

L 11 R 4543/13

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 10 R 3726/12
Datum
06.09.2013
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 4543/13
Datum
22.07.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Ebenso wie beim unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff kommt es für die Frage, ob das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers einer GmbH eine abhängige sozialversicherungspflichtige Beschäftigung darstellt, maßgeblich darauf an, welche Aufgaben und Befugnisse der Geschäftsführer hat, ob und in welchem Maße er der Kontrolle und den Weisungen durch andere Gesellschaftsorgane unterliegt (vgl. EuGH 11.11.2010, [C-232/09](#), Dita Danosa, NZA 2011,143).

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 06.09.2013 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger zu 1) seine Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2) sozialversicherungspflichtig ausübt.

Die Klägerin zu 2) wurde durch notariellen Vertrag vom 18.12.1995 mit einem Stammkapital von 50.000,- EUR gegründet. Ab 04.03.2005 war der Kläger zu 1) an der Klägerin zu 2) zu 50 % beteiligt. Weiterer Gesellschafter war Herr M. L. mit einer Beteiligung von ebenfalls 50 %. Der Kläger zu 1) und Herr L. waren daneben zu jeweils 50 % Gesellschafter der Firma EDV-Büro Sch. GmbH. Während Herr L. alleiniger Geschäftsführer der G. GmbH war, war der Kläger zu 1) alleiniger Geschäftsführer der Firma EDV-Büro Sch. GmbH.

Mit Verschmelzungsvertrag vom 12.02.2010 wurden die Gesellschaften auf die Klägerin zu 2) verschmolzen. Die Gesellschafter der Firma EDV-Büro Sch. GmbH haben dabei ihre Gesellschaftsanteile in die Klägerin zu 2) eingebracht. An den Beteiligungsverhältnissen hat sich hierdurch nichts geändert. Beide Gesellschafter hielten weiterhin eine Beteiligung von jeweils 50 %.

Im Juli 2011 veräußerten die Gesellschafter ihre Anteile an die Firma A. IT S. AG. Ein Teil des Verkaufspreises der Gesellschaftsanteile des Klägers zu 1) wurde dabei an den zukünftigen Erfolg der Gesellschaft gebunden (Earn-out-Klausel).

Nach dem Vortrag der Kläger war vereinbart, dass aufgrund der Verschmelzung auch der Kläger zu 1) förmlich zum Geschäftsführer der Klägerin zu 2) bestellt wird. Dies unterblieb allerdings zunächst. Die Bestellung erfolgte erst am 05.08.2011 zur Eintragung im Handelsregister. Der Bestellung des Klägers zu 1) zum Geschäftsführer lag dabei der Geschäftsführervertrag vom 02.08.2011 zugrunde. Auszugsweise lautet der Vertrag wie folgt:

1. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis 1.1 Dem Geschäftsführer obliegt - sofern er allein bestellt ist - die gesamte Führung der Geschäfte der Gesellschaft. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so führen diese gemeinsam die Geschäfte der Gesellschaft. 1.2 Der Geschäftsführer führt die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages der jeweiligen Gesellschaft, einer etwaigen Geschäftsordnung sowie dieses Dienstvertrages. Er wird Weisungen und Richtlinien der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft Folge leisten. 1.3 Die Gesellschafterversammlung der Gesellschaft ist befugt, ein oder mehrere weitere Geschäftsführer zu berufen und ihnen - und dabei zugleich dem Geschäftsführer - im Innenverhältnis bestimmte Geschäftsführungsbereiche zur

