

## L 4 R 5166/08

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung

4  
1. Instanz  
SG Konstanz (BWB)

Aktenzeichen  
S 8 R 365/08

Datum  
17.09.2008

2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen

L 4 R 5166/08  
Datum

21.10.2011

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Leitsätze

Bei einem Gesellschafter einer GmbH, der weder aus gesellschaftsrechtlicher Sicht Befugnisse innehat, die es ihm erlauben, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich mitzulenken, noch ein Unternehmerrisiko trägt, tritt in den Hintergrund, dass er seine persönliche wirtschaftliche Situation möglicherweise ganz erheblich auch an den wirtschaftlichen Fortbestand der GmbH geknüpft hat.

NZB anhängig: [B 12 R 2/12 B](#)

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 17. September 2008 wird zurückgewiesen.

Die Klage wegen des Bescheids vom 11. Mai 2011 wird abgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger ein Drittel der außergerichtlichen Kosten beider Rechtszüge zu erstatten

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über den sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers in seiner Eigenschaft als mitarbeitender Gesellschafter und Prokurist für die beigeladene Kapitalgesellschaft.

Die Beigeladene wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 07. August 1998 gegründet. Nach § 2 des Gesellschaftsvertrags ist Gegenstand des Unternehmens die Entwicklung von Software, Planung, Verkauf, Durchführung, Betreuung und Wartung von Netzwerk-, Internet-, Intranet-, Kommunikations-, Multimedia- und Systemlösungen mit Schulung sowie Büromaschinen und Organisationsmitteln. Nach § 3 beträgt das Stammkapital EUR 130.600,00. Gemäß § 5 hat die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, vertritt dieser die Gesellschaft allein; sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, so vertreten entweder mindestens zwei Geschäftsführer oder ein Geschäftsführer und ein Prokurist die Gesellschaft. Auch die Geschäftsführer benötigen für die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen oder teilweise, für Grundstücksgeschäfte, Spekulations- und ähnliche Geschäfte, Erteilung und Widerruf von Prokuren u.Ä. die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einem Beschluss von einfacher Mehrheit. Nach § 6 Nr. 11 werden auch im Übrigen, soweit nicht das Gesetz anderes vorsieht, Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst, wobei je EUR 50,00 Stammeinlage eine Stimme ergibt.

Der Kläger ist - neben den weiteren Personen Herrn C. S. (im Folgenden C.S.) sowie zunächst den Herren S. und K. G. (im Folgenden: S.G. und K.G.) - Gesellschafter der Beigeladenen. Ausweislich des vom Kläger ausgefüllten Feststellungsbogens zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafters einer GmbH vom 15. Dezember 2005 hielten zunächst diese vier Gesellschafter gleiche Anteile von 25% mit entsprechenden Stammeinlagen von EUR 32.650,00. Ausweislich des Handelsregisterauszugs vom 19. September 2001 ist C.S. im Handelsregister als Geschäftsführer, der Kläger und S.G. und K.G. sind als Prokuristen eingetragen. In der vom Sozialgericht Konstanz (SG) durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 gab der Kläger zu Protokoll, seit Ende 2005 nur noch mit 15% der Gesellschaftsanteile beteiligt zu sein, C.S. mit 50% der Gesellschaftsanteile; die restlichen Gesellschaftsanteile teilen sich S.G. und K.G. ... In der mündlichen Verhandlung des Senats gab C.S. an, sein Gesellschaftsanteil betrage 65%, der Gesellschaftsanteil des Klägers 20%. und der Anteil des dritten Gesellschafters 15%.

Der Kläger war vor seiner Tätigkeit als Prokurist für die Beigeladene als Geschäftsführer eines Tochterunternehmens der Beigeladenen, der S. GmbH (im Folgenden S. GmbH), tätig. Nach dem Handelsregisterauszug vom 28. Oktober 2010 wurde diese zuletzt durch Beschluss vom 09. Mai 2005 geändert. Ausweislich der Präambel des Geschäftsführerdienstleistungsvertrags (zuletzt geändert am 21. Dezember 2007)

hält der Kläger an der S. GmbH 50% der Geschäftsanteile und ist durch Gesellschafterbeschluss vom 23. September 1999 zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt worden. Nach Ziff. 1.1 obliegt ihm die Geschäftsführung der Gesellschaft. Nach Ziff. 1.2 ist der Kläger stets einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit.

Nach Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung des SG vom 17. September 2008 wurde Ende 2005 das Personal des Tochterunternehmens von der Beigeladenen übernommen. Der Kläger blieb gleichwohl im Weiteren Geschäftsführer der S. GmbH. Nach den Angaben des C.S. in der mündlichen Verhandlung des Senats sind zwischenzeitlich die Arbeitnehmer der Beigeladenen und der S. GmbH wieder getrennt. Der Kläger ist nach seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung des Senats seit Januar 2008 nicht mehr für die Beigeladene, sondern nur noch für die S. GmbH tätig. Im Folgend bezieht nur noch aus dieser Tätigkeit Einkommen (vgl. insoweit aktuell den Geschäftsführerdienstvertrag vom 21. Dezember 2007).

Im Zuge der Personaleingliederung in die Beigeladene wurde der Kläger jedoch auch bei dieser am 15. Dezember 2005 mit "Anstellungsvertrag" eingestellt. Gemäß § 1 des Vertrages begann diese Anstellung am 01. Januar 2006. Der "Anstellungsvertrag" mit der Beigeladenen ist wie folgt gestaltet: Nach § 2 des Vertrages ist der Kläger "Mitglied der Geschäftsleitung und wird als Leiter im Bereich Entwicklung eingestellt. (Dem Kläger) wird Prokura in der Form der Einzelprokura erteilt (...). (die Beigeladene) behält sich vor, dem (Kläger) eine andere zumutbare Tätigkeit zuzuweisen, die seinen Vorkenntnissen entspricht. Es besteht Einigkeit darüber, dass kurzfristig aus dringenden betrieblichen Gründen auch geringwertigere Tätigkeiten zugewiesen werden können". Nach § 4 des Arbeitsvertrages richten sich Lage und Dauer der Arbeitszeit nach den betrieblichen Notwendigkeiten. Der Kläger stellt seine ganze Arbeitskraft zu den firmenüblichen Arbeitszeiten zur Verfügung. Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt danach acht Stunden täglich bei 40 Stunden wöchentlich. Im Bedarfsfall besteht Bereitschaft, Mehrarbeit zu leisten. Nach § 5 Ziff. 1 erhält der Kläger eine Arbeitsvergütung, die in der diesem Vertrag beigefügten Lohnmitteilung ausgewiesen ist. Die Arbeitsvergütung besteht aus einem Grundgehalt, einer Leistungszulage und einer freiwilligen, jederzeit widerrufbaren Erfolgszulage. In § 6 Ziff. 2 wird der Kläger verpflichtet, vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer vorzulegen. In Ziff. 3 ist zudem Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen vereinbart. § 8 enthält eine Regel für den Fall eines Arbeitsvertragsbruchs mit entsprechender Vertragsstrafe. Nach § 9 erhält der Kläger 24 Arbeitstage Urlaub und je nach Anzahl krankheitsbedingter Fehltage bis zu sechs Urlaubstage im Jahr zusätzlich. § 10 enthält Bestimmungen über eine Arbeitsvertragskündigung, § 11 zur Vertraulichkeit, Schutz von Arbeitgeberigentum und Haftung und § 12 zur Kostenübernahme bei Fortbildungsmaßnahmen. § 13 verbietet dem Kläger, sich ohne Zustimmung der Gesellschaft mittelbar oder unmittelbar an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen oder ein solches zu betreiben bzw. Nebentätigkeiten zu übernehmen. § 14 regelt eine Verschwiegenheitspflicht. §§ 15 und 16 enthalten eine Bestimmung zur Ausschlussfrist bzw. Schlussbestimmungen. Dem Vertrag ist eine "Lohnmitteilung", unterzeichnet ebenfalls am 15. Dezember 2005, angehängt, ausweislich welcher der Kläger zum Einen ein Grundgehalt von EUR 5.300,00 sowie zum Anderen eine Leistungszulage in Form einer Zulage für die "Pensions- oder U-Kasse" in Höhe von EUR 250,00 und zusätzlich nach Maßgabe einer "Zielvereinbarung" erhält. Danach sei das definierte Ergebnis der Kostenstelle ein Betrag von EUR 23.450,00. Werde dieses Ergebnis überschritten, würden 10% dieses Betrages an den Kläger ausgeschüttet. Dritter Bestandteil der Lohnmitteilung ist eine Erfolgszulage (Tantieme). Bemessungsgrundlage sei das Gesamtergebnis des Unternehmens. Die Tantieme sei freiwillig und widerrufbar und werde vom Arbeitgeber pro Geschäftsjahr festgelegt.

