

L 4 R 314/12

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 4 R 353/09
Datum
06.12.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 314/12
Datum
06.12.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 06. Dezember 2011 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen ein Drittel, die Klägerin mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zwei Drittel der Kosten des Rechtsstreits für beide Rechtszüge.

Der Streitwert wird für beide Rechtszüge auf 5.000,00 EURO festgesetzt.

Tatbestand:

Die klagende GmbH wendet sich gegen die Feststellung der Beklagten, der Beigeladene zu 1) unterliege in ihrem Unternehmen als mitarbeitender Gesellschaftergeschäftsführer der Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung ab 28. März 2008.

Gegenstand des Unternehmens der Klägerin, die seit 16. März 2009 unter ihrem heutigen Namen firmiert, ist Handel, Vertrieb und Vermietung von Büro- und Telekommunikationsgeräten, Bürogeräten und Büroeinrichtungs- sowie Zubehörgegenständen. Das Stammkapital beläuft sich auf DM 1.500.000,00, wovon bei Gründung am 20. Juli 1991 G. B. (im Folgenden G.B.) und B. M. (im Folgenden B.M.) jeweils DM 225.000,00 (15 vom Hundert (v.H.)) und sieben weitere Gesellschafter, zu denen der Beigeladene zu 1) nicht gehörte, jeweils DM 150.000,00 (10 v.H.) übernahmen. Am 12. Februar 1993 übernahm B.M. von einem ausscheidenden Gesellschafter dessen Anteil und erhöhte hierdurch seinen Anteil auf DM 375.000,00 (25 v.H.). Am 24. Mai 1995 trat u.a. der Beigeladene zu 1) in die Gesellschaft ein. G.B. und B.M. hatten nunmehr jeweils Anteile in Höhe von 25 v.H., T. M. (im Folgenden T.M.) in Höhe von 10 v.H. und die M. GmbH (im Folgenden M. GmbH) und der Beigeladene zu 1) in Höhe von jeweils 20 v.H. (DM 300.000,00). Am 13. Juni 1995 übernahm die M-GmbH den Anteil des T.M. am Stammkapital. Ab 09. November 1998 trug G.B. einen Anteil in Höhe von 25 v.H., der Beigeladene zu 1) in Höhe von 20 v.H. (DM 300.000,00) und B.M. in Höhe von 55 v.H. (DM 825.000,00). Im September 2006 hielt B.M. einen Anteil von 55 v.H., der Beigeladene zu 1) von 20 v.H. und die G.B. Sportmarketing GmbH von 25 v.H. ... Gemäß § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 06. September 2006 können die Gesellschafter die Einziehung von Geschäftsanteilen mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters durch Mehrheitsbeschluss jederzeit beschließen. Nach § 8 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags bedarf es in im einzelnen geregelten Fällen nicht der Zustimmung des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters, wobei der betroffene Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Einziehung des Geschäftsanteils kein Stimmrecht hat. Gemäß § 10 des Gesellschaftsvertrags hat die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt dieser die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Auch soweit mehrere Geschäftsführer bestellt sind, kann durch Gesellschafterbeschluss allen oder einzelnen von ihnen Einzelvertretungsbefugnis erteilt werden. Dem Geschäftsführer kann durch Gesellschafterbeschluss auch Befreiung von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) erteilt werden. Im Verhältnis zu den Gesellschaftern ist jeder Geschäftsführer an die gesetzlichen Bestimmungen, an Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sowie an die Bestimmungen des Anstellungsvertrags gebunden. Die Geschäftsführer haben nach § 11 des Gesellschaftsvertrags den Jahresabschluss innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist nach dem Ende eines Geschäftsjahres aufzustellen und sämtlichen Gesellschaftern mitzuteilen. Über die Ausschüttung des in der Bilanz ausgewiesenen Jahresüberschusses beschließt die Gesellschafterversammlung mit 75 v.H. der abgegebenen Stimmen, wobei die Gewinnverteilung nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile erfolgt. Für die Gesellschafterversammlung gelten gemäß § 12 Gesellschaftsvertrag grundsätzlich die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 46 bis 51 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG). Ab dem Zeitpunkt, in welchem B.M. nicht mehr Gesellschafter ist, sind, sofern nicht zwingendes Recht entgegensteht, Beschlüsse mit 60 v.H. der abgegebenen Stimmen zu fassen. Die Klägerin ist ein Unternehmen der M.-Gruppe (im Folgenden M.-Gruppe), die aus der M. AG (im Folgenden M.-AG), dem Gessler und Funk Office und der Klägerin besteht und umfassende Leistungen rund um das intelligente

Dokumentenmanagement bietet ([http://www.M ...de](http://www.M...de) Stand: 23. November 2012). Seit 2009 bildet der Beigeladene zu 1) neben zwei weiteren Personen den Vorstand der M.-AG.

Der am 10. August 1962 geborene Beigeladene zu 1) erlernte bei der Firma M. den Beruf des Bürokaufmanns. Im Anschluss daran war er in dieser Firma von 1981 bis 1985 als Vertriebsrepräsentant und sodann bis 1995 als Vertriebsleiter/Prokurist tätig. Am 04. Mai 1995 schlossen die Klägerin und der Beigeladene zu 1) einen ab 01. Januar 1995 beginnenden Geschäftsführervertrag. Nach § 1 des Geschäftsführervertrags ist der Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags, einer etwaigen Geschäftsführerordnung und dieses Vertrags allein zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft allein zu führen. Er hat die ihm obliegenden Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns wahrzunehmen und ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Ihm obliegt die verantwortliche Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen. Nach § 2 des Geschäftsführervertrags hat der Geschäftsführer seine ganze Arbeitskraft, Erfahrung und Kenntnis in den Dienst der Gesellschaft zu stellen. An eine feste Arbeitszeit bzw. Ort ist er nicht gebunden. Er erhält nach § 3 des Geschäftsführervertrags ein festes Jahresgehalt von DM 120.000,00 (mittlerweile ? 8.000,00 monatlich), wobei das Gehalt in monatlichen Teilbeträgen am jeweiligen Monatsletzten ausgezahlt wird. Ferner erhält der Geschäftsführer eine Tantieme gemäß jeweiliger jährlicher Zusatzvereinbarung. Im Krankheitsfall oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung bleibt der Gehaltsanspruch des Geschäftsführers für die Dauer von sechs Monaten bestehen. Dauert die Verhinderung länger als ununterbrochen sechs Monate an, so wird der Tantiemenanspruch entsprechend der sechs Monate übersteigenden Zeit zeitanteilig gekürzt. Ein Anspruch auf Vergütung von Überstunden, Sonntags-, Feiertags- oder sonstiger Mehrarbeit besteht nicht. In § 4 des Geschäftsführervertrags ist der Aufwendungsersatz geregelt. Danach werden dem Geschäftsführer, wenn er im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit Kosten und Aufwendungen trägt, diese von der Gesellschaft erstattet, sofern der Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Betriebsbedingtheit belegt oder sie offenkundig ist. Der Geschäftsführer hat außerdem Anspruch auf die Gestellung eines angemessenen Personenkraftwagens gemäß geltender Kraftfahrzeugregelung, den er auch zu Privatzielen benutzen darf. Eine Kostenbeteiligung durch den Geschäftsführer erfolgt nicht, die auf die Privatnutzung entfallenden gesetzlichen Abgaben trägt der Geschäftsführer. Außerdem ersetzt die Gesellschaft dem Geschäftsführer seine Reisespesen nach den jeweils steuerlich zulässigen Höchstsätzen. Des Weiteren erhält der Geschäftsführer nach § 5 des Geschäftsführervertrags eine betriebliche Altersversorgung und eine Unfallversicherung, wobei in diesem Zuge auch eine Lebensversicherung angekoppelt wird. Der Geschäftsführervertrag wird nach § 7 Abs. 2 auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann von der Gesellschaft aus wichtigem Grund gekündigt werden. Als wichtiger Grund gilt auch das Ausscheiden des Geschäftsführers aus der Gesellschaft. Nach § 8 Abs. 2 des Geschäftsführervertrags bedürfen Änderungen und Ergänzungen des Vertrags der Schriftform sowie der ausdrücklichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