verantwortlichen Leitung zuzuweisen. Dazu wird sie vorab den Geschäftsführer anhören. Die Gesellschafterversammlung ist weiterhin befugt nach vorheriger Abstimmung mit dem Geschäftsführer einen oder mehreren Prokuristen zu berufen. 1.4 Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft gemäß den Vorschriften des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft. Entsprechend der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Möglichkeit ist der Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafterversammlung generell zur Einzelvertretung berechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. 2. Pflichten und Verantwortlichkeit, Dienstsitz 2.1 Der Geschäftsführer hat die Geschäfte der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen und die ihm nach Gesetz, Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung sowie diesem Vertrag obliegenden Pflichten gewissenhaft zu erfüllen. 2.2 Der Geschäftsführer nimmt gegenüber den Mitarbeitern der Gesellschaft die Rechten und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne des arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahr. 2.3 () 2.4 Der Gesellschafter wird - gegebenenfalls auf Anfrage - mit der Gesellschafterversammlung und der Gesellschafterin jederzeit engen Kontakt halten und sich mit ihr auch über den Katalog der zustimmungspflichtigen Maßnahme in der Geschäftsordnung hinaus regelmäßig abstimmen. 2.5 Dienstsitz ist für den Geschäftsführer der Sitz der Gesellschaft. 3. Arbeitszeit und Nebentätigkeit 3.1 Der Geschäftsführer hat nach Maßgabe der nachfolgenden Ziffer 3.2 seine volle Arbeitskraft sowie sein ganzes Wissen und Können in die Dienste der Gesellschaft zu stellen. Er ist in der Bestimmung seiner Arbeitszeit frei, hat jedoch jederzeit, soweit dies das Wohl der Gesellschaft erfordert, zu ihrer Verfügung zu stehen und ihre Interessen wahrzunehmen. 3.2 Dem Geschäftsführer ist während der Dauer dieses Vertrages jede entgeltliche oder unentgeltliche Nebentätigkeit für sich oder Dritte untersagt, der die Gesellschafterversammlung nicht zugestimmt hat. Die zur Übernahme einer Nebentätigkeit erteilte Zustimmung ist jederzeit widerruflich, wobei im Falle eines Widerrufs etwaige Fristvorschriften für die Beendigung der übernommenen Nebentätigkeit berücksichtigt werden. () 4. Vergütung, Tantieme, Auslagen 4.1 Für seine Tätigkeit erhält der Geschäftsführer eine feste Jahresvergütung in Höhe von 140.000,- EUR, die in 12 monatlichen Raten jeweils zum Monatsende unter Einbehaltung der gesetzlichen Abzüge auf ein vom Geschäftsführer zu benennendes Bankkonto überwiesen wird. 4.2 Der Geschäftsführer erhält ferner nachträglich einmal pro Jahr eine erfolgsabhängige Vergütung. Diese ist jeweils sechs Wochen nach Feststellung des Jahresabschlusses der Gesellschaft für das betreffende Geschäftsjahr fällig. () 5. Vergütung bei Dienstverhinderung und Tod 5.1 Der Geschäftsführer wird Erkrankungen und deren voraussichtliche Dauer der Gesellschaft unverzüglich mitteilen und bei einer Erkrankung von mehr als zwei Arbeitstagen ein ärztliches Attest vorlegen. 5.2 Im Falle der Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Dienstverhinderung des Geschäftsführers werden die vertragsgemäßen Leistungen gemäß Ziffer 4 für die Dauer von drei Monaten unter Anrechnung der von der Krankenversicherung geleisteten Krankengeldzahlungen fortgezahlt. () 6. Urlaub 6.1 Dem Geschäftsführer steht jährlich ein Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen zu. ()

Mit Schreiben vom 31.08.2011, welches bei der Beklagten am 16.09.2011 einging, beantragte der Kläger zu 1) die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status und legte den Kaufvertrag sowie den Geschäftsführeranstellungsvertrag vor.

Am 12.12.2011 hörte die Beklagte die Kläger zu der beabsichtigten Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status an. Nach erfolgter Prüfung sei von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen, weshalb beabsichtigt sei, Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festzustellen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass kein maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft mehr bestünde, unangenehme Entscheidungen könnten nicht beeinflusst werden, es bestehe ein gesonderter Anstellungsvertrag, der die mitarbeitende Gesellschaft regle und für die Geschäftsführertätigkeit werde ein festes Monatsgehalt geschuldet. Weiterhin bestehe Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub. Für eine Selbständigkeit spreche hingegen lediglich die erfolgsabhängige Tantiemenzahlung.