Am 28. Dezember 2005 beantragte die Beigeladene bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Beschäftigung des Klägers bei ihr unter Vorlage des vom Kläger ausgefüllten "Feststellungsbogens zur versicherungsrechtlichen Beurteilung" vom 15. Dezember 2005, des Anstellungsvertrages vom 15. Dezember 2005 einschließlich der "Lohnmitteilung" sowie des Gesellschaftsvertrags. Der Kläger gab auf dem "Feststellungsbogen" an, dass er zwar vom Selbstkontrahierungsverbot nicht befreit sei, er aber für den Teilbereich der Entwicklung als einziger Gesellschafter über einschlägige Branchenkenntnis verfüge. Er sei bis Ende 2005 selbstständig tätig gewesen. Nun sei er angestellter Arbeitnehmer. Er unterliege keinem Weisungsrecht. Er sei nur durch die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung eingeschränkt. Er entrichte aus seinem Arbeitsentgelt Lohnsteuer. Überdies habe er zugunsten der Beigeladenen eine Bürgschaft in Höhe von EUR 65.000,00 übernommen sowie dieser ein Darlehen in Höhe von EUR 18.000,00 gewährt.

Mit Schriftsatz vom 15. März 2006 hörte die Beklagte den Kläger und die Beigeladene an. Es sei beabsichtigt, das Vorliegen eines abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses des Klägers festzustellen. Hierauf wandte der Kläger ein, er führe bei der Beigeladenen den Bereich der Softwareentwicklung selbstständig und sei nach dem Anstellungsvertrag auch an keine Weisungen durch andere gebunden. Der äußere Rahmen dieser Tätigkeit könne nicht durch einseitige Weisungen geregelt werden, da kein Gesellschafter mehr als 50% der Anteile halte. Auch dies spreche gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Es werde daher gebeten, die Einschätzung nochmals zu überprüfen. Auf Nachfrage der Beklagten legte der Kläger zudem den Handelsregisterauszug für die Beigeladene vom 19. September 2001 sowie Unterlagen der Kreissparkasse B. und der Volksbank B. S. über vom Kläger - teils alleine, teils zusammen mit C.S. - zugunsten der Beigeladenen, teilweise jedoch auch zugunsten der S. GmbH geleistete Bürgschaften sowie einen zugunsten der Beigeladenen geschlossenen Darlehensvertrag über EUR 5.000,00 vor.

Mit Bescheid vom 20. November 2006 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger als mitarbeitender Gesellschafter und Prokurist bei der Beigeladenen seit dem 01. Januar 2006 dem Grunde nach versicherungspflichtig beschäftigt sei. Beschlüsse der Beigeladenen würden mit einfacher Mehrheit gefasst. Das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters richte sich nach der Höhe seiner Geschäftsanteile. Derjenige Gesellschafter habe somit maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, der mindestens die Hälfte der Geschäftsanteile der Beigeladenen besitze. Der Kläger sei mit EUR 32.650,00 an der Gesellschaft beteiligt und verfüge somit über einen Stimmanteil von 25%. Er besitze für sich betrachtet keinen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, da auch ohne seine Mitwirkung die einfache Mehrheit erreicht werden könne. Er könne somit zwar Einfluss auf die Firmenpolitik, aber keinen Einfluss auf eine Willenserklärung der Gesellschaft hinsichtlich der Beendigung seines Anstellungsvertrages nehmen. Er habe diesbezüglich keine Sperrminorität. Da aufgrund des Kapitalanteils ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein ausgeschlossen sei, seien die allgemeinen Voraussetzungen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu prüfen. Maßgebend sei das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse. An einer GmbH beteiligte Gesellschafter bzw. Geschäftsführer, die keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft aufgrund ihrer Beteiligung an der Gesellschaft nehmen könnten, stünden regelmäßig in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH. Allein aus der weisungsfreien Ausführung seiner Tätigkeit könne nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Kläger im Übrigen in einer nicht von ihm vorgegebenen Ordnung des Betriebs eingegliedert sei und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe, sodass er - selbst bei Belassung großer Freiheiten - der Überwachung durch die

Gesellschafterversammlung unterliege. Dies gelte auch dann, wenn diese von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch mache. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage der Kläger kein eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Aktuell habe er der Beigeladenen ein Darlehen in Höhe von EUR 19.467,94 gewährt und eine Bürgschaft für die Beigeladene in Höhe von EUR 5.112,92 übernommen. Im Vergleich zum Stammkapital der Beigeladenen und zu dem Jahresgehalt des Klägers seien diese übernommenen Risiken unerheblich. Auch die anderen Gesellschafter verfügten aufgrund ihrer erlernten Berufe über Kenntnisse auf dem Gebiet des Unternehmensgegenstandes. Insbesondere der Geschäftsführer C.S. dürfte als Informatiker auch über Kenntnisse auf dem Gebiet der Entwicklung der Software verfügen. Alleinige Branchenkenntnisse des Klägers lägen damit nicht vor. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Versicherungspflicht dem Grunde nach beginne mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung.

Der Kläger legte gegen diesen Bescheid am 27. November 2006 Widerspruch ein. Die Beklagte habe wesentliche Merkmale, die einer Beurteilung als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung entgegenstünden, insbesondere das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, nicht gewürdigt. Zunächst treffe nicht zu, dass er (der Kläger) keinerlei Unternehmerrisiko trage. Er erhalte eine erfolgsabhängige Vergütung, und zudem werde steuerlich bei einem Gesellschafter, der monatlich keine festen Bezüge erhalte, von einer verdeckten Gewinnausschüttung ausgegangen. Somit sei die Zahlung von festen monatlichen Bezügen kein Indiz für das Fehlen des Unternehmerrisikos. Zu Unrecht werde die Gewährung von Darlehen und die Übernahme einer Bürgschaft als unerheblich im Hinblick auf das vorhandene Stammkapital und das Jahresgehalt angesehen. Er (der Kläger) sei Gründungsgesellschafter der Beigeladenen, und die Gewährung des Darlehens und die Übernahme der Bürgschaft sei Ausfluss seiner Mitunternehmerstellung; es sei nicht vorstellbar, welcher Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber sonst Darlehen und Bürgschaften in Höhe von etwa EUR 25.000,00 gewähre. Er habe überdies sehr wohl alleinige Branchenkenntnisse. Er sei alleiniger Leiter der Softwareentwicklung und habe für seine Tätigkeit Prokura bei der Beigeladenen erhalten. Dieser Fachbereich sei durch Auslagerung der S. GmbH entstanden, die eine Tochter der Beigeladenen und an der er selbst mit "5%" (richtig wohl 50%) beteiligt sei. Vor der Wiedereingliederung des Betriebs in den Betrieb der Beigeladenen sei die gesamte hochkomplexe Softwareentwicklung von der S. GmbH erstellt und an die Beigeladene verkauft worden. Die lapidare Feststellung im Bescheid, dass der Geschäftsführer der Beigeladenen aufgrund seiner Eigenschaft als Informatiker diese Tätigkeit ebenfalls ausüben könne, sei daher nicht zutreffend. Die Beklagte verkenne die hochspeziellen Aufgabenteilungen in der Softwareentwicklung. Auf den Arbeitsvertrag könne nicht maßgeblich abgestellt werden, weil die tatsächliche Praxis von den Formulierungen des Arbeitsvertrages maßgeblich abweiche. Er (der Kläger) könne zwar in der Durchführung seines Anstellungsverhältnisses formell durch Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden werden, jedoch könne er in der tatsächlichen Durchführung des Vertrages Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit frei bestimmen. Aus diesen Punkten ergebe sich zusammenfassend, dass die getroffene Statusentscheidung auf einer nicht umfassenden Würdigung der neben den Kapitalverhältnissen wesentlichen Merkmale für die Beurteilung seiner Beschäftigung beruhe. Er übe eine dem Mitunternehmer gleichgestellte selbstständige Tätigkeit aus und sei deshalb nicht sozialversicherungspflichtig. Mit weiterem Schreiben vom 30. November 2006 teilte der Kläger mit, entgegen den Ausführungen im angegriffenen Bescheid habe er Bürgschaften in Höhe von insgesamt EUR 70.112,92 übernommen. Zum Nachweis wurde ein Bürgschaftsvertrag der Volksbank B. S. in Höhe von EUR 5.112,92 sowie ein weiterer zugunsten der Kreissparkasse B. vom 28. Juni 2005 in Höhe von EUR 65.000,00 vorgelegt. Die Beigeladene schloss sich den Ausführungen des Klägers ohne Einschränkung an.