Ab Januar 1995 führte der Beigeladene zu 1), der bei der Beigeladenen zu 2) privat kranken- und pflegepflichtversichert ist, und für den die Klägerin keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge abführt, den Lohn als Betriebsausgabe bucht und die Lohnsteuer an das Finanzamt abführt, seine Geschäftsführertätigkeit bis 13. September 1996 zunächst neben einem Prokuristen und vom 16. Januar 2003 bis 03. August 2006 sowie seit 22. Dezember 2006 neben einem weiteren Geschäftsführer, jeweils ohne Gesellschaftsanteil, aus. Die Tantiemen betragen im Jahr 2008 ? 42.300,00, im Jahr 2009 ? 99.752,63, im Jahr 2010 ? 55.527,50 und im Jahr 2011 ? 46.862,41.

Mit Gesellschafterbeschluss vom 23. April 2008 stellte die Gesellschafterversammlung klar, dass seit Beginn des Geschäftsführervertrags vom 04. Mai 1999 kein Weisungsrecht der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen zu 1) bestehe, welches seine Befugnis zur verantwortlichen Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen beeinträchtigt und auch kein Weisungsrecht im Bezug auf Zeit und Ort der Arbeitsleistung. Ergänzend beschloss die Gesellschafterversammlung, dass dem Beigeladenen zu 1) gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gemäß § 12 des Gesellschaftsvertrags in folgenden Fällen ein Vetorecht zusteht: ? Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, ? Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen, ? Errichtung und Auflösung von Zweigniederlassungen, ? Aufnahme neuer und Aufgabe vorhandener Geschäftszweige und Tätigkeitsgebiete, ? Investitionen, soweit im Einzelfall ? 10.000,00 überschritten werden, ? Gewährung von Krediten außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs sowie die Übernahme von Bürgschaften und Garantien, ? Abschluss und Kündigung von Arbeitsverträgen mit einer Brutto-Jahresvergütung von mehr als ? 48.000,00, ? Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, ? Abschluss von Ergebnisabführungsverträgen und ? Bestellung weiterer Geschäftsführer und Abberufung des Geschäftsführers, außer, es liegt einer der in § 8 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags genannten Fälle vor. Übt der Beigeladene zu 1) sein Vetorecht aus, entfaltet der entsprechende Beschluss der Gesellschafterversammlung keine Rechtswirksamkeit.

Im Zuge der am 12. November 2007 seitens der Beklagten durchgeführten Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) bei der Klägerin forderte die Beklagte den Beigeladenen zu 1) auf, den Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH einzureichen. In dem der Beklagten vorgelegten Feststellungsbogen vom 14. Januar 2008 gab der Beigeladene zu 1) u.a. an, er könne durch Sonderrechte Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Die Frage, ob er der Klägerin oder Gesellschaftern der Klägerin Bürgschaften oder Darlehen gewährt habe, bejahte er. Die Klägerin werde von ihm als Geschäftsführer nach außen vertreten. Er sei vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit und verfüge als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Bezüglich der Arbeitszeit erhalte er keine Vorgabe, sie betrage im wöchentlichen Durchschnitt ca. 60 bis 70 Stunden. Einem Weisungsrecht der Klägerin unterliege er weder bezüglich Zeit, Ort noch der Art der Beschäftigung und er könne seine Tätigkeit in der Klägerin frei bestimmen und gestalten. Einschränkungen bestünden nicht. Die Frage, ob die Gestaltung der Tätigkeit von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig sei, verneinte er. Er könne auch vollumfänglich selbstständig Personal einstellen und/oder entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Eine Abberufung/Kündigung sei nur aus wichtigem Grund möglich, eine Kündigungsfrist sei nicht vereinbart. Seine Vergütung, die sich auf monatlich ? 8.000,00 belaufe, werde auch im Falle einer Arbeitsunfähigkeit für sechs Monate weitergewährt. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. Er erhalte auf der Basis der jährlichen Zusatzvereinbarung zum Geschäftsführervertrag erfolgsabhängige Bezüge. Dem Feststellungsbogen waren der Gesellschaftsvertrag vom 06. September 2006, eine Übersicht über die betriebliche Altersversorgung des Beigeladenen zu 1), der Geschäftsführervertrag vom 04. Mai 1995, eine Aufstellung über Gesellschafterdarlehen, wonach der Beigeladene zu 1) an dem Gesamtdarlehen in Höhe von DM 1.077.822,97 mit DM 215.564,59 haftet, und eine Liste der Gesellschafter seit Gründung der Gesellschaft beigefügt.

Nach Anhörung der Klägerin stellte die Beklagte durch ?Ergänzungsbescheid? vom 25. März 2008 sowohl gegenüber der Klägerin als auch

dem Beigeladenen zu 1) fest, für den Beigeladenen zu 1) entstehe als mitarbeitender Gesellschaftergeschäftsführer Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung. Ausnahmetatbestände hinsichtlich der Kranken- und Pflegeversicherungspflicht seien von der lohnabrechnenden Stelle zu überprüfen. Die Versicherungspflicht beginne über die Zugangsfiktion des Bescheids ab 28. März 2008. Einige Punkte, wie z.B. die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB, die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) keinem Direktionsrecht bezüglich der Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterliege und er seine Tätigkeit bei der Klägerin frei bestimmen könne, sprächen gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis und somit gegen eine Versicherungspflicht. Der Beigeladene zu 1) könne auf die Gesellschafterversammlung aber keinen entscheidenden Einfluss ausüben. Er habe mit 20 v.H. Stimmanteil keine Möglichkeit, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die gegen sein Anstellungsverhältnis gerichtet seien, zu verhindern. Die Abberufung aus wichtigem Grund sei also immer möglich. Was als wichtiger Grund definiert sei, sei aus den vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich. Mit dem im Gesellschaftsvertrag unter § 12 aufgeführten § 46 Nr. 5 GmbHG sei auf jeden Fall eine Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung möglich. Diese Möglichkeit habe der Beigeladene zu 1), dadurch, dass er, den Gesellschaftsvertrag vom 06. September 2006 akzeptiert habe, anerkannt. Damit sei § 7 Abs. 3 des Geschäftsführervertrags nicht mehr in der Anfangsgewünschten Wirkungsweise zu sehen und zu verstehen. Das im Feststellungsbogen genannte Sonderrecht für die Herbeiführung oder Verhinderung von Gesellschaftsbeschlüssen könne aus den vorliegenden Unterlagen nicht bestätigt werden. Dass der Beigeladene zu 1) als einziger Gesellschafter die nötigen Branchenkenntnisse zum Führen des Unternehmens habe, sei nicht nachvollziehbar, da B.M. als Begründer der Geschäftsidee sicherlich auch über die notwendigen Branchenkenntnisse verfüge. Unter Berücksichtigung dieser Punkte sei die tatsächliche Einflussnahme des Beigeladenen zu 1) auf die Geschicke der Klägerin über die Eingrenzungen durch den Anstellungs- und Gesellschaftsvertrag als sehr begrenzt anzusehen. Teilweise hebe der Gesellschaftsvertrag eingeräumte Rechte durch den Arbeitsvertrag wieder auf. Das unternehmerische Risiko des Beigeladenen zu 1) sei durch sein Gesellschafterdarlehen sicherlich gestiegen. Hierbei müsse aber auch gesehen werden, dass der Beigeladene zu 1) nicht als einziger Gesellschafter Darlehen bei der Klägerin eingebracht habe. Neben dem Risiko dieses gewährten Darlehens sei aber auch die Einflussmöglichkeit des Beigeladenen zu 1) auf die Klägerin durch sein Darlehen zu beachten. Selbst in dem fiktiven Fall, dass der Beigeladene zu 1) sein Darlehen von der Klägerin vorzeitig zurückverlangen solle, könnte aufgrund der von den anderen Gesellschaftern gewährten Darlehen keine bedrohliche Situation für die Klägerin gesehen werden. Per Gesellschafterbeschluss könne von der Gesellschafterversammlung eine Erhöhung des Stammkapitals verfügt werden. In einem solchen fiktiven Fall hätte der Beigeladene zu 1) auch eine hohe Geldsumme in die Gesellschaft einbringen müssen, um seine Geschäftsanteile zumindest zu halten. Eine Veränderung seiner Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft hätte dies aber nicht zur Folge.

