

L 4 KR 1024/13

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

4

1. Instanz

SG Heilbronn (BWB)

Aktenzeichen

S 12 KR 2529/11

Datum

17.12.2012

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 4 KR 1024/13

Datum

07.05.2014

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Kann ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH aufgrund seines Kapitalanteils an der GmbH nur seine Abberufung als Geschäftsführer verhindern, jedoch aufgrund seines Kapitalanteils keine anderen Beschlüsse durchsetzen, ist dies kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 17. Dezember 2012 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger aufgrund seiner Tätigkeit bei der zu 2) beigeladenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ab 20. Oktober 2009 der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt und vom 20. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 auch der Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung unterlag.

Gegenstand des Unternehmens der 1993 gegründeten Beigeladenen zu 2) ist der Erwerb, die Entwicklung und der Vertrieb von Soft- und Hardware sowie Schulungen und die Erstellung von Unterlagen hierzu. Das Stammkapital der Beigeladenen zu 2) belief sich damals auf DM 50.100,00, wovon bei Gründung bis zum 31. Dezember 1995 der 1964 geborene Kläger, der 1947 geborene Diplomingenieur R. B. (im Folgenden R.B.) und der 1948 geborene Stahlbautechniker L. A. (im Folgenden L.A.) jeweils DM 16.700,00 übernahmen (Gesellschaftsvertrag vom 18. Februar 1993). Im Dezember 1995 wurde das Stammkapital auf DM 70.000,00 erhöht. Hiervon übernahmen R.B., L.A. und der neu aufgenommene weitere Gesellschafter, der 1967 geborene Diplominformatiker M. W. (im Folgenden M.W.), jeweils DM 16.800,00 und der Kläger DM 19.600,00 (Gesellschafterliste vom 7. Dezember 1995). Mit Geschäftsanteilsübertragungsvertrag vom 5. Mai 1999 verkauften und übertrugen R.B. und L.A. ihre Geschäftsanteile im Nennbetrag von jeweils DM 16.800,00 an den Kläger, der nunmehr über 76 v.H. des Stammkapitals verfügte. Mit Gesellschafterbeschluss vom 2. Juli 2003 wurden die Geschäftsanteile des Klägers zu einem Geschäftsanteil von DM 53.200,00 zusammengelegt. Mit notariellem Kaufvertrag vom gleichen Tag verkaufte und übertrug der Kläger an M.W. von seinem Geschäftsanteil im Nennbetrag von DM 53.200,00 einen Teilgeschäftsanteil von DM 18.200,00. Hiermit verfügten beide Gesellschafter über jeweils 50 v.H. des Stammkapitals von DM 70.000,00. Außerdem beschlossen der Kläger und M.W. die Umstellung des Stammkapitals der Gesellschaft auf Euro und die Aufstockung des Stammkapitals auf EUR 36.000,00. Der Kläger und M.W. übernahmen jeweils EUR 18.000,00. Nach Angaben des Klägers ohne Änderung des Gesellschaftsvertrags übernahm er im Jahr 2005 die Geschäftsanteile des M.W., der aus der Gesellschaft ausschied. Im Jahr 2006 erfolgte eine Erhöhung des Stammkapitals der Beigeladenen zu 2) auf EUR 61.000,00. Alleiniger Gesellschafter war nunmehr der Kläger (Gesellschafterliste vom 22. Mai 2006).

Gemäß § 8 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrags vom 18. Februar 1993 wurde der Kläger, der an der Berufsakademie erfolgreich Betriebswirtschaft und Informatik studiert und bereits während des Studiums die Firma Moser Software gegründet hatte, zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt. Mit Gesellschafterbeschluss vom 10. Februar 1998 wurde M.W. zum weiteren alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt. Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt vor dem Jahr 2009 wurde M.W. abberufen.

Am 1. April 1993 schlossen die Beigeladene zu 2) und der Kläger einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Geschäftsführervertrag, am 4. April 1997 einen überarbeiteten Anstellungsvertrag. Nach dem überarbeiteten Vertrag ist der Kläger verpflichtet, die satzungsmäßigen Aufgaben der Gesellschaft zu erfüllen. Er vertritt die Gesellschaft allein nach Maßgabe von Gesetz und Satzung. Einwilligungsbefürftig sind Erwerb, Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, die Inanspruchnahme von Krediten, Wechselverbindlichkeiten und

Bürgschaftsverpflichtungen von mehr als DM 100.00,00 sowie die Errichtung von Zweigniederlassungen, der Erwerb anderer Unternehmen, Beteiligung an solchen und die Aufgabe von Zweigniederlassungen oder Beteiligungen. Der Kläger ist von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Er ist nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden. Seine Wochenarbeitszeit beträgt 40 Stunden, Mehrarbeit sowie die Tätigkeit an Sonn- und Feiertagen wird als Überstunden vergütet (§ 1). Als Vergütung für seine Tätigkeit erhält der Kläger ein festes Monatsgehalt in Höhe von DM 8.000,00, zahlbar in 14 Monatsgehältern, das gemäß § 7 jährlich angepasst wird. Außerdem übernimmt die Beigeladene zu 2) die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von bis zu acht Wochen. Des Weiteren erhält der Kläger eine Tantieme in Höhe von 30 v.H. des tantiemepflichtigen Gewinns (§ 5). Die Beigeladene zu 2) stellt ihm einen Dienstwagen. Zeichnet der Kläger für die Beigeladene zu 2) eine Bürgschaft, so erhält er mit Ablauf des Monats, in dem er die Bürgschaft leistet, jährlich als Entgelt für seine Bürgschaftsleistung den Betrag, der sich ergibt, wenn die Bürgschaftssumme mit dem Prozentsatz, den die Bank als Avalprovision für eine solche Bürgschaft berechnen würde, vervielfacht wird (§ 6). Nach § 2 des Vertrags kann der Anstellungsvertrag von der Beigeladenen zu 2) nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mit der Frist von sechs Wochen zum Quartalsende, vom Kläger unabhängig vom Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund jeweils zum Schluss eines Geschäftsjahres mit der Frist von sechs Monaten gekündigt werden. Nach seinen Angaben im Feststellungsbogen vom 29. September 2010 belief sich die monatliche Vergütung des privat krankenversicherten Klägers auf EUR 6.500,00 monatlich.

