - was allein zulässig ist - die Frage der Versicherungspflicht zur Entscheidung des Gerichts gestellt (vgl. BSG, Urteil vom 11.03.2009 - [B 12 R 11/07 R](#) -). Die Feststellungsklage war jedoch nur insoweit begründet, als die Klägerin kranken- und pflegeversicherungsfrei ist, wobei nur noch bezüglich der Pflegeversicherung ein Feststellungsinteresse besteht, nach dem die Beklagte mit dem Änderungsbescheid vom 11.11.2010 die Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung festgestellt hat. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-12-20