Die Klägerin erhob Widerspruch. Im Geschäftsführervertrag sei festgelegt, dass dem Beigeladenen zu 1) ihre, der Klägerin, verantwortliche Leitung und Überwachung im Ganzen obliege und er an Arbeitszeit und Ort nicht gebunden sei. Mit Beschluss vom 23. April 2008 habe die Gesellschafterversammlung klargestellt, dass diese Bestimmungen ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Beigeladenen zu 1), das die darin beinhalteten Rechte und Kompetenzen des Beigeladenen zu 1) beeinträchtigen könne, ausschließe, und dies von Beginn an dem Willen der Gesellschafterversammlung entsprochen habe. In diesem Beschluss hätten die Gesellschafter auch noch einmal konkretisiert, inwiefern dem Beigeladenen zu 1) eine umfassende und unabhängige Kompetenz zur verantwortlichen Leitung des Unternehmens zukomme und ihm in allen wichtigen Fragen ein Vetorecht gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung eingeräumt. Damit sei klargestellt, dass der Beigeladene zu 1) von der Gesellschafterversammlung nicht dominiert werden könne und einem Weisungsrecht nicht unterworfen sei. Spätestens mit diesem Beschluss vom 23. April 2008 sei daher klargestellt, dass ein von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) anerkannter besonderer Fall vorliege, wonach der Minderheitsgesellschafter als Geschäftsführer nicht abhängig beschäftigt sei. Wegen der Bestimmungen im Geschäftsführervertrag und aufgrund des erheblichen wirtschaftlichen Risikos des Beigeladenen zu 1) wegen der Übernahme der Bürgschaften habe dies von Anfang an gegolten. Die Klägerin legte einen Bürgschaftsvertrag ohne Datum vor. Daraus ergibt sich dass die Klägerin bei einer Bank über ein Girokonto mit einem Kreditrahmen von DM 731.900,00 verfügt, zu dessen Sicherstellung aus abwicklungstechnischen Vereinfachungsgründen die Firma M. bm Bürokommunikation GmbH (im Folgenden bm GmbH) am 28. Juli 1996 eine Bürgschaft übernommen habe. Die Gesellschafter der Klägerin seien sich darüber einig, dass diese Bürgschaft stellvertretend für alle Gesellschafter abgegeben werde. Die Gesellschafter der Klägerin würden gegenüber der bm GmbH bei einer Inanspruchnahme aus obigen Darlehen in der Weise haften, wie stellvertretend die bm GmbH gegenüber der Bank hafte. Die betragsmäßig beschränkten Einzelbürgschaften würden für die Dauer, welche der Bürgschaftserklärung gegenüber der Bank zugrunde liegen würde, gelten. Bei einer Verlängerung für den gleichen Kredit würden die Einzelbürgschaften weiter gelten. Die Gesellschafter würden für das Darlehen im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile bürgen. Daraus ergäbe sich für den Beigeladenen zu 1) - bezogen auf die Stammeinlage in Höhe von DM 300.000,00 - eine Haftung bis zu DM 146.380,00.

Mit Widerspruchsbescheid vom 12. Dezember 2008 wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss den Widerspruch zurück. Er führte aus, mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH könnten durchaus in einem abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH stehen. Allein durch die Stammeinlage in Höhe von 20 v.H. könne der Beigeladene zu 1) keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Klägerin nehmen. Dem Einwand der Klägerin, wonach der Beigeladene zu 1) als einziger Gesellschafter die notwendigen Branchenkenntnisse zur Führung des Unternehmens haben solle, könne nicht gefolgt werden. Der Mehrheitsgesellschafter B.M. sei u.a. Aufsichtsratsvorsitzender der M.-AG, welche ebenfalls im Bereich Bürokommunikation tätig und Geschäftspartnerin der Klägerin sei. Mit einer Stammeinlage in Höhe von 55 v.H. sichere sich die M.-AG die Möglichkeit, die Geschäftspolitik der Klägerin zu bestimmen. Der Gesellschafterbeschluss vom 23. April 2008, wonach dem Beigeladenen zu 1) ein Vetorecht eingeräumt werde, könne lediglich ab diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden. Eine rückwirkende Änderung der Beurteilung trete nicht ein. Auch die übernommenen Bürgschaften durch den Beigeladenen zu 1) würden an dieser Beurteilung nichts ändern. Der Beigeladene zu 1) hafte für diese Bürgschaft nicht alleine. Die Bürgschaft betrage im Vergleich zur eingebrachten Stammeinlage lediglich die Hälfte. Ferner liege eine tatsächliche Übernahme einer Bürgschaft für eine Verbindlichkeit der Klägerin bislang nicht vor. Die Übernahme der Bürgschaften erhöhe zwar das finanzielle Risiko des Beigeladenen zu 1). Dies bringe gegebenenfalls eine erhöhte Anteilnahme im Geschick der Klägerin zum Ausdruck, begründe jedoch nicht die selbstständige Tätigkeit und damit eine Unternehmereigenschaft des Beigeladenen zu 1). Hierbei sei zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 1) die wirtschaftlichen Verbindlichkeiten nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, etwa durch eine Einlage im Stammkapital übernommen habe, sondern über Bürgschaftsabsicherungen, d.h. über eine weitere Rechtsbeziehung, die ihn wie eine Externe mit der Klägerin verbinde. Bei einer maßgeblichen stillen Teilhabe an einer Gesellschaft wäre noch nicht zwingend der Schluss auf eine Unternehmerposition gerechtfertigt, wenn der stille Teilhaber in der Firma mitwirke. Auch dessen Kapitalbeteiligung würde nicht nach außen in Erscheinung treten und nehme keinen Einfluss auf das Beschäftigungsverhältnis. In gleicher Weise würden die Bürgschaftsverpflichtungen keine weitergehenden Einflussmöglichkeiten auf die Klägerin verleihen, sodass sie für die Position des Beigeladenen zu 1) in der Klägerin als Geschäftsführer nicht prägend seien.