Im Jahr 2009 geriet die Beigeladene zu 2) in finanzielle Schwierigkeiten. Die Hausbanken verweigerten weitere Kredite. Deshalb verkaufte und übertrug der Kläger am 7. April 2009, nachdem er seinen Geschäftsanteil von EUR 61.000,00 in Geschäftsanteile von EUR 11.000,00 und von EUR 50.000,00 geteilt hatte, seinen Geschäftsanteil von EUR 11.000,00 an die 1986 gegründete, in N.-A. ansässige ICS I. A. I.-S. (im Folgenden ICS), bei der es sich um einen von drei Vertriebspartnern der Beigeladenen zu 2), die im Bereich der Lager- und Produktionslogistik tätig sind, handelt und an der der Kläger nicht beteiligt ist (Geschäftsanteils-Kauf-/Übertragungsvertrag vom 7. April 2009). Mit Gesellschafterbeschluss vom 8. Mai 2009 erhöhte die Beigeladene zu 2) ihr Stammkapital auf EUR 100.000,00, wobei die ICS den neuen Geschäftsanteil in Höhe von EUR 39.000,00 übernahm, und fasste außerdem einen neuen Gesellschaftsvertrag. Nach dessen § 6 wird die Gesellschaft durch einen Geschäftsführer allein vertreten, wenn er alleiniger Geschäftsführer ist, oder wenn die Gesellschafter ihn zur Alleinvertretung ermächtigt haben. Im Übrigen wird die Gesellschaft gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinschaftlich mit einem Prokuristen vertreten. Die Geschäftsführer können von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit werden. Die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung sowie die Ausgestaltung und Änderung von Anstellungsverträgen mit Geschäftsführern erfolgt durch die Gesellschafterversammlung mit 75 v.H. der abgegebenen Stimmen. Die Geschäftsführer sind zur Beachtung der Gesetze, dieser Satzung und der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verpflichtet. Sie bedürfen zu Handlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, der vorherigen Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss; dies gilt insbesondere für: a) die Gründung, den Erwerb oder die Veräußerung von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen; b) die Veräußerung oder Stilllegung des Betriebs oder eines Betriebsteils; die Aufgabe eines wesentlichen Tätigkeitsbereichs; c) den Erwerb, die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie die Verpflichtung zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte; d) bauliche Maßnahmen und Anschaffungen von Sachmitteln aller Art, soweit die hierfür erforderlichen Aufwendungen im Einzelfall einen Betrag von EUR 20.000,00 übersteigen; e) die Eingehung von Bürgschafts- und Wechselverbindlichkeiten; f) die Erteilung oder den Widerruf von Prokura und Handlungsvollmacht; g) den Abschluss von Verträgen und Vereinbarungen jeder Art mit Gesellschaftern, deren Angehörigen oder diesen nahestehenden Unternehmen; h) Abschluss, Änderung, Kündigung und Aufhebung von Anstellungsverträgen, die ein festes Jahresgehalt von mehr als EUR 48.000,00 beinhalten; i) die Zusage von Altersversorgungen; j) einen jährlich am Jahresanfang aufzustellenden Investitions- und Finanzplan; k) Investitionen und Kreditaufnahmen, die den Investitions- und Finanzplan übersteigen; l) alle sonstigen Maßnahmen, die durch die Gesellschafterversammlung oder eine von ihr beschlossene Geschäftsordnung für zustimmungspflichtig erklärt werden. Gemäß § 7 des Gesellschaftervertrags werden die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung soweit das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorschreiben, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Je EUR 1,00 eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme (Abs. 6). Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn 100 v.H. des Stammkapitals anwesend oder vertreten sind. Ist eine Versammlung nicht beschlussfähig, so ist eine neue Gesellschafterversammlung mit derselben Tagungsordnung mit einer Frist von einer Woche einzuberufen, die ohne Rücksicht auf die Höhe des anwesenden oder vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist (Abs. 3). Der Jahresabschluss und der Lagebericht sind nach § 8 des Gesellschaftsvertrags innerhalb der gesetzlichen Fristen von den Geschäftsführern aufzustellen und der Gesellschafterversammlung unverzüglich zum Zwecke der Feststellung vorzulegen. Die Gesellschafterversammlung stellt den Jahresabschluss fest und beschließt die Gewinnverwendung. Jedem Gesellschafter und Geschäftsführer kann gemäß § 14 des Gesellschaftsvertrags durch Gesellschafterbeschluss Befreiung vom Wettbewerbsverbot erteilt werden. Mit Gesellschaftsvertrag vom 24. Juni 2009 wurde das Stammkapital der Beigeladenen zu 2) auf EUR 150.000,00 erhöht, den weiteren Geschäftsanteil von EUR 50.000,00 übernahm die ICS, die nunmehr über 66,66 v.H. und der Kläger über 33,33 v.H. der Geschäftsanteile verfügt. Außerdem wurde § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vom 8. Mai 2009 dahingehend geändert, dass die Bestellung der Geschäftsführer sowie die Ausgestaltung und Änderung von Anstellungsverträgen mit Geschäftsführern durch die Gesellschafterversammlung mit 66 v.H. aller Stimmen der Gesellschafter erfolgt. Die Abberufung der Geschäftsführer bedarf einer Mehrheit von 75 v.H. aller Stimmen. Mit Gesellschafterbeschluss vom 24. Juni 2009 stellten die Gesellschafter klar, dass der Kläger weiterhin von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit ist. Mit Gesellschafterbeschluss vom 20. August 2010 erfolgte eine Änderung des Geschäftsjahres und damit eine Änderung des § 4 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags. Im ebenfalls am 20. August 2010 gefassten Gesellschaftsvertrag wurde dies umgesetzt.

Am 26. November 2010 schlossen die Beigeladene zu 2) und der Kläger einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen überarbeiteten Dienstvertrag ab 1. Dezember 2010. Nach dessen § 2 hat der Kläger alle Geschäfte der Beigeladenen zu 2) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach Maßgabe der einschlägigen Gesetze, des Gesellschaftervertrags und der Gesellschafterbeschlüsse durchzuführen. Ihm obliegt die Leitung des Betriebs. Er vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Ihm steht Einzelvertretungs- und Einzelgeschäftsführungsbefugnis zu. Er ist vom Selbstkontraktionsverbot gemäß [§ 181 BGB](#) befreit. Die Beigeladene zu 2) kann weitere Geschäftsführer bestellen. In diesem Fall ist der Kläger weiterhin einzelvertretungs- und einzelgeschäftsführungsbefugt. Er hat nach § 3 seine Arbeitskraft voll und ganz der Beigeladenen zu 2) zur Verfügung zu stellen. Die Arbeitszeit richtet sich nach den betrieblichen Erfordernissen und ist von ihm in diesem Rahmen frei und eigenverantwortlich zu gestalten. Nach § 4 erhält der Kläger für seine Tätigkeit ein festes Monatsgehalt von EUR 6.000,00. Es ist zwölfmal jährlich am Ende eines jeden Monats unter Einbehaltung der gesetzlichen Abzüge auf ein von ihm zu benennendes Bankkonto zu überweisen. Außerdem erhält er eine jährliche erfolgsabhängige Tantieme, deren Höhe sich aus dem gesonderten Schreiben zu diesem Vertrag ergibt. Die Tantieme ist mit Feststellung des Jahresabschlusses der Beigeladenen zu 2) fällig und kommt mit der auf diesen Termin nächstfolgenden Gehaltsabrechnung zur Auszahlung. Die Beigeladene zu 2) stellt dem Kläger für seine Tätigkeit einen Dienstwagen zur Verfügung. Die für die Fahrzeughaltung und Nutzung

anfallenden Kosten werden durch die Beigeladene zu 2) getragen. Mit der monatlichen Vergütung sind sämtliche Überstunden abgegolten. Eine zusätzliche Vergütung erfolgt nicht. Nach § 5 wird bei unverschuldeter Verhinderung, insbesondere bei Krankheit, die Vergütung höchstens für drei Monate unter Anrechnung entsprechender Leistungen Dritter fortgezahlt. Der Kläger erhält einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Er ist in Abstimmung mit den Bedürfnissen der Beigeladenen zu 2) zu nehmen (§ 6). Nach § 9 kann der Vertrag zum Schluss eines Kalenderjahres mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden. Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt davon unberührt. Der Kläger hat die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers zu führen. Die Beigeladene zu 2) ist verpflichtet, durch die Gesellschafterversammlung jährlich, spätestens zum Zeitpunkt der Feststellung des Jahresabschlusses, einen Beschluss über eine Entlastung des Klägers für die vorangegangene Tätigkeit herbeizuführen (§ 10).

Nach dem Ausscheiden des M.W. hatte die Beigeladene zu 2), die zwischenzeitlich über 16 bis 17 Mitarbeiter verfügte, nur noch vier Mitarbeiter. Im Jahr 2013 hatte sie nach den Angaben des Klägers einschließlich des Klägers selbst wieder sieben Mitarbeiter, fünf Programmierer und zwei Auszubildende.

Im September 2010 beantragte der Kläger bei der beklagten Krankenkasse die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen eines Antragsverfahrens gemäß [§ 7a Abs. 1 Satz 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) vom 29. September 2010 gab er an, dass er und die ICS Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) seien. Er trage EUR 50.000,00, die ICS EUR 100.000,00 der Stammeinlagen. Vor der Kapitalerhöhung habe er 100 v.H. der Geschäftsanteile getragen. Das Stimmrecht werde mit einfacher Mehrheit ausgeübt, bei einem Geschäftsführerwechsel seien mindestens 75 v.H. erforderlich. Das Stimmrecht werde nicht auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung (Treuhandvertrag) zu Gunsten eines Dritten ausgeübt. Er könne doch Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Er habe der Beigeladenen zu 2) eine Bürgschaft in Höhe von EUR 125.000,00 gewährt. Er vertrete die Beigeladene zu 2) im gesamten Geschäftsbereich nach außen alleine, sei vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit und verfüge als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Die Frage, ob seine Tätigkeit auf Grund von familienhaften Rücksichtnahmen - durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern geprägt sei, verneinte er. Seine tatsächliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit betrage 50 Stunden. Er unterliege weder hinsichtlich der Zeit, des Ortes noch der Art der Beschäftigung einem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 2). Er könne seine Tätigkeit in der Beigeladenen zu 2) frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung seiner Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Er könne selbstständig Personal einstellen und/oder entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Seine Abberufung/Kündigung sei nur aus wichtigem Grund möglich (75 v.H. der Stimmen). Als Kündigungsfrist seien sechs Wochen zum Quartalsende vereinbart. Er erhalte eine monatliche Vergütung in Höhe von EUR 6.500,00. Im Falle einer Arbeitsunfähigkeit werde die Vergütung für acht Wochen weitergewährt. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt, von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet. Auf der Basis des Steuerbilanzgewinns sei er am Gewinn beteiligt.

Mit Bescheid vom 7. Januar 2011 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger seit dem 20. Oktober 2009 als Arbeitnehmer der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung unterliege. Er sei seit diesem Zeitpunkt nicht mehr alleiniger Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) und besitze aktuell ein Drittel der Stammeinlagen. Die Beschlüsse innerhalb der Beigeladenen zu 2) würden mit einfacher Mehrheit gefasst. Somit könne er auf Grund seines Stimmrechts keinen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Beigeladenen zu 2) nehmen. Die Tatsache, dass für eine Abberufung von Geschäftsführern eine Mehrheit von 75 v.H. der Stimmen notwendig sei, stelle kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit dar. Seine alleinigen Branchen- und Fachkenntnisse, die er im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer für die Abwicklung der Geschäftsvorgänge benötige, begründeten keine selbstständige, unternehmerische Tätigkeit.