Mit Widerspruchsbescheid vom 08. Januar 2008 wies die bei der Beklagten gebildete Widerspruchsstelle sodann den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurück. Sie wiederholte im Wesentlichen ihre Argumentation aus dem Ausgangsbescheid und führte ergänzend und vertiefend aus: Die Gesellschafterversammlung habe die Rechtsmacht, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Auch in dem Arbeitsvertrag seien entsprechende Rechtsmachten enthalten. So richte sich die Arbeitszeit gemäß § 4 des Anstellungsvertrages nach den betrieblichen Erfordernissen. Der Kläger habe seine gesamte Arbeitszeit zu den firmenüblichen Arbeitszeiten 40 Stunden in der Woche zur Verfügung zu stellen, von einer freien Einteilung der Arbeitszeit könne somit nicht ausgegangen werden. Zudem behalte sich die Gesellschaft nach § 2 des Anstellungsvertrages vor, dem Kläger andere zumutbare Tätigkeiten zuzuweisen; dies sei nur bei Arbeitnehmern möglich. Dass der Kläger Mitglied der Geschäftsleitung und als Leiter im Bereich der Entwicklung eingestellt worden sei, spreche ebenso wenig gegen eine abhängige Beschäftigung wie die Erteilung der Prokura. Die bisherige Berufserfahrung sei ebenfalls nicht maßgeblich. Jeder Arbeitnehmer werde wegen seiner Ausbildung, seiner speziellen Kenntnisse, seines beruflichen Werdegangs usw. eingestellt. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage der Kläger kein eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Zwar sei er aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlung indirekt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt, eine Kürzung bzw. den Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage müsse der Kläger jedoch nicht befürchten. Die Gewährung von arbeitnehmertypischen Leistungen, wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und der bezahlte Urlaub, sprächen für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Lediglich die Gewährung von Darlehen und Bürgschaften seien Punkte, die indiziell gegen eine abhängige Beschäftigung sprächen. Diese träten jedoch aufgrund der Rechtsmacht der Gesellschaft, dem Kläger Weisungen zu Ort, Zeit und Art und Weise der Arbeit zu erteilen, in den Hintergrund. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Voraussetzungen für einen späteren Beginn der Versicherungspflicht nach [§ 7a Abs. 6 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) seien nicht erfüllt, denn der Kläger habe dem späteren Beginn nicht zugestimmt. Die Versicherungspflicht dem Grunde nach beginne daher mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung am 01. Januar 2006.

Am 08. Februar 2008 erhob der Kläger hiergegen zum SG Klage. Er übe seit dem 01. Januar 2006 Tätigkeiten als Gesellschafter-Geschäftsführer, Prokurist und als Verantwortlicher für die Softwareentwicklung bei der Beigeladenen aus. Die Beigeladene verfüge über ein Stammkapital in Höhe von EUR 130.600,00. Er selbst habe darauf eine Stammeinlage von 15% übernommen. Die Beigeladene sei Mitte "1989" (richtig: 1998) gegründet worden und im Folgenden nach einer Unternehmensübernahme im Jahr 2001 in eine finanzielle Schieflage geraten. Es habe die Insolvenz gedroht. Zu deren Abwendung sowie auch in den darauffolgenden Jahren habe er beträchtliche Personalsicherheiten durch Übernahme einer Vielzahl selbstschuldnerischer Bürgschaften zur Absicherung von Forderungen gegen die Beigeladene sowie für deren Tochtergesellschaft, die S. GmbH, an welcher die Beigeladene zu 95% beteiligt sei, gestellt. Außerdem habe er der Beigeladenen mehrere Darlehen gewährt. Dabei handele es sich um ein Darlehen mit Rangrücktritt von EUR 19.467,94 und ein weiteres Darlehen in Höhe von EUR 5.000,00. Zudem habe er drei Bürgschaften gegenüber der Kreissparkasse B. (in Höhe von EUR 125.000,00, in Höhe von EUR 15.000,00 sowie in Höhe von EUR 10.000,00) sowie drei weitere Bürgschaften gegenüber der Volksbank B. S. (in Höhe von EUR 20.000,00, EUR 10.000,00 und EUR 5.112,92) übernommen. Zusätzlich zu den 15% am Stammkapital in Höhe von EUR 19.590,00 habe er folglich der Beigeladenen Darlehen in Höhe von knapp EUR 25.000,00 und Bürgschaften in Höhe von gut EUR 185.000,00 zukommen lassen. Er verknüpfe seine wirtschaftliche Existenz also auf das Engste mit jener der Beigeladenen. Zudem habe er sich für die S. GmbH durch insgesamt sechs Bürgschaften in Höhe von insgesamt EUR 120.980,00 verbürgt. Durch diese Darlehen und Bürgschaften verstärke