Hiergegen erhob die Klägerin am 15. Januar 2009 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG). Sie trug vor, es sei zwar zutreffend, dass der Beigeladene zu 1) lediglich mit einem Geschäftsanteil von 20 v.H. an ihr beteiligt sei. Es bestehe aber die atypische Konstellation, dass die Gesellschafterversammlung gerade nicht dominierend auf die Arbeitsbedingungen des Beigeladenen zu 1) einwirken könne, nach denen dieser seine Arbeit zu erbringen habe. Nach dem Geschäftsführervertrag obliege dem Beigeladenen zu 1) die verantwortliche Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen. In § 2 Satz 2 des Geschäftsführervertrags sei bestimmt, dass der Geschäftsführer an eine feste Arbeitszeit bzw. Arbeitsort nicht gebunden sei. Auf Veranlassung des Beigeladenen zu 1) habe die Gesellschafterversammlung am 23. April 2008 klargestellt, dass aufgrund dieser Regelungen im Geschäftsführervertrag weder ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Beigeladenen zu 1), welches die Befugnis des Beigeladenen zu 1) zur verantwortlichen Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen beeinträchtigt noch ein Weisungsrecht im Bezug auf Zeit und Ort der Arbeitsleistung bestehe. Weiter hätten die Gesellschafter klargestellt, dass diese Einschränkungen der Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung von Beginn an dem einstimmigen Willen der Gesellschafterversammlung entsprochen hätten. Dem entspreche es, dass es noch nie vorgekommen sei, dass die Gesellschafterversammlung es unternommen habe, die Arbeitsbedingungen des Beigeladenen zu 1) zu konkretisieren oder gar zu regeln. Der Beigeladene zu 1) sei ihr einzig operativ tätiger Gesellschafter. Eine Unterordnung unter ein Weisungsrecht sei aufgrund dieser Konstellation ausgeschlossen. Darüber hinaus habe die Gesellschafterversammlung im Beschluss vom 23. April 2008 ergänzend beschlossen, dass dem Beigeladenen zu 1) in den in § 12 des Gesellschaftervertrags genannten Angelegenheiten ein Vetorecht gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zustehe. Aus diesem Vetorecht ziehe die Beklagte keine Rechtsfolgen. Sie beschränke die Feststellung der Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) nicht auf die Zeit bis 23. April 2008, sondern treffe eine Feststellung über diesen Zeitpunkt hinaus. B.M. als Aufsichtsratsvorsitzender der M.-AG sei nicht operativ tätig und könne schon von daher ihre Geschicke nicht beeinflussen und beeinflusse sie auch nicht. Nicht gewürdigt habe die Beklagte auch, dass der Beigeladene zu 1) von dem Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit sei, was ihm eine herausragende Stellung im Unternehmen verleihe. Dies sei zumindest in einem größeren Unternehmen wie bei ihr untypisch für einen abhängig Beschäftigten. Außerdem trage der Beigeladene zu 1) ein nicht unerhebliches unternehmerisches Risiko, denn er habe eine Bürgschaft für die Klägerin übernommen bis zur Höhe von DM 146.380,00 (? 74.842,91). Diese Bürgschaftsverpflichtung sei der Höhe nach nicht unbedeutend. Die Übernahme eines nicht unerheblichen finanziellen Risikos sei typisch für eine selbstständige Tätigkeit. Unerheblich in diesem Zusammenhang sei, dass die bm GmbH stellvertretend für die Gesellschafter die Bürgschaft übernommen habe. Im Innenverhältnis würden die beteiligten Gesellschafter bzw. die bm GmbH mit den in § 3 der Vereinbarung genannten Anteilen haften. Diese habe aber gegenüber den Gesellschaftern in Höhe deren Haftungsanteil einen Freistellungs- und Rückgriffsanspruch, der im Ergebnis zur wirtschaftlichen Belastung und damit Übernahme des wirtschaftlichen Risikos in der genannten Summe durch die Gesellschafter führe. Gegen eine abhängige Beschäftigung spreche auch stark, dass der Geschäftsführervertrag nur aus wichtigem Grund gekündigt werden könne.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Wesentliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) sei, dass er als Gesellschafter/Geschäftsführer weder über eine Kapitalmehrheit noch eine Sperrminorität verfüge. Er habe somit keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Klägerin. Das Vetorecht lasse sich aus § 12 des Gesellschaftsvertrags vom 06. September 2006 nicht erkennen. Dass ein Geschäftsführer keine festen Arbeitszeiten habe bzw. keine Bindung an einen Arbeitsort bestehe, sei nicht ungewöhnlich. Dies sei auch bei Leitenden Angestellten nicht selten der Fall. Maßgeblich sei, ob die Person in die Arbeitsorganisation eingegliedert sei. Dass der Beigeladene zu 1) als einziger Gesellschafter die notwendigen Branchenkenntnisse zur Führung des Unternehmens haben solle, halte sie weiter für unzutreffend. Der Mehrheitsgesellschafter B.M. sei u.a. Aufsichtsratsvorsitzender der M. AG, welche ebenfalls im Bereich Bürokommunikation tätig und Geschäftspartnerin der Klägerin sei. Als Gesellschafter dürfe B.M. ein wesentliches Interesse daran haben, dass er die Geschäftspolitik mitbestimmen könne. Dies ergäbe sich u.a. auch aus der Stammeinlage der M.-AG in Höhe von DM 825.000,00 (55 v.H.). Der Gesellschafterbeschluss vom 23. April 2008, wonach dem Beigeladenen zu 1) ein Vetorecht eingeräumt werde, könne lediglich ab diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden. Eine rückwirkende Änderung der Beurteilung trete nicht ein. Dass der Beigeladene zu 1) bisher von den anderen Gesellschaftern in der Geschäftsführung nicht korrigiert worden sei, spreche zwar für seine Qualität, aber nicht zwingend für eine selbstständige Tätigkeit. Im vorliegenden Fall habe zumindest die Rechtsmacht der Gesellschafter bestanden, hierauf Einfluss zu nehmen. Dass der Beigeladene zu 1) vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit sei, sei wohl ein Indiz gegen eine abhängige Beschäftigung, es sei jedoch nicht ausschlaggebend für die Beurteilung. Eine Bürgschaftsübernahme begründe grundsätzlich noch keine selbstständige Tätigkeit, da diese wirtschaftliche Verbindlichkeit nicht in der Eigenschaft als Gesellschafter, etwa durch die Einlage im Stammkapital, übernommen werde und sie auch keine weiteren Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft verleihe.

Das SG lud mit Beschluss vom 22. September 2009 den Beigeladenen zu 1) und mit Beschluss vom 01. März 2010 die Beigeladene zu 2) zum Verfahren bei. Die Beigeladenen haben sich nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

Mit Urteil vom 06. Dezember 2011 stellte das SG unter Aufhebung des Bescheids vom 25. März 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. Dezember 2008 fest, dass der Beigeladene zu 1) als Geschäftsführer nicht abhängig beschäftigt sei und nicht der Beitragspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung und zur Bundesagentur für Arbeit unterliege. Zur Begründung legte es dar, der Gesellschafter der Klägerin und Beigeladene zu 1) sei in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer nicht abhängig beschäftigt und unterliege nicht der Beitragspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Beitragspflicht zur Bundesagentur für Arbeit. Er übe eine selbstständige Tätigkeit aus. Der Beigeladene zu 1) halte zwar nur 20 v.H. des Stammkapitals und verfüge somit nicht über eine Sperrminorität, womit seine Abberufung aus wichtigem Grund durch Gesellschafterbeschluss grundsätzlich jederzeit möglich sei. Dies sei ein wichtiger Aspekt, der gegen eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) spreche. Die tatsächlichen Verhältnisse lägen vorliegend allerdings etwas anders. Der Beigeladene zu 1) habe die Geschäftsführung der Klägerin Mitte der Neunziger Jahre übernommen und wie er in der mündlichen Verhandlung überzeugend dargestellt habe, die marode Klägerin zu einem wirtschaftlich konkurrenzfähigen Unternehmen umgestaltet und aufgebaut. Er habe die Klägerin dabei mit der Gewährung eines Darlehens in Höhe von DM 215.564,59 unterstützt und eine Bürgschaft in Höhe von DM 146.380,00 übernommen. Somit sei er ein erhebliches wirtschaftliches Risiko eingegangen, was bei einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis eher untypisch sei. Weitere Argumente für eine Selbstständigkeit seien, dass der Beigeladene zu 1) vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit und alleinvertretungsberechtigt sei, selbstständig Personal einstellen und entlassen könne, keine feste Arbeitszeit habe und seinen Urlaub nicht genehmigen lassen müsse. Er sei auch als einziger Gesellschafter im operativen Geschäft tätig und habe daher eine herausragende Stellung im Unternehmen. Ab dem 23. April 2008 sei dem Beigeladenen zu 1) im Rahmen einer Gesellschafterversammlung ein Vetorecht gegen Beschlüsse der Gesellschaft eingeräumt worden, um ausdrücklich klarzustellen, dass er in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer weisungsfrei sei. Auch wenn das Vetorecht erst nach Bescheiderlass beschlossen worden sei, sei die Stellung des Beigeladenen zu 1) nach seiner, des SG, Auffassung, auch vorher mit der eines