Der Kläger erhob Widerspruch. Er trug vor, gegen die Einschätzung als abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass er einzelvertretungs- und einzelgeschäftsführungsbefugter und alleiniger, vom Verbot des Selbstkontrahierens gemäß [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer sei, er als einziger Gesellschafter über die notwendigen Branchenkenntnis im Telematikmarkt, die zur Führung des Betriebs notwendig sei, verfüge, er frei sei hinsichtlich der Zeit, Dauer und Ort der Erbringung seiner Arbeitsleistung, er die vertraglich vereinbarten Urlaubstage noch nie in vollem Umfang genommen habe, die Wochenarbeitszeit ohne Bezahlung von Überstunden bei 60 bis 70 Stunden liege, die Personalauswahl und Mitarbeiterführung vollkommen in seinem Verantwortungsbereich liege und die Beteiligung der ICS von Anfang an als 50/50 Partnerschaft geplant gewesen sei. Die Kapitalerhöhung sei notwendig gewesen, um den Verlust in 2009 auszugleichen und die Liquidität zu sichern. Als Gesellschafter habe er das Recht, diese Kapitalerhöhung nachzuziehen, was im Moment nur auf Grund des privat fehlenden Kapitals nicht möglich sei. An den Aufgaben, Inhalten oder der Art und Weise der Geschäftsführertätigkeit habe sich seit der Beteiligung und auch seit der Kapitalerhöhung nichts verändert, er entscheide im Tagesgeschäft vollkommen frei und unabhängig. Ein wesentlicher Teil der Vergütung sei über Tantieme geregelt und damit vom Erfolg des Unternehmens abhängig. Ein wichtiger Punkt sei auch, dass er durch selbstschuldnerische Bürgschaften in voller Dispokredithöhe bei beiden Hausbanken alleine das volle Unternehmerrisiko trage. Im Gegensatz dazu hafte die ICS nur mit ihrer Kapitaleinlage. Der Kläger fügte die von ihm übernommene selbstschuldnerische Bürgschaft der V.-bank B.-G. eG gegenüber in Höhe von EUR 122.000,00 (Bürgschaftsvertrag ohne Datum) und die Bürgschaft gegenüber der Kreissparkasse Heilbronn zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen des Kreditinstituts gegenüber der Beigeladenen zu 2) vom 9. Dezember 2010 bei.

Mit Schreiben vom 2. März 2011 wandte sich die Beklagte an den zu 4) beigeladenen Rentenversicherungsträger zwecks Stellungnahme zur versicherungsrechtlichen Situation des Klägers. Diese teilte der Beklagten mit Schreiben vom 11. April 2011 mit, dass sie mit der im Bescheid vom 7. Januar 2011 getroffenen versicherungsrechtlichen Beurteilung übereinstimme. Die Tätigkeit des Klägers weise teilweise Eigenschaften einer selbstständigen Tätigkeit, andererseits aber auch wesentliche Kriterien einer abhängigen Beschäftigung auf. Infolge seiner Kapitalbeteiligung ab 20. Oktober 2009 könne er keinen ausschlaggebenden Einfluss mehr auf die Entscheidungen der Beigeladenen zu 2) ausüben. Beschlüsse würden mit einfacher Mehrheit entschieden, so dass der Kläger keine für ihn unangenehmen Entscheidungen der anderen Gesellschafter verhindern könne. Die Bestellung des Geschäftsführers sowie die Ausgestaltung und Änderung von Anstellungsverträgen mit Geschäftsführern erfolge mit 66 v.H. aller Stimmen. Lediglich die Abberufung des Geschäftsführers bedürfe einer Mehrheit von 75 v.H. aller Stimmen. Der Kläger verfüge auch über keine Sonderrechte, durch die er Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern könne. Allein aus der weisungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit könne nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Kläger - selbst bei Belassung großer Freiheiten - der Überwachung durch die anderen Gesellschafter unterliege. Dies gelte auch dann, wenn die ICS von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig wenig bzw. keinen Gebrauch mache. Der Kläger

beziehe ein festes, regelmäßiges Gehalt, von dem Lohnsteuer abgeführt und welches als Betriebsausgabe verbucht werde, unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens. Die monatliche Vergütung von EUR 6.500,00 stelle einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit dar. Für die von ihm der Beigeladenen zu 2) gegenüber übernommenen Bürgschaften erhalte der Kläger als Nebenleistung jährlich ein bestimmtes Entgelt. Der Kläger habe auch seine Arbeitskraft und seine gesamten Kenntnisse und Erfahrungen der Beigeladenen zu 2) zur Verfügung zu stellen. Sein Dienstverhältnis könne von der Beigeladenen zu 2) bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mit einer Frist von sechs Wochen zum Quartalsende gekündigt werden. Im Falle der Erkrankung würden die Bezüge weitergezahlt. Diese wichtigen Indizien sprächen alle für eine abhängige Beschäftigung.

Unter dem 2. und 13. Mai 2011 unterrichtete die Beklagte den Kläger, dass seine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung zum 31. Dezember 2010 geendet habe, da er mit einer monatlichen Vergütung in Höhe von EUR 6.500,00 die Jahresarbeitsentgeltgrenze überschreite.

Mit Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 2011 wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss, an dessen Sitzung der Kläger teilnahm, den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte er aus, dass sich aus dem Anstellungsvertrag vom 4. April 1997, der bis auf die Höhe der Bezüge noch Gültigkeit habe, für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis typische Regelungen ergäben. Dienort sei der Sitz der Beigeladenen zu 2). Aufgabe des Klägers sei die Führung der Geschäfte der Beigeladenen zu 2). Der Kläger habe die jeweils durch die Gesellschafter ergehenden Richtlinien und Weisungen zu beachten und bedürfe der vorherigen Zustimmung der Gesellschafter für alle Handlungen außerhalb des normalen Geschäftsablaufs. Es werde eine feste Vergütung bezahlt, darüber hinaus bestünden eventuell Ansprüche auf Bonuszahlungen. Es werde ein Dienstwagen gestellt. Im Krankheitsfall bestehe ein Anspruch auf Gehaltsfortzahlung, der Anstellungsvertrag könne gekündigt werden. Darüber hinaus ergäben sich aus dem Gesellschaftsvertrag und dem Feststellungsbogen, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der Stimmen gefasst würden. Nur die Bestellung der Geschäftsführer sowie die Ausgestaltung und Änderung von Anstellungsverträgen von Geschäftsführern erfolge mit 66 v.H. aller Stimmen der Gesellschafter. Durch seine Kapitalbeteiligung von 33,3 v.H. am Gesellschaftskapital habe der Kläger keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen zu 2) und auch nicht auf sein persönliches Beschäftigungsverhältnis. Die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) sei bei Geschäftsführern von GmbH's üblich und stelle in der Gesamtschau lediglich ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit dar. Die alleinigen Branchenkenntnisse als Gesellschafter/Geschäftsführer begründeten keine unternehmerische Tätigkeit. Dass die Partnerschaft darauf ausgelegt sei, eine Beteiligung von 50 zu 50 zu erreichen, ändere nichts daran, dass derzeit die Verteilung der Gesellschaftsanteile im Verhältnis von einem Drittel zu zwei Drittel bestehe. Dies bedeute, nachdem Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst würden, dass der Kläger mit seinem Stimmenanteil keine Entscheidungen herbeiführen oder verhindern könne. Grundsätzlich sei der Kläger an die Vorgaben und Weisungen der Gesellschafter gebunden und daher nicht vollkommen weisungsfrei tätig. Auch wenn das Weisungsrecht nicht tatsächlich wahrgenommen werde und seither den Vorschlägen des Klägers zugestimmt worden sei, bestehe jederzeit die Möglichkeit, dass hiervon Gebrauch gemacht werde bzw. die Möglichkeit, dass seine Vorschläge nicht akzeptiert würden. Hieran ändere auch die Tatsache nichts, dass er seine Aufgaben im Wesentlichen frei gestalten könne. Dies ergebe sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, dadurch, dass anstelle der Weisungsgebundenheit die funktionsgerechte Teilhabe am Arbeitsprozess trete. Dass darüber hinaus noch Bonuszahlungen bei erfolgreicher Tätigkeit anfallen könnten, sei ebenfalls kein Indiz für ein Unternehmerrisiko, sondern gerade bei leitenden Angestellten durchaus üblich. Der Umstand, dass zwei selbstschuldnerische Bürgschaften für die Beigeladenen zu 2) übernommen worden seien, sei arbeitnehmeruntypisch. Die Gewährung eines Darlehens vom Arbeitnehmer an den Arbeitgeber sei jedoch nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Durch die in § 6 Nr. 4 des Anstellungsvertrags festgelegte Regelung sei das Unternehmerrisiko begrenzt. Sozialversicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung bestehe vom 20. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010. Ab 1. Januar 2011 bestehe nur noch Versicherungspflicht zur Rentenversicherung und zur Beigeladenen zu 1), da das Einkommen des Klägers über der Versicherungspflichtgrenze in der Krankenversicherung liege.