Zu der Anhörung nahmen die Kläger dahingehend Stellung, dass zu berücksichtigen sei, dass das Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) abgedungen worden sei. Auch das Bestehen besonderer Branchenkenntnisse sowie ein bestehendes unternehmerisches Risiko sei zu berücksichtigen. Letzteres ergebe sich aus einem variablen Kaufpreisanteil, dessen Höhe sich nach den erreichten Ergebnissen vor Steuern und Zinsen in den Jahren 2011 bis 2013 richte. Damit entspreche die Tätigkeit weitgehend der Situation eines Gesellschafter-Geschäftsführers. Darüber hinaus wurde eine Zustimmungserklärung zu einem späteren Beginn der Versicherungspflicht des Klägers zu 1) vorgelegt.

Mit zwei Bescheiden vom 10.01.2012 stellte die Beklagte eine Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ab dem 13.01.2012 fest und legte ergänzend dar, dass aufgrund einer fehlenden Beteiligung am Stammkapital kein maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft mehr genommen und unangenehme Entscheidungen nicht verhindert werden könnten. Es bestehe ein gesonderter Anstellungsvertrag, der die Mitarbeit in der Gesellschaft regle. Weiter erhalte der Kläger zu 1) für seine Geschäftsführertätigkeit ein festes Monatsgehalt. Eine Kürzung bzw der Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage müsse nicht befürchtet werden. Im Krankheitsfall bestehe ein Gehaltsanspruch für drei Monate und ein Anspruch auf 30 Tage bezahlten Urlaub. Für eine selbständige Tätigkeit spreche lediglich eine erfolgsabhängige Tantiemenzahlung und der Umstand, dass der Kläger zu 1) alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit sei. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der variablen Kaufpreisgestaltung.

Gegen die Bescheide erhoben die Kläger am 07.02.2012 Widerspruch, den sie damit begründeten, dass bei Gesamtwürdigung die Merkmale für eine selbständige Tätigkeit überwiegen würden. Es müsse insbesondere die Gründungs- und Entstehungsgeschichte der Klägerin zu 2) berücksichtigt werden. Der Kläger zu 1) sei zusammen mit Herrn L. Kopf und Seele des Unternehmens, der Erfolg desselben hänge von diesen ab. Letztlich ergebe sich die Selbständigkeit auch aus der Earn-out-Klausel im Kaufvertrag und dem somit bestehenden variablen Kaufpreisanteil.

Mit den Widerspruchsbescheiden vom 02.11.2012 wies die Beklagte die Widersprüche der Kläger zurück und führte zur Begründung aus, dass bei einem Fremdgeschäftsführer in der Regel ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis angenommen werde. Ausnahmsweise könne in Fällen einer Familien-GmbH oder Gesellschaften, in denen familienhafte Bindungen bestünden, die Verhältnisse dafür sprechen, dass keine abhängige Beschäftigung vorliege. Sowohl die Gewährung von bezahltem Urlaub wie auch der Lohnfortzahlung sprächen für eine abhängige Beschäftigung. Nachdem eine Vergütung von 140.000,- EUR gezahlt werde, liege auch kein Verlustrisiko und damit kein unternehmerisches Risiko vor.

Gegen die Widerspruchsbescheide haben die Kläger am 26.11.2012 Klage zum Sozialgericht Ulm (SG) erhoben. Sie haben ergänzend zum Vortrag im Widerspruchsverfahren geltend gemacht, dass nach den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes eine unmittelbare Einflussnahme des Klägers zu 1) auf die Entscheidungen der Klägerin zu 2) zwar rechtlich nicht (mehr) möglich sei. Sie ergebe sich jedoch faktisch daraus,

dass der Kläger zu 1) über das erforderliche Know-how verfüge, die Gesellschaft technisch und kaufmännisch zu führen. Die Inhaberin der Gesellschaftsanteile, die Firma A. IT S. AG, sei im Geschäftsbetrieb der Klägerin zu 2) selbst nie tätig gewesen. Sie habe durch den Erwerb der Anteile nur ein ertragreiches Unternehmen hinzuerworben. Bei einem Ausfall des Klägers zu 1) könne die Gesellschaft eigentlich nur liquidiert werden, da das Geschäftsmodell der Klägerin zu 2) nicht nur von dem Kläger zu 1) entwickelt, sondern auch so speziell sei, dass Dritte diese Tätigkeit nicht fortsetzen könnten. Es bestehe somit von Seiten der Klägerin zu 2) faktisch der Zwang, den Vorschlägen des Klägers zu 1) Folge zu leisten.