Selbstständigen vergleichbar. Dabei seien insbesondere die Bindungen zwischen den Gesellschaftern, die auf der langjährigen Zusammenarbeit beruhten, und dem Beigeladenen zu 1) die Möglichkeit geben würden, in der Klägerin schalten und walten zu können, wie er es für richtig halte, zu berücksichtigen.

Am 20. Januar 2012 hat die Beklagte gegen das ihr am 22. Dezember 2011 zugestellte Urteil Berufung eingelegt. Sie hat vorgetragen, sie gehe weiter davon aus, dass die Gesichtspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen, überwiegen würden. Die Klägerin werde in einem Internetauftritt als ein Unternehmen der M.-Gruppe vorgestellt. Insofern gehe sie, die Beklagte, davon aus, dass dem Beigeladenen zu 1) zwar entsprechend § 1 Abs. 4 des Geschäftsführervertrags die verantwortliche Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen oblag/obliege, er dabei jedoch gemäß § 1 Abs. 1 des Geschäftsführervertrags einerseits berechtigt, allerdings auch verpflichtet sei, die Klägerin insbesondere nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und einer etwaigen Geschäftsführerordnung allein zu vertreten und die Geschäfte der Klägerin allein zu führen. Gemäß § 10 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags sei jeder Geschäftsführer im Verhältnis zu den Gesellschaftern an die gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere an die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gebunden. Die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung erfolge zumindest bis zum Zeitpunkt, zu dem der Mehrheitsgesellschafter B.M. als Gesellschafter ausscheide, entsprechend § 12 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags gemäß [§ 47 GmbHG](#) nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Entsprechend der Vita des Mehrheitsgesellschafters und der Einbeziehung der Klägerin in die M.-Gruppe könne davon ausgegangen werden, dass die grundsätzliche Firmenphilosophie, das Geschäftsgebahren und das Auftreten am Markt dieser Unternehmensgruppe entspreche und insofern - neben dem Gesellschaftsvertrag und den Gesellschafterbeschlüssen - ein Rahmen vorgegeben werde, in dem der Beigeladene zu 1) seine Geschäftsführertätigkeit im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe erbringe. Der Beigeladene zu 1) sei ebenfalls im Vorstand der M.-AG, er habe in diesem Unternehmen bereits seine Ausbildung absolviert und sein bisheriges Berufsleben verbracht. Zusammenfassend könne demgemäß davon ausgegangen werden, dass er auch im Kontext dieser engen Vernetzungen die Firmenphilosophie, das Geschäftsgebahren und das Auftreten dieser Unternehmensgruppe am Markt vertrete. Er führe mithin die Klägerin nicht wie ein eigenes, d.h. nach eigenem Gutdünken, sondern als Teil dieser Gruppe. Das dem Beigeladenen zu 1) mit Gesellschafterbeschluss vom 23. April 2008 eingeräumte Vetorecht berühre grundsätzlich nicht die für den normalen Geschäftsbetrieb erforderlichen Entscheidungen, z.B. die Art und Weise, wie der Gegenstand des Unternehmens am Markt positioniert werde, sondern es handele sich um Entscheidungen, die über den normalen Geschäftsverkehr hinausgingen. Das Vetorecht führe gemäß Ziff. 3b zu einer Rechtsunwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses, sodass weiterhin eine mit allen Gesellschaftern abgestimmte Entscheidung erforderlich bleibe. Entscheidend sei weiter, dass der Beigeladene zu 1) durch das Vetorecht Beschlüsse gegen seine Bestellung als Geschäftsführer nicht verhindern könne. Entgegen § 7 Abs. 3 des Geschäftsführervertrags werde in § 12 des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich auf die gesetzlichen Bestimmungen der [§§ 46 bis 51 GmbHG](#) verwiesen. Nach [§ 46 Nr. 5 GmbHG](#) unterliege die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern der Bestimmung der Gesellschafter. Entsprechend des Geschäftsführervertrags sei gemäß § 7 Abs. 3 auf jeden Fall eine Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund möglich und dieser könne z.B. auch in der Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses liegen. Ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sei das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene erhebliche Unternehmerrisiko. Hier sei mit dem Beigeladenen zu 1) ein festes Jahresgehalt vereinbart. Aus der außerdem vereinbarten separaten Tantiemenvereinbarung lasse sich ein unternehmerisches Risiko nicht ableiten, da sie keinen Einfluss auf die Höhe des vereinbarten Gehalts habe. Aus der zur Sicherstellung des Kreditrahmens der Klägerin bei einer Bank übernommenen Bürgschaft hafte der Beigeladene zu 1) nicht alleine. Im Vergleich zu seiner eingebrachten Stammeinlage belaufe sich die mit dem Vertrag eingegangene Verpflichtung lediglich auf die Hälfte, wobei nicht feststehe, inwieweit und ob sich diese Verpflichtung überhaupt realisiere (sowohl hinsichtlich der Ausschöpfung des Kreditrahmens als auch in Form der konkreten Inanspruchnahme). Der Beigeladene zu 1) habe diese Verbindlichkeit auch nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter erbracht, sondern er habe eine weitere Rechtsbeziehung - wie auch für Externe möglich - zu der Klägerin geknüpft. Eine weitergehende Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Klägerin habe er dadurch nicht erlangt. Dass der Beigeladene zu 1) den Ausführungen des SG folgend auch ein Darlehen in Höhe von DM 215.564,59 übernommen habe, sei nicht nachgewiesen. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung habe der Beigeladene zu 1) zudem angekreuzt, dass die Gestaltung seiner Tätigkeit von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens, nicht abhängig sei. Der Spesensatz und die Stellung eines Dienstfahrzeugs spreche ebenfalls für eine abhängige Beschäftigung. Die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Aspekte, d.h. keine Vorgaben hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung, die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#), das eingeschränkte Vetorecht und die Bürgschaftsübernahme im Rahmen der Gesamtabwägung träten damit hinter die Gesichtspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen, zurück.