Der Kläger erhob am 8. Juli 2011 Klage zum Sozialgericht Heilbronn (SG). Er trug vor, die einzige Änderung, die am 20. Oktober 2009 eingetreten sei, sei die gesellschaftsrechtliche Beteiligung der ICS. An seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 2) habe sich nichts geändert. Zwar sei durch die Veränderung der Mehrheitsverhältnisse in den Gesellschaftsanteilen grundsätzlich eine Weisung der Gesellschafter direkt an ihn möglich, jedoch bestehe dies in der praktischen Ausführung nicht. Die allein theoretische Möglichkeit, dass die Gesellschafterversammlung ihn überstimme und er somit an diese Beschlüsse gebunden sei, reiche nicht aus, um seine Selbstständigkeit zu verneinen. Er und die ICS würden sich zusammen beraten, das gemeinsame Vorgehen werde besprochen. Überstimmungen fänden nicht statt, da er, der Kläger, näher am tagtäglichen Geschäft sei und demgemäß auch die Gesellschafter auf seine Erfahrung und seine Tätigkeit sowie Berichte angewiesen seien und auf seine Führung vertrauten. Die Beigeladene zu 2) sei auch nur beschlussfähig, wenn 100 v.H. des Stammkapitals anwesend seien. Er könne somit auch die Beschlussfähigkeit der Beigeladenen zu 2) wesentlich beeinflussen. Seine Abberufung als Geschäftsführer sei auch ohne seine Mitwirkung nicht möglich, da er mit 33 v.H. beteiligt sei. Durch seine eigene Beteiligung hänge er wesentlich von der Beigeladenen zu 2) ab. Deren Schicksal sei eng mit seinem eigenen wirtschaftlichen Schicksal verknüpft. Es sei völlig untypisch, dass ein Angestellter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte. Sein Unternehmerrisiko liege darin, dass er bei Insolvenz der Beigeladenen zu 2) selbst Privatinsolvenz anmelden müsste, da er sich über seine wirtschaftlichen Möglichkeiten für die Verbindlichkeiten der Beigeladenen zu 2) verbürgt habe.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Die Tätigkeit des Klägers erfülle alle Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses eines leitenden Mitarbeiters. Auch wenn das Weisungsrecht tatsächlich nicht ausgeübt werde, bestehe jederzeit die Möglichkeit, dass hiervon Gebrauch gemacht werde. Ein Unternehmerrisiko des Klägers ergebe sich nicht wegen der von ihm übernommenen Bürgschaft, da sein Risiko durch die entsprechende Vergütung im Anstellungsvertrag sehr begrenzt sei. Aus § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags ergebe sich, dass, wenn die Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig sein sollte, eine erneute Gesellschafterversammlung mit derselben Tagesordnung mit einer Frist von einer Woche einzuberufen sei. Diese sei dann, ohne Rücksicht auf die Höhe des anwesenden oder vertretenen Stammkapitals, beschlussfähig. Somit bestehe die Möglichkeit, sämtliche Beschlüsse, auch gegen den Willen des Klägers zu treffen. Lediglich für die Abberufung des Geschäftsführers seien 75 v.H. des Gesellschaftskapitals erforderlich.

Die durch Beschluss des SG vom 23. Januar 2012 Beigeladenen äußerten sich nicht.

Das SG hörte den Vorstand der ICS Rainer Brand in der mündlichen Verhandlung am 17. Dezember 2012 als Zeugen. Er gab an, die ICS sei nur an der Beigeladenen zu 2) beteiligt, ansonsten halte sie sich zurück. Eine Kapitalerhöhung des Klägers sei jederzeit möglich. Sie, die ICS, habe keinen Einfluss auf die Produkte und Marktaktivitäten der Beigeladenen zu 2). Im Bereich Software habe sie kein Know-how, sie

vertreibe nur das Produkt. Von der täglichen Arbeit des Klägers bekomme er im Prinzip nichts mit. Kontakt bestehe insbesondere dann, wenn der Businessplan bzw. das Budget aufgestellt werde. Wenn es dort noch Klärungsbedarf gäbe, frage er nach. Entscheidungen würden einvernehmlich getroffen. Eine Berichtspflicht des Klägers bestehe nicht.

Mit Urteil vom 17. Dezember 2012 wies das SG die Klage ab. Die Beklagte habe zu Recht festgestellt, dass der Kläger als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2) seit 20. Oktober 2009 als Arbeitnehmer der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung unterliege. Der Kläger verfüge seit dem 20. Oktober 2009 auf Grund seiner Gesellschaftsanteile von nur einem Drittel nicht über einen maßgeblichen beherrschenden Einfluss auf die Entscheidungen der Beigeladenen zu 2). Eine Sperrminorität habe er nicht inne. Durch seinen Vortrag, eine Erhöhung seiner Anteile sei, sobald finanziell möglich, geplant, ändere sich hierdurch nichts. Auch die Tatsache, dass die Gesellschafterversammlung nach § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags nur beschlussfähig sei, wenn 100 v.H. des Stammkapitals, also auch der Kläger, anwesend oder vertreten seien, vermöge keinen maßgebenden Einfluss des Klägers zu begründen. Denn § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags sehe weiter vor, dass im Fall einer nicht beschlussfähigen Versammlung eine neue Gesellschafterversammlung mit derselben Tagesordnung mit einer Frist von einer Woche einzuberufen sei, die ohne Rücksicht auf die Höhe des anwesenden oder vertretenen Stammkapitals beschlussfähig sei. Auf diese Weise wären im Konfliktfall auch Gesellschafterbeschlüsse ohne Mitwirkung des Klägers möglich. Der Anstellungsvertrag des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2) führe zu keiner anderen Beurteilung. Er enthalte zahlreiche "arbeitnehmertypische" Regelungen wie ein festes Monatsgehalt, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Regelungen zur Nutzung des Dienstvertrags und zur Kündigung. Die Gewährung einer Tantieme neben der festen Monatsvergütung sei bei der Tätigkeit leitender Angestellter zur Bindung an das Unternehmen nicht unüblich und führe nicht zur Annahme des Vorliegens einer selbstständigen Tätigkeit. Als Geschäftsführer sei der Kläger gemäß § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags darüber hinaus zur Beachtung insbesondere der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verpflichtet. Nach dieser Regelung des Gesellschaftsvertrags bedürfe er für bestimmte Geschäfte auch der vorherigen Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss. Die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) und die Weisungsfreiheit bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit seien Umstände, die für die Position eines leitenden Angestellten als Arbeitnehmer nicht untypisch seien. An die Stelle eines entsprechenden Weisungsrechts des Arbeitgebers trete in diesen Fällen eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess. Dementsprechend bestimme sich Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit des Klägers je nach den Anforderungen des jeweiligen Arbeitsprozesses und des anfallenden Geschäftsbetriebs. Auch besondere Fach- und Branchenkenntnisse seien im Rahmen der Tätigkeit in leitender Position auch bei Angestellten nichts untypisches und begründeten für sich gesehen nicht das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit verbunden mit dem entsprechenden Unternehmerrisiko. Auch die vom Kläger für die Beigeladene zu 2) übernommenen Bürgschaften änderten hieran nichts. Die Übernahme von Bürgschaften für das jeweilige Unternehmen sei zwar arbeitnehmeruntypisch. Das finanzielle Risiko des Klägers durch die Übernahme der Bürgschaften sei gemäß § 6 Abs. 4 seines Anstellungsvertrags durch ein sogenanntes Bürgschaftsentgelt jedoch deutlich abgemildert. Vor diesem Hintergrund komme der Übernahme der Bürgschaften kein derartiges Gewicht zu, das - unter Berücksichtigung sämtlicher oben genannter für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sprechender Umstände - zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit des Klägers führen würde.