sich sein Einfluss auf die Beigeladene ganz wesentlich, da das Stammkapital der Beigeladenen sich auf lediglich EUR 130.600,00 belaufe. Die Gesellschaft sei auf den Fortbestand der Bürgschaften sowie die weitere Darlehensgewährung angewiesen. Bei Fortfall der Bürgschaften müsse die Beigeladene damit rechnen, dass ihre Gläubiger die dann nicht mehr gesicherten Forderungen gegen die Beigeladene ganz kurzfristig fällig stellen würden, wodurch die Beigeladene mindestens in erhebliche Zahlungsschwierigkeiten, wenn nicht gar in Insolvenz geriete. Bereits aufgrund dieser Umstände sei er jederzeit in der Lage, sämtliche Entscheidungen der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen, welche ihm bedeutsam erschienen, zu seinen Gunsten zu bestimmen. Abgesehen davon begründe sich sein maßgeblicher Einfluss auf die Beigeladene auch auf seine überragende Fachkompetenz, welche für den wirtschaftlichen Erfolg und den Fortbestand der Beigeladenen und deren Tochtergesellschaft entscheidend seien. Die Entwicklung von funktionsfähiger Spezialsoftware sei für den wirtschaftlichen Erfolg der Beigeladenen entscheidend. Für die Entwicklung dieser Software sei er die Schlüsselfigur. Er plane und entscheide eigenverantwortlich alle Softwareentwicklungen bei der Beigeladenen. Sofern er selbst diese Entwicklungen nicht realisiere, ordne er die erforderlichen Schritte zu deren Umsetzung an und überwache die ordnungsgemäße Ausführung. Der wirtschaftliche Erfolg der Beigeladenen liege deshalb ganz maßgeblich in den Kenntnissen und Fähigkeiten sowie dem persönlichen Einsatz seiner Person begründet. Auch deshalb sei er in der Lage, ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschafterversammlung abzuwenden und im Übrigen seine Tätigkeiten weisungsfrei auszuüben. Seine Tätigkeiten bei der Beigeladenen würden daher tatsächlich ganz anders vollzogen als im Anstellungsvertrag beschrieben. Er unterliege keinerlei Weisungen seitens der Beigeladenen, sondern könne Ort, Zeit, Dauer und Art seiner Tätigkeiten frei bestimmen. Weisungsrechte der Beigeladenen aus diesem Anstellungsvertrag seien zwischen ihm und der Gesellschaft formlos abbedungen worden. Die Gesellschaft habe mit ihm einen Anstellungsvertrag ganz offensichtlich nur aus steuerlichen Gründen - um sich nicht dem Vorwurf der Finanzverwaltung ausgesetzt sehen zu müssen, bei den Zahlungen an ihn handele es sich um verdeckte Gewinnausschüttung - geschrieben. Dazu habe die Beigeladene ein beliebiges Muster eines Anstellungsvertrages, welches nicht weiter in Bezug auf die Tätigkeiten und seine Stellung bei der Gesellschaft angepasst worden sei, verwendet. Deutlich werde dies etwa anhand von § 11 Abs. 2 des Anstellungsvertrages, der die Mitnahme von Eigentum des Arbeitgebers nur im Rahmen der betrieblichen Aufgaben erlaube, worüber die Führungskraft in Kenntnis zu setzen sei. Diese Klausel sei in seinem Verhältnis zur Beigeladenen völlig abwegig. Er selbst sei die Führungskraft der Beigeladenen. Aus allem werde deutlich, dass er selbstständige Tätigkeiten ausübe und nicht in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehe. Der Kläger legte Kopien der benannten Bürgschaftsverträge vor, die vornehmlich aus den Jahren 2000 bis 2002, in zwei Fällen zudem aus dem Jahr 2007 stammen.

In der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 gab der Kläger zudem an, die Herabsetzung seiner eigenen Kapitalbeteiligung zu Ende 2005 beruhe (u.a.) darauf, dass nach außen ein starker Mann habe präsentiert werden sollen. Es sei bei den Banken nicht gut angekommen, wenn vier Köpfe verhandelt hätten, so dass mit C.S. "ein Gesicht nach außen" gefunden worden sei. Er (der Kläger) leite das operative Geschäft in der Beigeladenen, und zwar seit dem Jahr 1995. C.S. leite den Vertrieb. Auf dem (vorgelegten) Organigramm sei er für die drei Geschäftsbereiche Entwicklung, Standardsoftware und Systemtechnik zuständig. In seinen Bereichen seien etwa 28 Mitarbeiter beschäftigt, im Vertrieb arbeiteten etwa zehn Mitarbeiter. Seit 2002 bestehe ein kontinuierlicher Anstieg im Erfolg des Unternehmens. Sein Entgelt habe sich jährlich erhöht. Die im Einstellungsvertrag vereinbarte Gewinnbeteiligung habe jedes Jahr EUR 4.000,00 bis EUR 5.000,00 betragen. Urlaub habe er etwa 15 bis 20 Tage im Jahr genommen. Auf Nachfrage ergänzte der Kläger, dass sich die von ihm übernommenen Bürgschaften derzeit auf etwa EUR 50.000,00 belaufen, allerdings in näherer Zukunft Projekte anstünden, für die weitere Bürgschaften zu übernehmen seien.

Die Beklagte trat der Klage entgegen und verwies auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid.

Die durch Beschluss des SG vom 13. Mai 2008 Beigeladene stellte keinen Antrag. Für sie gab der Geschäftsführer C.S. in der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 jedoch an, von Anfang an für die Finanzen zuständig gewesen zu sein. Im Jahre 2001 sei die Beigeladene übernommen worden, man habe sich damit fast finanziell übernommen und kurz vor dem Aus gestanden. Der Kläger und er selbst hätten daraufhin für Kredite von den Banken Bürgschaften für das Unternehmen übernommen. Diese hätten sie mit der Zeit reduziert. Bei Integration von den Mitarbeitern der S. GmbH in die Beigeladene habe der Kläger auf den Geschäftsführerposten verzichtet. Er habe immer gesagt, es solle nicht mehr Häuptlinge geben als Indianer. In den Gesellschafterversammlungen bereite jeder seinen Part vor.

Das SG vernahm in der mündlichen Verhandlung zudem den früheren Prokuristen und Kaufmännischen Leiter der Beigeladenen T. H. (T.H.) als Zeugen. Dieser gab an, seinerzeit sei das Einstellungsgespräch sowohl mit dem Kläger als auch mit C.S. erfolgt. Der Kläger leite die Entwicklungsabteilung. Sein eigener Job sei es gewesen zu überprüfen, wie viel das Ganze koste. Der Kläger, C.S. und er selbst seien ein Dreigespann gewesen. Es habe natürlich strategische Entscheidungen gegeben, wo der Kläger das notwendige Know how gehabt habe und nicht er selbst.

Mit Urteil vom 17. September 2008 wies das SG die Klage ab. Mitarbeitende Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft könnten grundsätzlich in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft stehen. Ob eine Tätigkeit abhängig oder selbstständig verrichtet werde, entscheide sich letztlich danach, welche Merkmale überwiegen. Im Grundsatz gelte, dass nur derjenige nicht abhängig beschäftigt sei, der durch seine Unternehmensbeteiligung die unternehmenspolitischen Entscheidungen maßgeblich mitbestimmen könne. Denn eine Mehrheitsbeteiligung oder jedenfalls eine Sperrminorität, mit der bestimmte unternehmerische Entscheidungen verhindert werden könnten, führe in aller Regel zu einem fehlenden Abhängigkeits- bzw. Über- und Unterordnungsverhältnis. Spiegelbildlich hierzu sei derjenige, der nicht jedenfalls über eine Sperrminorität verfüge, in der Regel von den Entscheidungen der übrigen Gesellschafter persönlich abhängig. Zwar führe das Fehlen einer maßgeblichen Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch sei in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr begrenzten Einzelfällen auszugehen. Ein solcher Ausnahmefall könne z.B. bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schaffe und es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechtes völlig mangle. Im vorliegenden Fall gelange die Kammer aufgrund einer Gesamtwürdigung zu der Feststellung, dass die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung des Klägers sprächen, überwiegen. Ein maßgeblicher rechtlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund seiner Gesellschafterstellung habe beim Kläger nicht vorgelegen. Der Kläger verfüge nur über 15% des Stammkapitals der Beigeladenen. Beschlüsse würden nach dem Gesellschaftervertrag in der Gesellschafterversammlung jedoch mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen getroffen. Der Kläger habe im Unternehmen zudem lediglich eine Prokuristen- und keine Geschäftsführerstellung inne. Insgesamt besitze der Kläger danach nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben oder abzuschwächen. Die rechtlich bestehende Abhängigkeit werde auch nicht durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ausscheide. Der Kläger erhalte eine feste monatliche Vergütung und habe Anspruch