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung des Senats ihren Ergänzungsbescheid vom 25. März 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Dezember 2008 insoweit abgeändert, dass sie lediglich Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit bei der Klägerin in der Arbeitslosenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung feststellt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 06. Dezember 2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Dass ein Geschäftsführer verpflichtet sei, die Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags zu vertreten, sei keine Besonderheit des vorliegenden Falles, sondern ergebe sich aus der Eigenart und der gesellschaftsrechtlichen Stellung des GmbH-Geschäftsführers. Entscheidend sei, dass der Beigeladene zu 1) als Gesellschafter/Geschäftsführer, zumal er als Einziger der Gesellschafter operativ tätig sei, nach eigenem Gutdünken schalten und walten könne. Nicht ausschlaggebend seien die Spekulationen der Beklagten, ob und inwiefern der Beigeladene zu 1) sie innerhalb der M.-Gruppe einheitlich und mit einem der gesamten Unternehmensgruppe zugrunde liegenden Konzept präsentiere. Abgesehen davon, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Eigenschaft als Vorstand der M.-AG derjenige sei, der wesentlich das einheitliche Konzept bestimme, träfen die Feststellungen der Beklagten auf jeden Franchisenehmer zu. Der Beigeladene zu 1) habe eine maßgebliche Rolle im Unternehmen. Dadurch dass er zum Vorstand der M.-AG aufgestiegen sei, gestalte er auch die Geschicke des gesamten Konzerns maßgeblich mit. Das Vetorecht sei umfassend und betreffe ihre wesentlichen Angelegenheiten und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Aufgrund des Gesellschafterbeschlusses vom 23. April 2008 sei die schon immer gültige Regelung klargestellt, dass die

Gesellschafterversammlung kein Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) habe, welches die Befugnis des Beigeladenen zu 1) zur verantwortlichen Leitung und Überwachung von ihr im Ganzen beeinträchtigt. Der Beschluss stelle auch klar, dass der Beigeladene zu 1) seine Arbeitsbedingungen und die Arbeitszeit selbst gestalte. Keinem Arbeitnehmer, auch nicht in höchster Führungsposition, stünden solche Rechte zu. Der Beigeladene zu 1) könne auch seine Abberufung als Geschäftsführer verhindern, es sei denn, es liege ein wichtiger Grund, der allerdings gegebenenfalls von ihr in einem gerichtlichen Verfahren gegenüber dem Beigeladenen zu 1) festgestellt und geklärt werden müsse, vor. Keiner, auch nicht der Mehrheitsgesellschafter, könne eine Abberufung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund verhindern. Auch Minderheitsgesellschafter könnten gegebenenfalls gerichtlich eine Abberufung eines Mehrheitsgesellschafters/Geschäftsführers aus wichtigem Grund durchsetzen. Die nach dem Gesetz jederzeit mögliche Abberufung als Geschäftsführer ohne wichtigen Grund könne der Beigeladene zu 1) gemäß seinem Vetorecht ohne Weiteres verhindern. Das Vetorecht des Beigeladenen zu 1) bewirke, dass für sie die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags und die Abberufung des Geschäftsführers gegen den Willen des Beigeladenen zu 1) nicht möglich sei. Der Beigeladene zu 1) hafte zwar entgegen der Annahme im Urteil des SG nicht als Darlehensgeber, aber aus der Bürgschaft mit 20 v.H. des Kreditrahmens, also mit DM 146.380,00, damit trage er ein erhebliches wirtschaftliches Risiko. Auch die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) es gewesen sei, der die Bürgschaften verhandelt habe, spreche eindrücklich dafür, dass er derjenige sei, der ihre Geschicke lenke und leite. Aus dem (vorgelegten) Vertrag über betragsmäßig beschränkte Einzelbürgschaften vom 09. Januar 2008 sei ersichtlich, dass er mit insgesamt ? 215.564,59 gegenüber der G.B. Sportmarketing GmbH und der M. Holding GmbH & Co. KG hafte. Nicht erheblich sei, dass der Beigeladene zu 1) im Feststellungsbogen angekreuzt habe, dass die Gestaltung der Tätigkeit von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht abhängig sei. Er habe die Frage offenbar so nicht richtig verstanden. Er habe zu keinem Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht oder bringen wollen, dass ein anderer die wirtschaftlichen Entscheidungen treffe. Ein Selbstständiger habe in der Regel auch einen Geschäftswagen. Der Beigeladene zu 1) bestimme insoweit selbst, ob und welchen Dienstwagen er habe. Dieser werde ihm nicht ?gestellt?. Klar sei auch, dass sich jeder Selbstständige dienstlich veranlasste Ausgaben aus der Firmenkasse erstatten lasse, sodass auch eine Spesenregelung für sich genommen nicht ausschlaggebend sei.

Der Senat hat mit Beschluss vom 13. November 2012 die Bundesagentur für Arbeit beigeladen. Die Beigeladenen haben sich im Berufungsverfahren nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

Zur weiteren Darstellung wird auf den Inhalt der Berufungsakten, der Klageakten und der Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere statthaft im Sinne des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Denn die Klage betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt. Die Berufung der Beklagten ist auch begründet. Das SG hat auf die Anfechtungs- und Feststellungsklage der Klägerin ([§§ 54 Abs. 1, 55 Abs. 1 SGG](#)) zu Unrecht den Bescheid der Beklagten vom 25. März 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. Dezember 2008 aufgehoben und festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) nicht abhängig beschäftigt sei und nicht der Beitragspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Beitragspflicht zur Bundesagentur für Arbeit unterliege.

Gegenstand des Rechtsstreits ist der Bescheid der Beklagten vom 25. März 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. Dezember 2008 und damit nur die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit bei der Klägerin seit 28. März 2008. Denn erst ab diesem Zeitpunkt hat die Beklagte mit den angefochtenen Bescheiden Versicherungspflicht festgestellt. Für die Zeit vom 01. Januar 1995 bis 27. März 2008 fehlt es an einer Entscheidung der Beklagten. Mit diesem Bescheid traf die Beklagte nicht nur die nach neuer Rechtsprechung des BSG (grundlegend Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 R 11/07 R](#) - = [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#)) nicht zulässige Elementenfeststellung, dass der Beigeladene zu 1) eine dem Grunde nach gesamtsozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausübe, vielmehr hat die Beklagte festgestellt, dass für den Beigeladenen zu 1) als mitarbeitenden Gesellschaftsgeschäftsführer Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung entstehe. Damit ist die Versicherungspflicht in der Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung betroffen und konkret festgestellt. Es lässt sich damit erkennen, für welche Beziehung der Verwaltungsakt Verbindlichkeit beansprucht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil die Beklagte bezüglich der Kranken- und Pflegeversicherungspflicht auf die lohnabrechnende Stelle verwiesen hat. Dies führt nicht dazu, dass im Bescheid vom 25. März 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. Dezember 2008 zunächst nicht auch die konkrete Feststellung der Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung verfügt wurde.

Nachdem die Beklagte ihren Ergänzungsbescheid vom 25. März 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Dezember 2008 in der mündlichen Verhandlung des Senats insoweit abgeändert hat, dass sie lediglich Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit bei der Klägerin in der Arbeitslosenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung feststellt, ist nur noch über Versicherungspflicht in diesen Zweigen der Sozialversicherung zu entscheiden.

Die Beklagte war zur Entscheidung über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) berufen. Nach [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre (Satz 1). Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) sowie [§ 93](#) in Verbindung mit [§ 89 Abs. 5](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht (Satz 5). Die Beklagte nahm am 12. November 2007 eine Arbeitgeberprüfung bei der Klägerin vor. Anlässlich dieser Prüfung traf die Beklagte ergänzend zu dem Bescheid über diese Arbeitgeberprüfung die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1).

Versicherungspflichtig sind in der gesetzlichen 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) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2).

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG, der der Senat folgt, setzt eine - nicht auf Arbeitsverhältnisse in einem engen arbeitsrechtlichen Sinne beschränkte - Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, das sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. 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 hieraus gezogene 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (zum Ganzen: vgl. z.B. BSG, Urteile vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) - [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#), vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) -, in juris, vom 27. Juli 2011 - [B 12 KR 10/09 R](#) - [SozR 4-2400 § 28e Nr. 4](#) und vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - in juris, jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

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. Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung als Gesellschafter ausgeschlossen. Bei einem 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, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) - = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); BSG, Urteil vom 06. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) - = [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 sogenannte Sperrminorität verfügen (BSG, Urteil vom 06. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) - a.a.O.). 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-Geschäftsführer nach dem Gesetz und den Abreden des Gesellschaftsvertrags Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG, Urteil vom 08. August 1990 - [11 RAf 77/89](#) a.a.O., BSG, Urteil vom 23. Juni 1994 - [12 RK 72/92](#) - = [NJW 1994, 2974](#)).