Gegen das seinem Bevollmächtigten am 8. Februar 2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 7. März 2013 Berufung eingelegt. Er ist weiter der Auffassung, dass er als Selbstständiger und nicht als abhängig Beschäftigter einzustufen sei. Wenn überhaupt keine Einflussnahme der Gesellschafter stattfinde und er als Geschäftsführer nach wie vor in gleicher Weise und mit gleicher Grundlage handeln könne wie vor der Kapitalerhöhung, so bestehe kein Anlass an einer selbstständigen Beschäftigung zu zweifeln. Die Punkte, die das SG aus dem Geschäftsführervertrag für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis als typische Indizien heranziehen wolle, seien typischer Weise in jedem Geschäftsführervertrag enthalten. Auch sein Geschäftsführervertrag habe schon vor der Kapitalerhöhung gegolten, damals habe es keinerlei Anlass gegeben, an seiner Selbstständigkeit zu zweifeln. Der Einstieg eines Investors und damit seine Stellung als Minderheitsgesellschafter bei nach wie vor unveränderter Tätigkeit könne nicht dazu führen, dass er nunmehr als abhängig Beschäftigter einzustufen sei. Zu dem Einstieg der Investoren sei es nur wegen der finanziellen Schwierigkeiten der Beigeladenen zu 2) gekommen. Die Investition habe die Weiterexistenz der Beigeladenen zu 2) ermöglicht. Eine Einflussnahme der ICS sei der Aussage des Zeugen Brand entsprechend, praktisch nicht vorhanden. Ihm, dem Kläger, sei es unbenommen, Fremdprodukte, die im direkten Wettbewerb mit der ICS stünden, zu verkaufen und zu vertreiben. Auch dies zeige, dass eine Beschränkung und damit Weisungsgebundenheit in seiner Tätigkeit nicht vorhanden sei. Die ICS sehe die Beteiligung als Investment an und nicht als Möglichkeit der Einflussnahme auf ihn. Ohne seine fachspezifischen Kenntnisse wäre die Beigeladene zu 2) ohnehin nicht lebensfähig. Die Beigeladene zu 2) bewege sich als kleines Software-Unternehmen in einem ganz speziellen Marktsegment, sie habe sich auf die Nische mobiler Sonderlösungen für mittlere und größere Unternehmenskunden spezialisiert. Der gesamte Telematik-Markt habe ca. 20 relevante Teilnehmer, von diesen gebe es aber nur zwei bis drei vergleichbare Anbieter. Er, der Kläger, habe sich über viele Jahre Kompetenzen aufgebaut. Diese Kompetenzen habe ICS trotz aller Bemühungen in den letzten Jahren in der Tiefe nicht aufbauen können. ICS könne die Erstgespräche führen, zur technischen Präsentation, Konzeption, Angebotsausarbeitung und Abschlusspräsentation müsse aber immer er dabei sein. Auch der gesamte Bereich des Produktmanagements liege in seiner Verantwortung. Ein Vergleich mit der Position eines lediglich leitenden Angestellten hinke, da dieser nur im Teilbereich Entscheidungsmacht besitze, soweit diese übertragen worden sei. In der operativen Tätigkeit der Beigeladenen zu 2) gebe es für ihn aber keine Einschränkung. Arbeitnehmeruntypisch sei auch seine Beteiligung mit einer Einlage von 30 v.H. und die Absicherung der Verpflichtung der Beigeladenen zu 2) durch Bürgschaften. § 6 Nr. 4 des Anstellungsvertrags sei kein Ausgleich für das Risiko der Bürgschaften, sondern für das Entgelt, das an die Banken für die Bürgschaften gezahlt werde. Sein Risiko werde dadurch nicht gemildert. Im Anstellungsvertrag vom 26. November 2010 sei diese Vergütung nicht mehr vorhanden. Auf Nachfrage hat der Kläger mitgeteilt, dass er seit 20. Oktober 2009 keine Tantiemen erhalten habe, da die Beigeladene zu 2) keine ausreichenden Gewinne erwirtschaftet habe. Der Kläger hat den Bescheid der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg vom 15. März 2013 über eine den Prüfzeitraum vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2012 betreffende Betriebsprüfung ohne Feststellungen mit Blick auf den Kläger vorgelegt.

Der Kläger und die Beigeladene zu 2) beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 17. Dezember 2012 und den Bescheid der Beklagten vom 7. Januar 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2011 aufzuheben und festzustellen, dass er in seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 2) in der Zeit vom 20. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung und in der Zeit ab 20. Oktober 2009 nicht der Versicherungspflicht in der Renten- sowie der Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 3) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte beruft sich auf das zutreffende Urteil des SG und ihren Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 2011.

Die übrigen Beigeladenen haben sich nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Die Berichterstatterin hat den Kläger im Erörterungstermin vom 24. September 2013 angehört. Der Kläger hat mitgeteilt, dass die ICS weder als Vertriebspartner noch als Partner in Heilbronn präsent sei. Sie sei im Grunde der gleiche Vertriebspartner wie die beiden anderen Vertriebspartner. Auch der Zeuge Brand sei nie in Heilbronn. Es könne vorkommen, dass er ihn, den Kläger, bei einem großen Vortrag begleite. Vor Aufstellung des Businessplans der Beigeladenen zu 2) erhalte er zunächst die Businesspläne von den Vertriebspartnern, auch von der ICS. Auf der Grundlage dieser Businesspläne erstelle er dann einen Businessplan für die Beigeladene zu 2), den er an den Zeugen Brand, der den Plan gegenchecke, schicke. Ebenso verfare er mit den anderen Vertriebspartnern. Gegebenenfalls fänden Gespräche über Verbesserungen statt. Nachgebessert habe er den Businessplan jedoch noch nie. Wenn ICS mit einer Neuentwicklung und einer damit verbundenen Nachschusspflicht einverstanden sei, schieße sie nach, ansonsten müsse man mit der Neuentwicklung warten. Eine Gesellschafterversammlung finde im Grunde überhaupt nicht statt. Sie würden sich formlos, oft auch telefonisch, abstimmen. Die ICS habe keine genaue Kenntnis von den technischen Einsatzmöglichkeiten der Geräte der Beigeladenen zu 2). Wegen der Bürgschaft habe er noch nie etwas bezahlt bekommen. Urlaub werde intern im Team, nicht mit ICS, abgesprochen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Niederschrift (Bl. 38/44 der LSG-Akte) verwiesen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Senatsakte, die Akten des SG sowie die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist auch statthaft. Ein Ausschlussgrund gemäß [§ 144 Abs. 1 SGG](#) ist nicht gegeben, da keine Geld-, Dienst- oder Sachleistung oder ein hierauf gerichteter Verwaltungsakt, sondern die Feststellung der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung im Streit ist.

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 7. Januar 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2011, mit welchem die Beklagte die Versicherungspflicht des Klägers in der Kranken- und Pflegeversicherung für die Zeit vom 20. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 und die Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung für die Zeit ab 20. Oktober 2009 festgestellt hat.

3. In der Sache ist die Berufung nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil vom 17. Dezember 2012 die Klage zu Recht abgewiesen und zutreffend dargelegt, dass der Bescheid vom 7. Januar 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2011 rechtmäßig ist und den Kläger nicht in seinen Rechten verletzt. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 2) seit 20. Oktober 2009 abhängig beschäftigt ist und deshalb der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung ab 20. Oktober 2009 unterliegt sowie der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung - wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze ab 1. Januar 2011 - im Zeitraum vom 20. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 unterlag.

a) Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV](#) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Zuständige Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist nach [§ 28i Satz 2 SGB IV](#) für Beschäftigte, die bei keiner Krankenkasse versichert sind, die Krankenkasse, die der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des [§ 175 Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) gewählt hat. Danach ist die Beklagte zuständige Einzugsstelle, weil der Kläger den Statusfeststellungsantrag bei der Beklagten gestellt hat. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 4), die eine solche der Beklagten ausschliesse, ergibt sich hier nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 1. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I, Seite 2954](#)). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 der Vorschrift zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte (bis 31. Dezember 2008) Angehöriger des Arbeitgebers, (seit 1. Januar 2009) Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers (geändert durch Art. 1 Nr. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 21. Dezember 2008 [[BGBl. I, Seite 2933](#)]) oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Unabhängig davon, ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist dieses obligatorische Statusfeststellungsverfahren jedoch erst bei Tätigkeiten durchzuführen, die erstmals nach dem 30. März 2005 aufgenommen worden sind (vgl. Marschner in Kreikebohm, Kommentar zum SGB IV, § 7a Rdnr. 3; Lüttke in LPK-SGB IV, § 7a Rdnr. 11). In den Fällen, in denen die Tätigkeit bereits zuvor ausgeübt worden war, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#). Die Aufnahme der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 2) erfolgte bereits vor dem 30. März 2005, nämlich am 1. April 1993.