auf Fortzahlung des Gehalts im Krankheitsfall und bezahlten jährlichen Erholungsurlaub. Dass der Kläger die Entwicklungsabteilung und die Abteilungen für Standardsoftware und Systemtechnik der Beigeladenen möglicherweise selbstständig leite, ohne an Weisungen gebunden gewesen zu sein, führe nicht zu einer anderen Beurteilung. Es handele sich hierbei um eine Eigenschaft, die in der Regel eine leitende Stellung mit sich bringe und die als solche nicht jeden leitenden Angestellten zu einem Unternehmer mache. Dass das Arbeitsverhältnis möglicherweise durch freundschaftliche Rücksichtnahme zwischen Kläger und Geschäftsführer gekennzeichnet sei und daher das Weisungsrecht verfeinert ausgeübt worden sei, stehe einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Die Kammer vermöge insbesondere nicht zu erkennen, dass der Kläger die Geschäfte der Beigeladenen faktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führe, Geschäftspolitik betriebe, strategische Entscheidungen gefälle und die gegebene Betriebsordnung für ihn nicht bestimmend gewesen sei, zumal der Geschäftsführer C.S. selbst qualifizierte Branchenkenntnisse besitze und das Unternehmen mit aufgebaut habe. Anderes wäre auch nicht nachvollziehbar. Der Kläger habe seit dem Jahr 2006 bei der Umschichtung der Gesellschafteranteile nicht mehr, sondern weniger Gesellschaftsanteile erhalten. Er habe damals Gesellschaftsanteile abgegeben und sei nur zu einem (weiteren) Prokuristen bestellt worden. Dies alles seien gewichtige Indizien, die für eine abhängige Beschäftigung und gegen ein Unternehmerrisiko des Klägers sprächen. Auch die zusätzlich zum Arbeitsentgelt gewährte Gewinnbeteiligung führe zu keinem Unternehmerrisiko, denn diese sei angesichts des dem Kläger zustehenden festen Monatsgehalts dem Wagniskapital nicht gleichzusetzen, sondern Ausdruck auch bei Arbeitnehmern verbreiteter leistungsorientierter Vergütungsbestandteile. Bei dem Kläger bestehe nicht die Gefahr, die Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen. Die Gewinnbeteiligung sei nicht mit einem Verlustrisiko verbunden und sei im Übrigen bei Angestellten mit herausgehobener Verantwortungsposition nicht unüblich. Was die vom Kläger geltend gemachten Bürgschaften und Darlehen angehe, stammten diese noch aus der Zeit vor der hier streitigen Tätigkeit ab dem Jahr 2006. Im Übrigen widersprächen auch diese der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nicht. Nach der Rechtsprechung sei zwar z.B. die Gewährung eines Darlehens durch einen Arbeitnehmer an den Arbeitgeber nicht typisch, andererseits seien solche Leistungen auch nicht ausgeschlossen (unter Verweis auf Bundessozialgericht - BSG -, Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#)). Der Kläger erhalte für seine Tätigkeit ein zu versteuerndes und als sozialversicherungspflichtig geführtes Gehalt, welches als Betriebsausgabe verbucht werde. Die keineswegs geringen Bezüge des Klägers hätten Entgeltfunktion und versetzten ihn in die Lage, seinen Lebensunterhalt davon eigenständig zu bestreiten. Es lasse sich auch nicht feststellen, dass der Kläger etwa die Höhe seiner Bezüge in ähnlicher Weise habe bestimmen können, wie ein Firmeninhaber die Höhe seiner Entnahmen bestimmen könne. Im Hinblick auf diese kontinuierlichen und seit 2006 nur leicht angestiegenen monatlichen Zahlungen folge, dass der Kläger keine Teilhabe am Unternehmensrisiko in dem Sinne getroffen habe, dass bei ihm der Erfolg seines persönlichen Arbeitseinsatzes jeweils ungewiss gewesen sei. Schließlich habe sich der Kläger im Fragebogen der Beklagten gegenüber selbst als angestellter Arbeitnehmer eingeschätzt.

Gegen dieses ihm am 13. Oktober 2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 10. November 2008 Berufung eingelegt. Das SG sei bei der Gesamtwürdigung aller Umstände fälschlich zu der Feststellung gelangt, dass eine abhängige Beschäftigung vorliege. Zunächst sei rechtsfehlerhaft, dass nur in Einzelfällen bei geringfügiger Gesellschafterbeteiligung von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen sei. Sinn und Zweck der erforderlichen Gesamtwürdigung sei hier gerade die unvoreingenommene Untersuchung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Das SG habe die langjährige enge und freundschaftliche Verbundenheit zwischen ihm (dem Kläger) und dem Gesellschafter C.S. außer Betracht gelassen. Sie beiden hätten im selben Unternehmen seit Jahren freundschaftlich zusammengearbeitet. Bereits wegen dieser gemeinsamen Historie scheide eine abhängige Beschäftigung aus. Im Übrigen sei er, der Kläger, auch in den Betrieb der Beigeladenen nicht als Arbeitnehmer eingegliedert. Aus den Angaben seiner selbst sowie des Gesellschafters C.S. und des Zeugen T.H. habe sich eindeutig ergeben, dass er keine fremdbestimmten Tätigkeiten für die Beigeladene erbracht habe. Vielmehr sei es umgekehrt. Er selbst erinne in eigener Verantwortung für die Beigeladene, welche Produkte und Leistungen von dieser am Markt angeboten werden sollten. Diese Ideen seien stets lediglich einer Prüfung im Hinblick auf ihre betriebswirtschaftliche Rentabilität unterzogen worden. Sei diese bejaht worden, seien seine Ideen umgesetzt worden. Auch habe er stets eigenständig entschieden, wo er seine Tätigkeiten ausübe. Er verfüge über ein voll ausgestattetes "Home-Office". Auch seien seine wesentlichen Spezialkenntnisse durch das SG falsch eingeschätzt worden. In den Bereichen Entwicklung, Standardsoftware und Systemtechnik verfüge nur er über das erforderliche Spezialwissen. Die besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse seiner Person würden anhand verschiedener Projekte (insbesondere der Aufbereitung von Daten im Format SQL für die sogenannte "Rote Liste" - Arzneimittelverzeichnis für Deutschland -, der Software MMpro, der Projekte "Licence protector" sowie "Multimedia protector") offenkundig. Daher habe er die Herrschaftsmacht im Unternehmen über den gesamten operativen Bereich mit Ausnahme der Spartenfinanzen und des Vertriebs gehabt. Aufgrund dieser singulären Stellung wäre es ihm auch ohne Weiteres möglich gewesen, ihm nicht genehme Weisungen zu ignorieren bzw. nach eigenem Gutdünken umzusetzen. Es seien ihm jedoch seitens der Beigeladenen von vornherein keinerlei Weisungen erteilt worden. Er selbst sei es vielmehr gewesen, der die Geschicke der Beigeladenen maßgeblich bestimmt habe. Neben seiner Leitungsmacht im Unternehmen der Beigeladenen und bei deren Tochtergesellschaften, welche ganz erheblich über die eines gewöhnlichen leitenden Angestellten hinausgegangen seien, habe er insbesondere im Bereich der Unternehmensakquise ein entscheidendes Mitspracherecht gehabt. Dies habe auch C.S. in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Maßgeblich sei insoweit der Erwerb der Firma Netserve GmbH, die mittlerweile unter dem Firmennamen der Beigeladenen firmiere. Dies zeige, welchen unternehmerischen Einfluss er selbst auf die Beigeladene habe und welches unternehmerische Risiko er mit diesem Einfluss trage, zumal er diese Entscheidung gegen den Willen des C.S. habe durchsetzen können. Es spiele dabei keine Rolle, welchen Anteil am Stammkapital der Beigeladenen er selbst halte. Seine Nichtbestellung zum Geschäftsführer sei vor dem Hintergrund der Aufgabenteilung zwischen dem Gesellschafter C.S. und ihm selbst absolut plausibel und sachgerecht. Der Gesellschafter C.S. sei von Beginn der Unternehmensgründung an für den Sektor Finanzen verantwortlich gewesen und deshalb auch stets erster Ansprechpartner für die Banken. Zudem trage er weiteres unternehmerisches Risiko durch Übernahme von Bürgschaften und Gewährung von Darlehen für die Beigeladene. Auch den dadurch auf die Beigeladene erworbenen Einfluss schätze das SG fälschlich gering ein. Der Sachverhalt sei insoweit insbesondere anders gelagert als in der Entscheidung des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg vom 15. August 2008 ([L 4 KR 4577/06](#)). Anders als bei Ehegatten beständen Banken bei fremden Dritten, auch wenn diese einander freundschaftlich verbunden seien, eben nicht auf Übernahme von Mithaftung, weil anders als zwischen Ehegatten Vermögensübertragungen zwischen Freunden eben nicht einfach so vorgenommen würden.