Vor diesem Hintergrund bestimmten sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die Zeit vom 28. März 2008 nach dem Geschäftsführervertrag vom 04. Mai 1995 und dem Gesellschaftsvertrag vom 06. September 2006. Unter Zugrundelegung dessen überwogen und überwiegen trotz der vom Beigeladenen zu 1) und der Klägerin schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Beigeladenen zu 1) als Geschäftsführer qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Nach dem Gesamtbild seiner Arbeitsleistung war der Beigeladene zu 1), der in dieser Zeit nicht Alleingeschäftsführer war, auch wenn ihm nach § 1 Abs. 4 des Geschäftsführervertrags die verantwortliche Leitung und Überwachung der Klägerin im Ganzen oblag, insgesamt in die Klägerin, die sich ihrerseits an der M.-AG orientiert, eingliedert. Er verfügte auch nicht über eine allgemeine Sperrminorität am Stammkapital der Klägerin. Mit seinem Anteil von 20 v.H. konnte er Gesellschafterbeschlüsse, die, solange B.M. Gesellschafter ist, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden müssen, nicht verhindern.

Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin wurde und wird seit 01. Januar 1995 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin abgewickelt. Der Beigeladene zu 1) erhielt und erhält von der Klägerin ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt in Höhe von zuletzt ? 8.000,00. Dass der Beigeladene zu 1) Tantiemen erhielt, genügt nicht, um eine Beschäftigung auszuschließen. Die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer ist nicht ungewöhnlich (BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - a.a.O.). Auf die Tantiemzahlung als feste Einnahme kann und konnte er nicht vertrauen. Maßgeblich war der feste Grundlohn. Dass die Tantieme und die Höhe der Tantieme aufgrund der Bemessung am Jahresüberschuss der Handelsbilanz letztlich auch vom persönlichen Einsatz des Beigeladenen zu 1) abhing, ändert an diesem Ergebnis nichts. Eine Jahressonderprämie neben den zustehenden festen Vergütungsbestandteilen ist nicht einem Wagniskapital eines Unternehmers gleichzusetzen (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) - a.a.O.). Das gezahlte Bruttoentgelt verbucht die Klägerin auch seit 01. Januar 1995 als Betriebsausgabe. Die Verbuchung als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist insoweit ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG, Urteil vom 16. Dezember 1960 - [3 RK 47/56](#) - = [SozR Nr. 22 zu § 165 RVO](#)).

Zudem hatte und hat der Beigeladene zu 1) arbeitnehmertypische Ansprüche auf Fortzahlung der Festbezüge bei Krankheit oder sonstiger unverschuldeter Dienstverhinderung (§ 3 Abs. 3 des Geschäftsführervertrags). Es wurde und wird ihm ein Geschäftswagen, den er auch für private Zwecke nutzen kann und dessen Kosten zu Lasten der Klägerin gehen, zur Verfügung gestellt (§ 4 Abs. 2 des Geschäftsführervertrags). Dass der Beigeladene zu 1) den Geschäftswagen nach den Angaben der Klägerin frei wählen konnte, spricht zwar für ein eigenständiges Handeln des Beigeladenen zu 1), ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Klägerin letztlich den Geschäftswagen stellte und dem Beigeladenen zu 1) durch Beschluss der Gesellschafterversammlung einen bestimmten Wagen hätte verweigern können. Gleichfalls arbeitnehmertypisch hat die Klägerin für den Beigeladenen zu 1) eine betriebliche Altersversorgung und eine Unfallversicherung (§ 5 des Geschäftsführervertrags) abgeschlossen. In der der Beklagten vorgelegten Aufstellung über die betriebliche Altersversorgung sind u.a. Direktversicherungen genannt, die üblicherweise nur von Arbeitgebern für ihre Arbeitnehmer abgeschlossen werden können. Darüber hinaus wurden und werden ihm seine im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit entstandenen notwendigen Kosten und

Aufwendungen erstattet (§ 4 Abs. 1 und 3 des Geschäftsführervertrages). Nicht außer Acht gelassen werden darf auch, dass der Geschäftsführervertrag nach § 7 Abs. 3 von der Gesellschaft aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. All dies sind arbeitnehmertypische Regelungen.

Für ein Beschäftigungsverhältnis spricht des Weiteren, dass der Beigeladene zu 1) im Verhältnis zu den Gesellschaftern u.a. an Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gebunden war und ist (§ 10 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags). Die Geschäftsführer hatten und haben nach § 11 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags den Jahresabschluss und den Lagebericht innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist nach dem Ende des Geschäftsjahrs aufzustellen und sämtlichen Gesellschaftern mitzuteilen. Dementsprechend war und ist der Beigeladene zu 1) nach § 1 des Geschäftsführervertrags auch verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags zu führen. Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Beigeladene zu 1) als Gesellschafter Mitglied der Gesellschafterversammlung ist. Aufgrund seines Gesellschaftsanteils konnte er Beschlüsse weder durchsetzen noch verhindern.

Der Beigeladene zu 1) trug und trägt in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Klägerin auch kein unternehmerisches Risiko, was nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ein besonders gewichtiges Entscheidungskriterium darstellt (vgl. dazu z.B. Urteile des Senats vom 02. September 2011 - [L 4 R 1036/10](#) - und 30. März 2012 - [L 4 R 2043/10](#) -, beide in juris). Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist. Zunächst ist ihm, wie dargelegt, ein Festgehalt zugesagt, das ihm auch tatsächlich monatlich ausbezahlt wird. Der Geschäftsführervertrag enthält auch keine Klauseln, nach denen der Beigeladene zu 1) verpflichtet wäre, im Falle einer wirtschaftlichen Krise Kapital nachzuschießen. Angesichts seines geringen Anteils am Stammkapital von 20 v.H. war und ist auch die allgemeine Gefahr, in einer Krisensituation faktisch gezwungen zu sein, in erheblichem Umfang Kapital nachzuschießen, etwa um eine Insolvenz zu verhindern, eher gering. Ein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko ergab und ergibt sich auch nicht daraus, dass der Beigeladene zu 1) eine Bürgschaft erteilt hat (vgl. BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - a.a.O.). Das hiermit eingegangene Risiko der Haftung mit dem privaten Vermögen ist vom Kapitaleinsatz für das Unternehmen abzutrennen und tritt deshalb gegenüber den Gesichtspunkten, die für eine - auch gewollte - abhängige Beschäftigung sprechen, in den Hintergrund. Solche Einsätze sind auch seitens unstreitig abhängiger Beschäftigter nicht unüblich. Eine Unternehmerstellung wird allein hierdurch nicht begründet. Zwar mag der Beigeladene zu 1) seine persönliche wirtschaftliche Situation möglicherweise ganz erheblich auch an den wirtschaftlichen Fortbestand der Klägerin geknüpft haben. Der Senat hält es aber 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. Wenn der Beigeladene zu 1) in der Lage ist, für die Klägerin Bürgschaften zu übernehmen, verwundert es, dass diese Gelder nicht für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen verwendet werden. Dies zeigt vielmehr, dass eine größere Beteiligung des Beigeladenen zu 1) an der Klägerin nicht gewollt war und ist (vgl. Urteil des Senats vom 21. Oktober 2011 - [L 4 R 5166/08](#) - in juris).