b) 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. In der Krankenversicherung trat nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) in Verbindung mit [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) in der ab 2. Februar 2007 geltenden Fassung des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG vom 26. März 2007, [BGBl. I, Seite 378](#)) Versicherungspflicht ein, wenn eine Person gegen Arbeitsentgelt beschäftigt war, und ihr regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze nach [§ 6 Abs. 6 oder 7 SGB V](#) nicht überstieg und in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren nicht überstiegen hat; Zuschläge, die mit Rücksicht auf den Familienstand gezahlt wurde, blieben unberücksichtigt. Seit 31. Dezember 2010 in der insoweit seither unverändert geltenden Fassung vom 22. Dezember 2010 ([BGBl. I, Seite 2309](#)) tritt Versicherungspflicht ein, wenn das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze nach [§ 6 Abs. 6 oder 7 SGB V](#) nicht übersteigt, wobei Zuschläge, die mit Rücksicht auf den Familienstand gezahlt werden, unberücksichtigt bleiben. Die Jahresarbeitsentgeltgrenze betrug im Jahr 2009 EUR 48.600,00, im Jahr 2010 EUR 49.950,00 und im Jahr 2011 EUR 49.500,00. Im Bereich der Pflegeversicherung sind ab 1. Januar 1995 die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig ([§ 20 Abs. 1 Satz 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch [SGB XI]). Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1](#)

[SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. 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 sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen z.B.: BSG, Urteile vom 29. August 2012 - [B 12 KR 14/10 R](#) und 25/10 R -, 30. April 2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) -, sowie 30. Oktober 2013 - [B 12 KR 17/11 R](#) - jeweils m.w.N., alle in juris; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) -; in juris). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (zum Ganzen z.B.: BSG, Urteile vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - und 30. Oktober 2013 - [B 12 KR 17/11 R](#) -, jeweils m.w.N.; alle in juris).

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 8. August 1990 - [11 RA 77/89](#) -; Urteil vom 8. Dezember 1994 - [11 RA 49/94](#) -; beide in juris). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 - [12/3/12 RK 39/74](#) -; BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -; BSG, Urteil vom 10. August 2000 - [B 12 KR 21/98 R](#) -; jeweils m.w.N.; alle in juris). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -; in juris).

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 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, Urteile vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) -, 6. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) -, 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) -; alle in juris). 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, Urteil vom 6. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) -, a.a.O., 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) - und 30. April 2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) -; alle in juris). 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. Bei Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung ist eine abhängige 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 8. Dezember 1987 - [7 RA 25/86](#) -, in juris).

c) Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die Zeit vom 20. Oktober 2009 bis 30. November 2010 nach dem Anstellungsvertrag vom 4. April 1997 und ab 1. Dezember 2010 nach dem Dienstvertrag vom 26. November 2010 sowie jeweils nach auch noch nach dem Gesellschaftervertrag vom 24. Juni 2009 und dem Gesellschaftsbeschluss vom selben Tag. Der Gesellschaftsbeschluss und der Gesellschaftervertrag vom 20. August 2010 erbrachten nur eine Änderung mit Blick auf das Geschäftsjahr. Unter Zugrundelegung dessen überwogen und überwogen trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 2) als Geschäftsführer qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

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 seit Mai 2009 nicht mehr allein über das Stammkapital und seit Juni 2009 auch nicht über eine allgemeine Sperrminorität am Stammkapital der Beigeladenen zu 2). Seit Mai 2009 war die ICS mit EUR 50.000,00 am Stammkapital der Beigeladenen zu 2) beteiligt und verfügte damit über den gleichen Anteil am Stammkapital wie der Kläger. Im Juni 2009 wurde das Stammkapital der Beigeladenen zu 2) von EUR 100.000,00 um EUR 50.000,00 auf EUR 150.000,00 erhöht. Den weiteren Geschäftsanteil von EUR 50.000,00 übernahm die ICS, die damit mit 66,66 v.H. (entspricht EUR 100.000,00) einen wesentlich höheren Anteil am Stammkapital der Beigeladenen zu 2) als der Kläger hält, dessen Beteiligung am Stammkapital der Beigeladenen zu 2) sich nach Erhöhung des Stammkapitals und Übernahme des erhöhten Stammkapitals durch die ICS nur noch auf 33,33 v.H. (entspricht EUR 50.000,00) am Kapital der Beigeladenen zu 2) beläuft. Der Kläger hält damit seit Juni 2009 einen wesentlich geringeren Anteil am Stammkapital der Beigeladenen zu 2) als die ICS und kann Gesellschafterbeschlüsse, die nach § 7 des Gesellschaftsvertrags vom 24. Juni 2009 mit einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden müssen, bei weitem nicht

verhindern. Dies ergibt sich auch aus § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags vom 24. Juni 2009, wonach sich die Geschäftsführungsbefugnis nur auf Handlungen beschränkt, die nicht über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen. Für alle darüber hinausgehenden Geschäfte ist ein vorhergehender Gesellschafterbeschluss einzuholen. Dieser wird -im Streitfall - vom Mehrheitsgesellschafter der Beigeladenen zu 2) dominiert.

Zur Einstufung des Klägers als selbstständig Erwerbstätigem führt auch nicht die Tatsache, dass er über den 24. Juni 2009 hinaus seine Abberufung als Geschäftsführer verhindern kann, weil dafür weiterhin 75 v.H. der Stimmen erforderlich sind (§ 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vom 24. Juni 2009). Zum Einen ist fraglich, ob der Kläger seine Abberufung tatsächlich verhindern könnte. Denn ein Gesellschafter ist nach § 47 Abs. 4 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) regelmäßig dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn gegen ihn gesellschaftsrechtlich bedeutsame Maßnahmen ergriffen werden sollen und er - quasi als Richter in eigener Sache - dazu sein eigenes Verhalten beurteilen muss (Bundesgerichtshof [BGH], Urteil vom 27. April 2009 - [II ZR 167/07](#) -, in juris; Urteil des Senats vom 12. Februar 2014 - [L 4 R 2782/12](#) -, nicht veröffentlicht). Auch ist fraglich, ob ein derart qualifiziertes Mehrheitserfordernis überhaupt zulässig ist. Die Möglichkeit zur Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund ist den Gesellschaftern nämlich zwingend einzuräumen (Oberlandesgericht [OLG] Düsseldorf, Urteil vom 23. Februar 2012 - [I-6 U 135/10](#), [6 U 135/10](#) -, in juris). Zum Anderen steht dem Kläger aber eine dieser (negativen) "Verhinderungsmacht" entsprechende (positive) "Gestaltungsmacht" nicht zu. Er kann mit seinem Gesellschaftsanteil keine Beschlüsse durchsetzen und im Gegensatz zu der noch im Gesellschaftsvertrag vom 8. Mai 2009 geltenden Regelung (§ 6 des Gesellschaftsvertrags vom 8. Mai 2009) kann er ab 24. Juni 2009 auch nicht mehr die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers verhindern, weil hierfür nunmehr 66 v.H. der Stimmen reichen (§ 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vom 24. Juni 2009) (vgl. hierzu Landessozialgericht [LSG] Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 6. Mai 2010 - [L 16 KR 125/09](#) -; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Juni 2010 - [L 5 KR 5179/08](#) -; Bayerisches LSG, Urteil vom 23. Oktober 2012 - [L 5 R 767/10](#) -, alle in juris).

Etwas anderes lässt sich insoweit auch nicht auf § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags vom 9. Mai 2009 stützen. Hieraus ergibt sich kein Vetorecht des Klägers. Die Gesellschafterversammlung ist danach zwar nur beschlussfähig, wenn 100 v.H. des Stammkapitals anwesend oder vertreten sind. Nach § 7 Abs. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags vom 24. Juni 2009 ist, wenn die Versammlung nicht beschlussfähig ist, jedoch eine neue Gesellschafterversammlung mit derselben Tagesordnung mit einer Frist von einer Woche einzuberufen, die ohne Rücksicht auf die Höhe des anwesenden oder vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist. Spätestens nach einer Woche kann der Kläger somit Beschlüsse der Gesellschaft nicht mehr verhindern.