Im Verlaufe des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zur Umsetzung des Urteils des BSG vom 11. März 2009 ([B 12 R 11/07 R](#)) weitere Ermittlungen zur Einkommenssituation des Klägers durchgeführt und insbesondere Lohnunterlagen (Verdienstbescheinigungen) ab dem 01. Mai 2008 sowie Beschlüsse der Gesellschaft hinsichtlich einer anderen Vergütung als Prokurist bzw. Nachweise über das Ende der Tätigkeit als Prokurist erbeten. Der Kläger hat daraufhin den am 27. Dezember 2007 mit der S. GmbH geschlossenen Geschäftsführerdienstvertrag vorgelegt, zu deren Bestandteil auch ein am 23. März 2009 vereinbarter Gehaltsverzicht zugunsten der Beigeladenen geworden ist. Danach betrage das von der Beigeladenen bezogene Entgelt nur EUR 5.841,00 brutto monatlich. Zudem hat der Kläger Lohn-/Gehaltsabrechnungen

aus der Zeit von Mai 2008 bis April 2010 der S. GmbH und einen Ausdruck des Handelsregisters über die S. GmbH vom 28. Oktober 2010 vorgelegt.

Die Beklagte hat mit Bescheid vom 11. Mai 2011 ihren Bescheid vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08. Januar 2008 abgeändert und festgestellt, dass in der seit 01. Januar 2006 ausgeübten Beschäftigung als mitarbeitender Gesellschafter (Prokurist) bei der Beigeladenen auch seit dem 01. Mai 2008 Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe, nicht dagegen in der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung.

Ferner hat die Beklagte im Hinblick auf die Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung des Senats ihren Bescheid vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 08. Januar 2008 sowie ihren Bescheid vom 11. Mai 2011 insoweit aufgehoben, als sie die Zeit ab 01. Januar 2008 betreffen. Der Kläger hat dieses Teilanerkennnis angenommen und insoweit der Rechtsstreit für erledigt erklärt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 17. September 2008 und den Bescheid der Beklagten vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08. Januar 2008 sowie den Bescheid vom 11. Mai 2011 in der Fassung des Teilanerkenntnisses vom 21. Oktober 2011 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit vom 01. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007 bei der Beigeladenen nicht versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des SG für zutreffend. Anhand des Vortrags des Klägers selbst im Verlaufe des Berufungsverfahrens, wonach dessen Ideen einer betriebswirtschaftlichen Rentabilitätsprüfung unterzogen würden, komme gerade zum Ausdruck, dass das letzte Entscheidungsrecht bei C.S., nicht dagegen beim Kläger gelegen habe. Eine Herrschaftsmacht, wie vom Kläger angegeben, unter Aussparung der Herrschaft über die Finanzen, erscheine nicht als die Macht eines selbstständigen Unternehmers, sondern als die eines leitenden Angestellten.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten sowie der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig, aber unbegründet. Zu Recht hat das SG die Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§ 51 Abs. 1 Satz 1](#) Var. 1, [§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) abgewiesen. Der angegriffene Statusfeststellungsbescheid der Beklagten vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08. Januar 2008 und des Änderungsbescheides vom 11. Mai 2011 ist - soweit über sie im Berufungsverfahren noch zu entscheiden war (dazu sogleich) - rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Dem Kläger steht kein Anspruch auf die Feststellung zu, er sei vom 01. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007 bei der Beigeladenen nicht abhängig beschäftigt. Vielmehr hat die Beklagte zu Recht ein solches abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung festgestellt.

1. Gegenstand des Rechtsstreits ist der angegriffene Statusfeststellungsbescheid der Beklagten vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08. Januar 2008 und des Änderungsbescheides vom 11. Mai 2011. Dieser Änderungsbescheid ist nach [§ 96 Abs. 1 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen vor. Der Änderungsbescheid hat den Bescheid vom 20. November 2006 abgeändert und nur noch festgestellt, dass der Kläger in der Renten- und Arbeitslosenversicherung auf Grund seiner abhängigen Beschäftigung bei der Beigeladenen versicherungspflichtig ist, nicht jedoch in der Kranken- und Pflegeversicherung wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze. Er hat dadurch die Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt, die der 12. Senat des BSG in seinen Urteilen vom 11. März 2009 ([B 12 R 11/07 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 14 ff.) und vom 04. Juni 2009 ([B 12 R 6/08 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 13 ff.) aufgestellt hat (so die st.Rspr. insbes. des Senats, vgl. etwa Urteil vom 09. November 2009 - [L 4 R 1540/08](#) - veröffentlicht in [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)) und denen der Bescheid vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08. Januar 2008 nicht genügen. Über den Änderungsbescheid vom 11. Mai 2011 entscheidet der Senat auf Klage.

Im Berufungsverfahren war nur noch über den Zeitraum vom 01. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007 zu entscheiden. Dies folgt aus dem hinsichtlich des Zeitraums ab dem 01. Januar 2008 abgegebenen Teilanerkenntnis der Beklagten, mit welchem diese in der mündlichen Verhandlung des Senats ihren Bescheid vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08. Januar 2008 sowie den Bescheid vom 11. Mai 2011, jeweils soweit sie den Zeitraum ab dem 01. Januar 2008 betreffen, aufgehoben hat. Dieses Teilanerkenntnis hat der Kläger mit insoweit prozessbeendender Wirkung ([§101 Abs. 2 SGG](#)) in der mündlichen Verhandlung des Senats angenommen. Diese Verfahrensweise wird aus Sicht des Senats im Übrigen auch der Entwicklung des Standverhalts gerecht. Der Kläger ist nämlich seit dem 01. Januar 2008 allein für die S. GmbH tätig. Dies ergibt sich aus den Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung des Senats, dass er seit 01. Januar 2008 nicht mehr für die Beigeladene tätig ist. Bestätigt wird dies durch die im Berufungsverfahren vorgelegten Lohn-/Gehaltsabrechnungen für die Zeit von Mai 2008 bis April 2010 (Bl. 51/73). In diesen ist als Arbeitgeber die S. GmbH genannt. Der Kläger bezieht eine Vergütung auch allein von der S. GmbH.

2. Die Beklagte war zur Entscheidung über den Antrag des Klägers berufen. Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 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 Beigeladene am 28. Dezember 2005 bei der Beklagten gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

3. Der Kläger war vom 01. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007 bei der Beigeladenen beschäftigt und als Beschäftigter versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung, jedoch nicht in der gesetzlichen Kranken- und in der sozialen Pflegeversicherung.

a) 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, auch Aussagen darüber treffen, in welchen Zweigen der Sozialversicherung die festgestellte Beschäftigung im jeweiligen Feststellungszeitraum zur Sozialversicherung geführt hat. Dies hat das BSG in seinen Urteilen vom 11. März 2009 ([B 12 R 11/07 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 14 ff.) und vom 04. Juni 2009 ([B 12 R 6/08 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 13 ff.) ergänzend zu seiner früheren Rechtsprechung entschieden.

Versicherungspflichtig in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) sind gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des 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. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil vom 22. Juni 2005 - [B 12 KR 28/03 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#) m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung Bundesverfassungsgericht Beschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96 SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R - BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#)).