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ließ und lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass der Beigeladene zu 1) - so die Ausführungen des SG - die Klägerin aus einer schwierigen wirtschaftlichen Situation herausgeführt hat und zu einem erfolgreichen Unternehmen am Markt gemacht hat. Dass der längerfristige Erfolg der Klägerin auch von den Fähigkeiten des Beigeladenen zu 1) und seinem Engagement abhängt, unterscheidet seine Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen Leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch 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 [BetrVG]; vgl. Bundesarbeitsgericht [BAG], Beschluss vom 05. Mai 2010 - [7 ABR 97/08](#) - = [NJW 2010, 2746](#)). Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung (§ 1 Satz 3 SGB VI sowie § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III), die regelmäßig abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (vgl. BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - a.a.O.).

Für eine selbstständige Tätigkeit sprach und spricht auch nicht der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) seit 01. Januar 1995 vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB befreit ist. Denn die Klägerin hatte und hat dem Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit nicht völlig freie Hand gelassen hat. Dies ergibt sich für den Senat insbesondere daraus, dass der Beigeladene zu 1) nach dem Geschäftsführervertrag an die gesetzlichen Bestimmungen, an Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sowie an die Bestimmungen des Geschäftsführervertrags gebunden ist. Der Beigeladene zu 1) war und ist auch verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und damit der Gesellschafterbeschlüsse zu führen. Im Übrigen hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit oder Weisungsfreiheit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Insbesondere bei hochqualifizierten Tätigkeiten ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis eingeschränkt. Hierzu gehört, zumal der Beigeladene zu 1) über Fachkenntnisse verfügt, da er den Beruf des Bürokaufmanns erlernt und auch besondere Einblicke in die Klägerin und die M.-AG hat, nachdem er sein gesamtes Berufsleben bei diesen Firmen verbracht hat, die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Führung der Klägerin. Auf der anderen Seite kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Selbstständige Handelsvertreter stehen z.B. in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen sie wahrzunehmen haben.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil der Beigeladene zu 1) nach seinem Vorbringen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung maßgeblich bestimmte und bestimmt. Denn weitere Gesellschafter der Klägerin hatten und haben unabhängig davon, ob sie davon Gebrauch machen oder nicht, die tatsächliche Rechtsmacht, gegebenenfalls andere Entscheidungen zu treffen und zu verlangen, dass der Beigeladene zu 1) für bestimmte Geschäfte vorab ihre Zustimmung einholt, nachdem der Beigeladene zu 1) nicht über eine Sperrminorität verfügt und Beschlüsse mit einfacher Mehrheit zu fassen sind. Nicht außer Acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang auch, dass der Mehrheitsgesellschafter B.M., der die M.-Gruppe zumindest mitgegründet hat, ebenfalls über Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um einen Betrieb zu leiten. Wie der Beigeladene zu 1) kennt er die Klägerin auch seit Beginn, weshalb er jederzeit dazu in der Lage wäre, fachlich Anweisungen zu erteilen.

Etwas anderes lässt sich schließlich auch nicht damit ins Feld führen, dass der Beigeladene zu 1) seinen Urlaub zu keiner Zeit mit jemandem absprechen musste. Dies vermag insbesondere angesichts des fehlenden Unternehmerrisikos und der Tatsache, dass es die Klägerin

rechtlich in der Hand hat, in die Freiheiten des Beigeladenen zu 1) einzugreifen, nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen.

Auch für die Zeit ab 23. April 2008 (Gesellschafterbeschluss) vermögen die gesellschaftsrechtlichen Befugnisse des Beigeladenen zu 1) daran, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin als abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzustufen ist, nichts zu ändern. Zwar wird durch den Gesellschafterbeschluss vom 23. April 2008 unter Nennung von § 1 Abs. 4 und § 2 Satz 2 des Geschäftsführervertrags klargestellt, dass der Gesellschafterversammlung kein Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) zusteht, welches die Befugnis des Beigeladenen zu 1) zur verantwortlichen Leitung und Überwachung des Unternehmens im Ganzen beeinträchtigt, und auch kein Weisungsrecht in Bezug auf Zeit und Ort der Arbeitsleistung. Nicht geändert wurde jedoch § 1 des Geschäftsführervertrags. Danach ist der Geschäftsführer berechtigt, aber auch verpflichtet, die Gesellschaft u.a. nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und der auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags damit getroffenen Beschlüsse zu führen. Es verbleibt somit bei einem grundsätzlichen Bestimmungsrecht der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen zu 1) mit Blick auf den Geschäftsinhalt. Das Weisungsrecht ist nur bezüglich der Leitung und Überwachung des Unternehmens vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Vorgabe der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen. Ins Gewicht fällt in diesem Zusammenhang auch, dass die Klägerin ein Unternehmen der M.-Gruppe ist und sie und damit auch der Beigeladene zu 1) sich nach den grundsätzlichen Vorgaben der M.-Gruppe zu richten hat, die die Geschäftspolitik bestimmt. Der Beigeladene zu 1) führt die Klägerin auch nach dem Beschluss vom 23. April 2008 als Teil der M.-Gruppe. Die Bestimmung der Geschäftsausrichtung im Ganzen steht dem Beigeladenen zu 1) nicht zu. Zu einer anderen Beurteilung führt insoweit auch nicht die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) seit 2009 Mitglied des Vorstands der M.-AG ist. Denn die M.-AG ist auch nur ein Teil der M.-Gruppe und der Vorstand besteht neben dem Beigeladenen zu 1) aus zwei weiteren Personen, so dass der Beigeladene zu 1) auch als Teil des Vorstands nicht maßgeblich die Geschäftspolitik der Klägerin vorgeben kann. Auch die Tatsache, dass dem Beigeladenen zu 1) gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gemäß § 12 der Gesellschafterversammlung in bestimmten Fällen ein Vetorecht zusteht, führt nicht zur Annahme der Selbstständigkeit des Beigeladenen zu 1). Zwar hat das Vetorecht zur Folge, dass der Beigeladene zu 1), obwohl er nicht über eine Sperrminorität verfügt, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern kann, denn bei Ausübung des Vetorechts entfaltet der Beschluss der Gesellschafterversammlung keine Wirksamkeit. Dies gilt jedoch nur für die enumerativ aufgeführten Fälle und hat insbesondere auch nicht zur Folge, dass der Beigeladene zu 1) einen Beschluss tatsächlich durchsetzen könnte. Ein Bestimmungsrecht mit Blick auf einzelne Beschlüsse steht dem Beigeladenen zu 1) damit nicht zu. Von maßgebender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang schließlich auch, dass der Beigeladene zu 1) seine Abberufung als Geschäftsführer nicht generell verhindern kann. Für den Fall, dass einer der in § 8 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags genannten Fälle vorliegt, steht ihm ein Vetorecht gegen einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht zu. Damit hat die Klägerin weiterhin grundsätzlich die Möglichkeit, dem Beigeladenen zu 1) zu kündigen.

Nachdem sich der Gesellschafterbeschluss vom 23. April 2008 auf die Stellung des Beigeladenen zu 1) mit Blick auf die Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses bei der Klägerin als abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht auswirkt, kommt es darauf, ob der Beschluss auch für die Vergangenheit gilt, nicht an.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#). Der (ursprüngliche) Bescheid vom 25. März 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. Dezember 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, der Beklagten ein Drittel und der Klägerin zwei Drittel der Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen.

Der Streitwert wird für beide Rechtszüge endgültig auf ? 5.000,00 festgesetzt. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§§ 63 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 2, 47 Abs. 1 GKG](#). Wird - wie hier - über die Feststellung der Versicherungspflicht, nicht aber über eine Beitragsnachforderung in bestimmter Höhe gestritten, wird lediglich der Auffangstreitwert in Höhe von ? 5.000,00 zugrundegelegt.

Gründe für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-12-14