Auch wenn der Kläger über herausragendes Fachwissen verfügt und in der Vergangenheit alleiniger Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) war, hält er nunmehr aus gesellschaftsrechtlicher Sicht keinerlei Befugnisse mehr inne, die es ihm erlauben, die Geschicke der Beigeladenen zu 2) maßgeblich mitzulenken. Die Position des Klägers unterscheidet 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], Beschluss vom 5. Mai 2010 - [7 ABR 97/08](#) -, in juris). Wie weit die Lockerungen 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](#) -, in juris). Die Position des Klägers wird auch durch seinen Anstellungsvertrag vom 4. April 1997 und den ab 1. Dezember 2010 gültigen Dienstvertrag zum Ausdruck gebracht. Auch diese zeigen deutlich das Bild einer abhängigen Beschäftigung. In ihnen haben der Kläger und die Beigeladene zu 2) u.a. vereinbart, dass der Kläger verpflichtet sei, die satzungsgemäßen Aufgaben der Beigeladenen zu 2) zu erfüllen und enumerativ aufgezählte Geschäfte einwilligungsbedürftig sind. Nach dem Dienstvertrag vom 26. November 2010 ist ergänzend normiert, dass der Kläger alle Geschäfte der Beigeladenen zu 2) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach Maßgabe der einschlägigen Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und der Gesellschafterbeschlüsse durchzuführen hat. Weiterhin haben die Beigeladene zu 2) und der Kläger in den Verträgen ein festes Gehalt, im Vertrag vom 4. April 1997 auch eine Überstundenvergütung, eine zwei- bzw. dreimonatige Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und im Vertrag vom 26. November 2010 auch einen Urlaubsanspruch von 30 Tagen im Jahr vereinbart. Im Anstellungsvertrag vom 4. April 1997 fehlt zwar ein solcher Urlaubsanspruch, jedoch wurde dem Kläger ein 13. Gehalt als Urlaubsgeld zugesprochen. Darüber hinaus stellt die Beigeladene zu 2) dem Kläger nach den Verträgen einen Dienstwagen zur Verfügung und die Verträge enthalten jeweils eine Kündigungsmöglichkeit. Die Vereinbarungen im Anstellungsvertrag und im Dienstvertrag entsprechen damit nahezu vollständig jenen, die im Arbeitsleben für abhängige Beschäftigungsverhältnisse üblich sind.

Aus Sicht des Senats wurden diese gesellschaftsrechtlichen und dienstvertraglichen Verhältnisse auch tatsächlich gelebt. Dabei stellt der Senat nicht in Abrede, dass dem Kläger die überragende Gewichtung im Zusammenhang mit den zu treffenden fachlichen Fragen und Weichenstellungen zukommen mag. Allerdings kommt der ICS als Mehrheitsgesellschafter mit einem Anteil von 66,66 v.H. eine rechtlich überragende Stellung zu. Die Letztentscheidungsmöglichkeit in Bezug auf zu treffende finanzielle Dispositionen liegt damit gerade nicht beim Kläger. Dies wird auch aus den Angaben des Klägers im Erörterungstermin der Berichterstatterin gegenüber deutlich, wo er klargestellt hat, dass für den Fall, dass eine Investition von Seiten der ICS nicht für möglich erachtet wird, die Investition auf das nächste Jahr zu verschieben sei.

Dass der Kläger auf Grund seines überragenden Fachwissens und der Tatsache, dass er früher Alleingesellschafter war, die Beigeladene zu 2) auch über den 20. Oktober 2009 hinaus möglicherweise selbstständig leitete und leitet, ohne an Weisungen gebunden zu sein, führt nicht zu einer anderen Beurteilung der Gesamtverantwortlichkeit in der Beigeladenen zu 2). Es handelt sich hierbei 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 und langjährige Geschäftsbeziehungen zwischen dem Kläger und der ICS gekennzeichnet war und ist. Auch dies führt aus Sicht des Senats nicht zu einer Verschiebung im Firmengefüge, wie es im Gesellschafts- und Anstellungs- bzw. Dienstvertrag eingerichtet ist. Dafür nämlich, dass der Kläger die Geschäfte der Beigeladenen zu 2) wie ein Alleingesellschafter nach eigenem Gutdünken führt, bestehen aus Sicht des Senats gerade keinerlei Anhaltspunkte. Dies wird auch durch die Angabe des Klägers deutlich, geschäftliche Angelegenheiten würden mit der ICS abgestimmt, der Zeuge Brand begleite ihn ab und zu bei großen Vorträgen und dass finanzielle Investitionen bei Nichteinverständnis der ICS

letztlich verschoben werden müssen.

Der Kläger trägt in seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 2) auch kein unternehmerisches Risiko, was nach Rechtsprechung des erkennenden Senats ein besonders gewichtiges Entscheidungskriterium darstellt (z.B. Urteil des Senats vom 19. April 2013 - [L 4 R 2078/11](#) -, in juris, zuletzt Urteil des Senats vom 11. April 2014 - [L 4 R 3776/12](#) -, nicht veröffentlicht). Ihm steht sowohl nach dem Anstellungs- als auch dem Dienstvertrag ein Fixgehalt in einer Höhe zu, die seinen Lebensunterhalt unter allen Umständen sichern kann. Auch in einer Krisensituation hätte der Kläger Anspruch auf Fortzahlung seiner Bezüge. Beide Verträge enthalten keine Klauseln, nach denen der Kläger in seiner Position verpflichtet wäre, im Falle einer wirtschaftlichen Krise Kapital in die Beigeladene zu 2) zu schießen oder auf Teile seiner erfolgsunabhängigen Grundvergütung zu verzichten. Auch in seiner Rolle als Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) trifft den Kläger kein signifikantes unternehmerisches Risiko. Der Gesellschaftsvertrag vom 24. Juni 2009 enthält ebenfalls keine Klauseln über eine Nachschusspflicht der Gesellschafter. Angesichts seines Anteils am Stammkapital von 33,33 v.H. (EUR 50.000,00) ist 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.

Ein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko ergibt auch nicht daraus, dass der Kläger eine Bürgschaft erteilt hat (vgl. BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) -, in juris). Abgesehen davon, dass im Anstellungsvertrag vom 4. April 1997 dem Kläger mit Blick auf die gewährten Bürgschaften eine Vergütung zustand, ist das mit der Übernahme der Bürgschaften eingegangene Risiko der Haftung mit dem privaten Vermögen 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 abhängig Beschäftigter nicht unüblich. Eine Unternehmerstellung wird allein hierdurch nicht begründet. Zwar mag der Kläger seine persönliche wirtschaftliche Situation möglicherweise ganz erheblich auch an den wirtschaftlichen Fortbestand der Beigeladenen zu 2) 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. Im Übrigen verwundert es, dass der Kläger, wenn er in der Lage ist, für die Beigeladene zu 2) noch am 9. Dezember 2010 zu bürgen (Bürgschaft gegenüber der Kreissparkasse Heilbronn), sein Vermögen nicht für den Erwerb weiterer Gesellschaftsanteile verwendete. Dies zeigt, dass eine höhere Beteiligung des Klägers zumindest zu diesem Zeitpunkt nicht gewollt war (vgl. Urteil des Senats vom 21. Oktober 2011 - [L 4 R 5166/08](#) -, in juris).

Dass dem Kläger nach dem Anstellungs- und Dienstvertrag Tantiemen zugesprochen wurden, 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 Tantieme-Zahlung als feste Einnahme kann und konnte der Kläger nicht vertrauen. Maßgeblich war und ist der feste Grundlohn. Im Übrigen wurde seit dem Jahr 2009 keine Tantieme gewährt.

Auch die Gehaltszahlungen an den Kläger werden nach Angabe des Klägers im Feststellungsbogen vom 29. September 2010 als Lohn/Gehalt und Betriebsausgabe verbucht. Dies ist ebenfalls typisch für ein Beschäftigungsverhältnis.

Für ein Beschäftigungsverhältnis spricht des Weiteren, dass der Kläger im Verhältnis zu den Gesellschaftern nach § 6 Abs. 3 Gesellschaftsvertrag vom 24. Juni 2009 unter anderem an die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gebunden war und ist. Nach § 8 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag hat er den Jahresabschluss und den Lagebericht innerhalb der gesetzlichen Fristen aufzustellen und der Gesellschafterversammlung unverzüglich zum Zwecke der Feststellung vorzulegen. Die Gesellschafterversammlung stellt den Jahresabschluss fest und beschließt die Gewinnverwendung. Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Kläger als Gesellschafter Mitglied der Gesellschafterversammlung ist. Auf Grund seines Gesellschaftsanteils kann und konnte er - wie dargelegt - mit Ausnahme seiner eigenen Abberufung als Geschäftsführer, die nach dem Gesellschaftsvertrag vom 24. Juni 2009 der Mehrheit von 75 v.H. aller Stimmen bedarf, Beschlüsse weder durchsetzen noch verhindern.

Für eine selbstständige Tätigkeit sprach und spricht auch nicht der Umstand, dass der Kläger über den 20. Oktober 2009 hinaus vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit ist, denn die ICS hat dem Kläger in seiner Tätigkeit letztlich nicht völlig freie Hand gelassen. Dies ergibt sich für den Senat insbesondere daraus, dass der Kläger nach dem Anstellungsvertrag vom 4. April 1997 an die satzungsmäßigen Aufgaben der Gesellschaft (§ 1) und nach dem Dienstvertrag vom 26. November 2010 an die gesetzlichen Bestimmungen, an Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sowie an den Gesellschaftervertrag gebunden ist (§ 2). Auch aus dem Gesellschaftsvertrag vom 24. Juni 2009 ergibt sich eine entsprechende Bindung (§ 6). Im Übrigen hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit oder Weisungsfreiheit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Insbesondere bei hoch qualifizierten Tätigkeiten ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis eingeschränkt. Hierzu gehört, die Tätigkeit des Klägers, der in der Vergangenheit die Beigeladene zu 2) allein geleitet hat, bei der Führung der Beigeladenen zu 2). 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.