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 abhängige 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, Urteil vom 08. August 1990 - [11 RAr 77/89 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); Urteil vom 08. Dezember 1994 - [11 RAr 49/94 - SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 01. Dezember 1977 - [12/3/12 RK 39/74 - BSGE 45, 199](#), 200 ff.; Urteil vom 10. August 2000 - [B 12 KR 21/98 - R BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). 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 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) Rdnr. 18).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Dies ist grundsätzlich neben seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich. Das BSG hat insoweit mehrmals entschieden, dass eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft selbst im Rahmen einer Geschäftsführertätigkeit nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen ist. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführern 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 weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). 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. Eine Sperrminorität in diesem Sinne liegt dann vor, wenn der Gesellschafter nach dem Gesetz und den Abreden des Gesellschaftsvertrags Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) S 13; BSG [NJW 1994, 2974](#)). Dagegen liegt kein maßgeblicher gesellschaftsrechtlicher Einfluss - und damit in der Regel eine Stellung als Beschäftigter - vor, wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter so wesentliche Entscheidungen wie die Auflösung der Gesellschaft, die operative Neuausrichtung oder seine eigene Abberufung bzw. Entlassung nicht verhindern kann. Bei Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung ist eine abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen anzunehmen. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) -, veröffentlicht in juris).

b) Gemessen an diesen Maßstäben ist die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen vom 01. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007 als abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzustufen.

Ganz maßgeblich ist für den Senat insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BSG zunächst die Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse des Klägers. Der Kläger verfügt in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nicht über eine allgemeine Sperrminorität am Stammkapital der Beigeladenen. Schon vor dem hier maßgeblichen Zeitraum ab dem 01. Januar 2006 war der Kläger nur mit 25% am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt. Zu Ende Dezember 2005 wurde dieser Anteil aber sogar noch erheblich auf nur 15% abgesenkt, zwischenzeitlich wieder auf 20% angehoben. Der Kläger hielt damit, als die Beigeladene noch vier Gesellschafter hatte, über einen längeren und insbesondere den hier streitgegenständlichen Zeitraum den geringsten Anteil aller vier Gesellschafter am Kapital und konnte Gesellschafterbeschlüsse, die mit einer einfachen Mehrheit des anwesenden Stammkapitals gefasst werden müssen (§ 6 Nr. 11 des Gesellschaftsvertrags), bei weitem nicht verhindern. Dies galt insbesondere für seine Abberufung als Prokurist oder die Kündigung seines Anstellungsvertrags. In seiner Funktion als Prokurist der Beigeladenen war der Kläger überdies - ausweislich § 5 des Gesellschaftsvertrags - nicht einmal mitvertretungsberechtigt. Da nur C.S. als Alleingeschäftsführer der Gesellschaft bestellt war und ist, konnte und kann nur er die Gesellschaft im Außenverhältnis rechtswirksam vertreten. Die Funktion des Klägers innerhalb der Beigeladenen bringt daher deutlich zum Ausdruck, dass der Kläger zwar - was der Senat nicht in Zweifel zieht - eine fachlich bedeutsame Stellung innerhalb der Firma einnehmen mag, er jedoch aus gesellschaftsrechtlicher Sicht keinerlei Befugnisse innehielt, die es ihm erlaubten, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich mitzulenken. Die Position des Klägers unterschied sich qualitativ nicht wesentlich von derjenigen Leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung der eigenen Bezüge sich für die Prosperität des Unternehmens einsetzen und im Übrigen auch unternehmerische (Teil-)Aufgaben wahrzunehmen haben (§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Betriebsverfassungsgesetz, vgl. Bundesarbeitsgericht - BAG - [NJW 2010, 2746](#)).

Gerade dies wird auch durch den Anstellungsvertrag des Klägers mit der Beigeladenen vom 15. Dezember 2005 zum Ausdruck gebracht. Auch dieser zeigt deutlich das Bild einer abhängigen Beschäftigung. In ihm haben der Kläger und die Beigeladene u.a. vereinbart, dass der Arbeitgeber (also die Beigeladene) sich vorbehält, dem Kläger kurzfristig eine andere zumutbare Tätigkeit zuzuweisen, zudem Einigkeit darüber besteht, dass dem Kläger kurzfristig aus dringenden betrieblichen Gründen auch geringwertigere Tätigkeiten zugewiesen werden können, und die Tätigkeit durch eine konkrete Stellenbeschreibung jederzeit im Einzelnen konkretisiert werden kann. Weiterhin haben die Beigeladene und der Kläger in dem Vertrag ein festes Gehalt, eine sechswöchige Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle und einen Mindesturlaubsanspruch von 24 Tagen im Jahr vereinbart. Die Vereinbarungen des Anstellungsvertrags entsprechen nahezu vollständig jenen, die im Arbeitsleben für abhängige Beschäftigungsverhältnisse üblich sind. Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen zu dem Anstellungsvertrag rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 BGB) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären. Es mag sein, dass für den Abschluss des Anstellungsvertrags andere als sozialversicherungsrechtliche Gründe maßgebend waren. Dies erfordert es aber nicht, sie bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition des Klägers, die Wirkungen eines wirksamen Vertrags nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#)). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.).

Aus Sicht des Senats bilden gesellschaftsrechtliche und dienstvertragliche Ausgestaltung der Befugnisse überdies aber auch die Befugnisse innerhalb der beigeladenen GmbH ab, wie sie auch tatsächlich gelebt wurden und werden. Dabei stellt der Senat auch insoweit nicht in Abrede, dass dem Kläger die ganz wesentliche Gewichtung im Zusammenhang mit den zu treffenden fachlichen Fragen und Weichenstellung zukommen mag. Allerdings hat der Kläger im Rahmen seines Vorbringens selbst eingeräumt, dass seine Entscheidungen stets unter dem Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit standen, also noch einer abschließenden Wirtschaftlichkeitsprüfung unterzogen wurden. Die Letztentscheidungsmöglichkeit in Bezug auf zu treffende finanzielle Dispositionen lag damit gerade nicht beim Kläger. Dem entsprechen auch die weiteren, sowohl durch den Kläger als auch durch C.S. in der mündlichen Verhandlung des SG getätigten Äußerungen, man habe mit C.S. einen (im Gegensatz zu mehreren) starken Mann nach außen präsentieren wollen, der die Gesellschaft im Rahmen von Verhandlungen (insbesondere gegenüber den Banken) habe vertreten sollen. Dies impliziert, dass der Kläger aus gesellschaftsrechtlicher Sicht gerade nicht der "starke Mann" sein sollte, der die Gesellschaft nach außen in rechtsverbindlicher Weise repräsentiert. Dem entspricht im Übrigen auch die Aussage des C.S., der Kläger selbst habe geäußert, es dürfe "nicht mehr Häuptlinge als Indianer" geben mit der Folge, dass der Kläger auf die Geschäftsführerposition verzichtet habe. Dies bringt eine Hierarchie auch in der gelebten Praxis zum Ausdruck, derzufolge der Kläger eben (nur) fachlich die Geschicke der Gesellschaft bestimmt hat und weiterhin bestimmt, dass aber die entscheidende Außenwirkung und die dafür erforderlichen rechtlichen Möglichkeiten zur Steuerung der gesellschaftlichen Geschicke letztlich nicht in seiner Hand liegen sollten. Dass diese Struktur im Übrigen auch tatsächlich beabsichtigt war, dass also die vertragliche Ausgestaltung der rechtlichen Befugnisse des Klägers eben nicht nur aus bloßer rechtlicher Unkenntnis, sondern bewusst gewählt erfolgte, offenbart sich aus Sicht des Senats eindrücklich anhand der gerade gänzlich anders konzipierten rechtlichen Stellung des Klägers in der S. GmbH. Der Kläger ist dort Gesellschafter-Geschäftsführer mit einem Stammkapitalanteil von 50 % und nimmt damit im Tochterunternehmen der Beigeladenen gerade diejenige Stellung ein, die ihm bei der Beigeladenen nicht eingeräumt ist.