Der Kläger unterliegt als Geschäftsführer auch einem Wettbewerbsverbot. Nach dem Anstellungsvertrag vom 4. April 1997 verpflichtete er sich, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsvertrags in dem Landkreis, in welchem die Beigeladene zu 2) ihren Sitz hat, nicht für ein Unternehmen, das mit der Beigeladenen zu 2) in Konkurrenz steht, tätig zu sein (§ 8). Nach dem Dienstvertrag vom 26. November 2010 bedarf die Übernahme einer Nebentätigkeit bzw. Beteiligung an anderen Unternehmen der vorherigen Zustimmung der Gesellschaftsversammlung (§ 8).

Der Kläger ist auch nicht aufgrund alleiniger bei ihm vorhandener Fachkenntnisse und der Tatsache, dass er die Beigeladene zu 2) mitgegründet und lange Jahre allein geführt hat, als selbstständig Erwerbstätiger anzusehen. Zu beachten ist insoweit, dass neben dem Kläger weitere Programmierer in der Firma tätig sind, die wie der Kläger Einblick in die fachliche Struktur haben, weshalb der Kläger nicht gänzlich unersetzbar ist. Außerdem ergänzen sich die Produkte der ICS und der Beigeladenen zu 2). Beide Firmen sind nach den Angaben des Klägers im Erörterungstermin vom 24. September 2013 auf dem Gebiet der Logistik tätig, die ICS in der eigentlichen Lagerlogistik, die Beigeladene zu 2) beschäftigt sich mit der außerhalb des Lagers stattfindenden Logistik. Die ICS übernimmt zumindest teilweise auch den Vertrieb der Produkte der Beigeladenen zu 2). Der Zeuge Brand tritt teilweise auch gemeinsam mit dem Kläger bei Vorträgen auf. Besonders ins Gewicht fällt insoweit auch, dass der Kläger auf das finanzielle Engagement der ICS angewiesen ist und diese deshalb einen großen

Einfluss ausübt. Dass nicht nur der Kläger über Fachwissen im Bereich der Programmierung der Software verfügt, sondern auch die weiteren Programmierer unterscheidet den Rechtsstreit auch von der Konstellation, die dem Urteil des 11. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 26. Juni 2012 - [L 11 KR 2769/11](#) -; in juris zugrunde lag. Dort hatte allein der Kläger das ganz spezielle Fachwissen mit Blick auf den Im- und Export von Hölzern für die Herstellung von Furnieren.

d) Die Feststellung, dass der Beigeladene zu 1) abhängig beschäftigt und in der Renten- und Arbeitslosenversicherung und bis 31. Dezember 2010 auch in der Kranken- und Pflegeversicherung pflichtversichert ist, steht nicht im Widerspruch zu Feststellungen aus der Betriebsprüfung im Jahr 2013 den Prüfzeitraum vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2012 betreffend. Ausweislich des Bescheids vom 15. März 2013 war der sozialversicherungsrechtliche Status des Klägers nicht Gegenstand der Prüfung und diesbezüglich wurden in dem Betriebsprüfungsbescheid keine Feststellungen getroffen. Beschäftigte können aus den Ergebnissen früherer Prüfungen nur Rechte herleiten, wenn bei der Betriebsprüfung Versicherungspflicht und Beitragshöhe personenbezogen für bestimmte Zeiträume durch gesonderten Verwaltungsakt festgestellt worden sind (BSG, Urteil vom 29. Juli 2003 - [B 12 AL 1/02 R](#) -; in juris; Kasseler Kommentar-Werhahn, Stand 1. Dezember 2012, [§ 28p SGB IV](#) Rdnr. 6a). Die Tatsache, dass keine Beanstandung bezüglich der Einordnung der Tätigkeit des Klägers erfolgte, genügt nicht. Die Prüfbehörden sind bei Arbeitgeberprüfungen nach [§ 28p SGB IV](#) selbst in kleinen Betrieben zu einer vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen Verhältnisse aller Versicherten nicht verpflichtet. Betriebsprüfungen haben unmittelbar im Interesse der Versicherungsträger und mittelbar im Interesse der Versicherten den Zweck, die Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu sichern. Sie sollen einerseits Beitragsausfälle verhindern helfen, andererseits die Versicherungsträger in der Rentenversicherung davor bewahren, dass aus der Annahme von Beiträgen für nicht versicherungspflichtige Personen Leistungsansprüche entstehen. Eine über diese Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung kommt den Betriebsprüfungen nicht zu. Sie bezwecken insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder ihm "Entlastung" zu erteilen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben jedoch das Recht, in Zweifelsfällen nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) rechtzeitig eine Entscheidung der Einzugsstelle durch Verwaltungsakt herbeizuführen, an den die Versicherungsträger gebunden sind. Bei unterbliebenen Beanstandungen in Beitragsnachforderungsfällen besteht keine Vertrauensgrundlage für den Arbeitgeber (und den Arbeitnehmer) oder kein vertrauensbegründendes (Verwirkungs-)Verhalten des prüfenden Versicherungsträgers (zum Ganzen: BSG, Urteile vom 14. Juli 2004 [B 12 KR 1/04 R](#) - und 30. Oktober 2013 - [B 12 AL 2/11 R](#) -, beide in juris). Soweit der zuständige Rentenversicherungsträger bei einer vorangegangenen Arbeitgeberprüfung einen bestimmten Sachverhalt (z.B. die Tätigkeit eines bestimmten Versicherten) nicht ausdrücklich überprüfte, enthält deshalb ein zu dieser Arbeitgeberprüfung ergangener Bescheid keine Regelung und deshalb auch keine begünstigende Regelung dahin, dass alle nicht im einzelnen geprüften Sachverhalte den rechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags entsprechen. Deshalb bedarf es bei einer Nachforderung für einen von der vorangegangenen Prüfung umfassten Zeitraum auch keiner Aufhebung des vorangegangenen Prüfbescheids nach [§§ 45](#) oder [48](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - SGB X - (Urteil des erkennenden Senats vom 11. April 2014 [L 4 R 3776/12](#) -; nicht veröffentlicht; Hessisches LSG, Beschluss vom 23. April 2012 - [L 1 KR 95/12 B ER](#) - und LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10. Mai 2012 - [L 8 R 164/12 B ER](#) -; beide in juris; a.A. Bayerisches LSG, Urteil vom 8. Oktober 2013 - [L 5 R 554/13](#) -; in juris, Revision anhängig beim BSG - [B 12 R 4/14 R](#) -). Dasselbe gilt auch für eine Feststellung nach [§ 28h SGB IV](#).

e) Die Beklagte hat die Feststellung der Versicherungspflicht für die Kranken- und Pflegeversicherung zu Recht auf die Zeit vom 20. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 begrenzt. Der Kläger ist auf Grund seiner monatlichen Bezüge in Höhe von EUR 6.000,00 ab 1. Dezember 2010 und der daraus folgenden Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze in Höhe von EUR 49.500,00 ab 1. Januar 2011 nach [§ 6 SGB V](#) versicherungsfrei. Er unterliegt seit 1. Januar 2011 nicht der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung. Damit besteht ab diesem Zeitpunkt auch keine Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung auf Grund versicherungspflichtiger Beschäftigung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#). Für die Zeit vom 20. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 stand, obwohl der Kläger auch schon ab 20. Oktober 2009 die Jahresarbeitsentgeltgrenze aufgrund seiner monatlichen Einkünfte von EUR 6.500,00 überschritt, die Regelung über die Versicherungsfreiheit in [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) mit seinem vom 2. Februar 2007 bis 30. Dezember 2010 geltenden Erfordernis eines dreijährigen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze der Befreiung entgegen. Die durch das GKV-WSG vom 26. März 2007 in [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) eingefügte "Wartefrist", nach der abhängig Beschäftigte mit einem Einkommen über der jeweils für sie geltenden Jahresarbeitsentgeltgrenze erst nach drei Kalenderjahren mit einem solchen Einkommen versicherungsfrei werden, gilt auch für solche Versicherten, die vor Aufnahme ihrer Beschäftigung selbstständig tätig waren und die bereits privat krankenversichert sind, unabhängig davon, wie hoch ihr Arbeitseinkommen als Selbstständiger war. Auch auf die Besitzstandsregelung in [§ 6 Abs. 9 SGB V](#) kann sich ein Versicherter nicht berufen, der - wie der Kläger - am Stichtag (2. Februar 2007) selbstständig war (so Urteil des erkennenden Senats vom 12. Februar 2010 - [L 4 KR 1420/09](#) - und nachfolgend BSG, Urteil vom 27. Juni 2012 - [B 12 KR 6/10 R](#) -; beide in juris). Damit bestand in diesem Zeitraum auch Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#).

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

5. Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-07-30