Dass der Kläger die Entwicklungsabteilung und die Abteilungen für Standardsoftware und Systemtechnik der Beigeladenen möglicherweise selbstständig leitete, ohne an Weisungen gebunden gewesen zu sein, führt nicht zu einer anderen Beurteilung der Gesamtverantwortlichkeit in der Beigeladenen. Es handelt sich hierbei - wie das SG zutreffend herausgearbeitet hat - um eine Eigenschaft, die eine leitende Stellung in der Regel mit sich bringt und die als solche nicht jeden leitenden Angestellten zu einem Unternehmer macht. Entsprechendes gilt für die Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis möglicherweise durch freundschaftliche Rücksichtnahme zwischen Kläger und Geschäftsführer gekennzeichnet war. Auch dies führt aus Sicht des Senats nicht zu einer Verschiebung im Firmengefüge, wie es im Gesellschafts- und Anstellungsvertrag eingerichtet ist. Dafür nämlich, dass der Kläger die Geschäfte der beigeladenen GmbH wie ein Alleingesellschafter nach eigenem Gutdünken geführt hat, bestehen aus Sicht des Senats gerade keinerlei Anhaltspunkte.

Der Kläger trug in seiner Tätigkeit als Prokurist der Beigeladenen auch kein unternehmerisches Risiko. Ihm war ein Fixgehalt in einer Höhe zugesagt, die seinen Lebensunterhalt unter allen Umständen sichern konnte. Selbst wenn - z.B. in einer Krisensituation - die zusätzlich zugesagten erfolgsabhängigen Tantiemen nicht gezahlt worden wären, hätte der Kläger sein Fixgehalt in voller Höhe weiter bekommen. Der Anstellungsvertrag enthält keine Klauseln, nach denen der Kläger in seiner Position als Prokurist verpflichtet gewesen wäre, etwa im Falle einer wirtschaftlichen Krise Kapital in die Beigeladene zu schießen oder auf Teile seiner erfolgsunabhängigen Grundvergütung zu verzichten. Auch in seiner Rolle als Gesellschafter der Beigeladenen, die für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Stellung als Geschäftsführer allerdings nicht relevant ist, traf den Kläger kein signifikantes unternehmerisches Risiko. Der Gesellschaftsvertrag enthält

keine Klauseln über eine Nachschusspflicht der Gesellschafter. Angesichts seines (früheren) geringfügigen Anteils am Stammkapital von 15 v.H. war auch die allgemeine Gefahr eines GmbH-Gesellschafters, in einer Krisensituation der Gesellschaft faktisch gezwungen zu sein, in erheblichem Umfang Kapital nachzuschießen, um etwa eine Insolvenz der Gesellschaft zu verhindern, eher gering.

Mit Blick darauf tritt aus Sicht des Senats auch in den Hintergrund, dass der Kläger seine persönliche wirtschaftliche Situation möglicherweise ganz erheblich auch an den wirtschaftlichen Fortbestand der Beigeladenen geknüpft hat (vgl. entsprechend auch die Einschätzung im Urteil vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#) - veröffentlicht unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)). Der Senat hält - anders als vom Kläger vorgetragen - schon nicht für gänzlich ungewöhnlich, dass ein (wenn auch nur angestelltes) Mitglied der Geschäftsleitung seinem offenbar zeitweilig finanziell angeschlagenen Arbeitgeber Darlehen und persönliche Bürgschaften gewährt, um den Beschäftigungsbetrieb am Leben zu erhalten, und zwar umso mehr, wenn die vorübergehende finanzielle Bedrängnis offenbar auch auf einer vom Kläger fachlich angeratenen Übernahme einer Fremdfirma beruht. Wenn der Kläger in der Lage ist, der Beigeladenen Darlehen zu gewähren, verwundert es, dass diese Gelder nicht für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen verwendet werden. Dies zeigt vielmehr erneut, dass eine größere Beteiligung des Klägers an der Beigeladenen nicht gewollt ist. Zudem geht der ganz überwiegende Anteil abgeschlossener Bürgschaftsverträge auf eine Zeit zurück, in welcher der Kläger noch gar nicht bei der Beigeladenen beschäftigt war, sondern lediglich eine Stellung als Gesellschafter (mit damals noch höherem Anteil am Stammkapital von 25%) innehatte. Lediglich zwei vom Kläger vorgelegte Bürgschaften datieren aus der Zeit nach seiner Anstellung bei der Beigeladenen und bringen mit einem Betrag von zusammen EUR 25.000,00 keinen insgesamt wirtschaftlich erheblichen faktischen Anteil an den Geschäften der Beigeladenen zum Ausdruck. Dem Vortrag, dass der Kläger jedenfalls faktisch so erheblichen Druck auf die Geschicke der Beigeladenen ausüben könne, dass diese - im Falle eines Streitfalls - von ihren rechtlichen Möglichkeiten keinen Gebrauch machen werde, vermag der Senat daher nicht zu folgen. Dies gilt umso mehr, als die Bürgschaftsverträge rechtswirksam zugunsten der Banken geschlossen worden sind und den Kläger auch in einem Streitfall mit der Beigeladenen rechtlich binden. Es ist nicht ersichtlich, dass der Kläger sich in einem solchen Fall von den Verträgen lösen kann. Dem Kläger eröffnet sie daher allenfalls insoweit ein Druckmittel, als er androhen kann, zukünftig nicht mehr Selbstverpflichtungen dieser Art eingehen zu wollen. Dass er die Beigeladene demgegenüber kurzfristig durch Entziehung von Geldmitteln zu Fall bringen könnte, ergibt sich aus der finanziellen Selbstverpflichtung demgegenüber nicht. Dementsprechend können aus Sicht des Senats die übernommenen Bürgschaften - ebenso wenig im Übrigen wie das in entsprechender Höhe übernommene Darlehen von (nach den vorgelegten Unterlagen) derzeit unter EUR 20.000,00 - nicht dazu führen, dass die Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen als selbständige Beschäftigung zu qualifizieren ist. Selbst wenn sich im Falle einer Insolvenz der Beigeladenen für den Kläger deutliche finanzielle Einbußen auch in persönlicher Hinsicht ergeben, schlägt dadurch nicht die insgesamt vertraglich und tatsächlich als abhängige Beschäftigung ausgestaltete Prokuristentätigkeit des Klägers für die Beigeladene in eine selbständige unternehmerische Tätigkeit um.

c) Wie die Beklagte zu Recht festgestellt hat, führte die abhängige Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung, nicht aber in der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegeversicherung. Bereits das im Anstellungsvertrag vom 15. Dezember 2005 vereinbarte anfängliche Fixgehalt des Klägers von EUR 5.300,00 brutto lag über den jeweiligen Jahresarbeitsentgeltgrenzen des [§ 6 SGB V](#). Es fehlen jegliche Anhaltspunkt, dass sich hieran im gesamten Streitzeitraum etwas geändert hat.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Der ursprüngliche Bescheid vom 17. September 2008 war teilweise rechtswidrig, weil er die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung dem Grunde nach feststellte und damit zu Unrecht auch die Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung. Unter Berücksichtigung des Anteils der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge an den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen erscheint es angemessen, die Beklagte zu verpflichten, ein Drittel der außergerichtlichen Kosten des Klägers beider Rechtszüge zu erstatten (vgl. entsprechend auch schon Urteil des erkennenden Senats vom 20. November 2009 - [L 4 R 1540/08](#), veröffentlicht unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)).

Dass die Beklagte den geltenden gemachten Anspruch des Klägers auf Aufhebung der angegriffenen Bescheides hinsichtlich des Zeitraums ab dem 01. Januar 2008 anerkannt hat, führt aus Sicht des Senats nicht zu einer für den Kläger günstigeren Kostenquotelung. Der Kläger hat die Tatsache, dass er seit Januar 2008 gar nicht mehr für die Beigeladene tätig war, erst in der mündlichen Verhandlung des Senats und dies nur auf ausdrückliche Nachfrage vorgetragen, obwohl noch kurz zuvor durch den Senat hierzu eine schriftsätzliche Anfrage ergangen war. Der Beklagtenvertreter hat auf den neuen Vortrag hin sofort ein Teilerkenntnis abgegeben. Es entspricht daher der Billigkeit, hier eine weitergehende Kostenerstattungspflicht zu verneinen (vgl. dazu Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 193 Rn. 12c m.w.N.)

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-02-01