Mit Urteil vom 06.09.2013 hat das SG die Klage abgewiesen. Bei Geschäftsführern, die am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt seien, komme es für die Abhängigkeit auf den Umfang der Beteiligung und das Ausmaß der sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft an. Bei nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Geschäftsführern liege regelmäßig eine abhängige Beschäftigung vor, da auf Gesellschafterbeschlüsse kein Einfluss genommen und insbesondere die eigene Abberufung oder Entlassung nicht verhindert werden könne. Da der Kläger zu 1) keine Anteile an der Gesellschaft mehr halte, stehe ihm keine Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft zu und er könne insbesondere seine Abberufung und Entlassung nicht verhindern. Auch aus der vereinbarten Earn-out-Klausel ergebe sich keine andere Rechtslage. Dies gelte auch für die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#). So beinhalte der Gesellschaftsvertrag zahlreiche Regelungen, die für abhängige Beschäftigungen typisch seien. Hierzu zählten insbesondere die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, der Urlaubsanspruch von 30 Kalendertagen jährlich sowie ein monatliches Fixgehalt. Die Höhe des Kaufpreises sei zwar ebenso wie die Tantieme an den wirtschaftlichen Erfolg der Firma gekoppelt, am erfolgsunabhängigen Fixgehalt ändere sich jedoch nichts. Da der Kläger zu 1) auch keine sonstigen finanziellen Pflichten, wie beispielsweise Nachschusspflichten, treffe, bestehe lediglich ein Lohnausfallrisiko, wie bei jedem abhängigen Beschäftigten auch.

Das Urteil wurde dem Klägervertreter am 19.09.2013 gegen Empfangsbekenntnis zugestellt.

Hiergegen richtet sich die am 18.10.2013 zum Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingelegte Berufung. Zur Begründung wird erneut vorgetragen, dass der Kläger zu 1) zusammen mit Herrn L. der "Know-how-Träger" des Unternehmens sei, das damit ohne die beiden Geschäftsführer nicht fortgeführt werden könne, so dass es der Kläger zu 1) zumindest faktisch in der Hand habe, Gesellschafterbeschlüsse gegen ihn zu vermeiden. Die wirtschaftliche Situation des Klägers zu 2) sei im Übrigen mit der wirtschaftlichen Situation eines Allein-Gesellschafters einer GmbH vergleichbar. Das wirtschaftliche Risiko des Klägers zu 1) sei darin zu sehen, dass dieser Gefahr laufe, einen vertraglich bereits vereinbarten Kaufpreis wieder zu verlieren, wenn die Gesellschaft nicht den angestrebten Erfolg erreiche. Der Kläger zu 1) trage daher nicht nur ein Lohnausfallrisiko in Form der vereinbarten Festvergütung und der vereinbarten Tantiemen. Er sei darüber hinaus unmittelbar am Unternehmenserfolg beteiligt und laufe Gefahr, die bereits verbindlich vereinbarte weitere Kaufpreissrate zu verlieren, wenn der Erfolg des Unternehmens nicht die hierfür vorausgesetzte Größenordnung erreiche.

Die Kläger beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 06.09.2013 und die Bescheide der Beklagten vom 10.01.2012 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 02.11.2012 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger zu 1) in seiner Tätigkeit bei der Klägerin zu 2) nicht versicherungspflichtig in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Akte des Senats sowie die beigezogene Akte des SG sowie die beigezogenen Akten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet mit Einverständnis der Beteiligten gemäß [§§ 153 Abs 1, 124 Abs 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung.

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Kläger ist statthaft und zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Die Beklagte hat zutreffend in ihren Bescheiden vom 10.01.2012 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 02.11.2012 eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung angenommen.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Sie sind nach erfolgter Anhörung der Beteiligten ergangen, zudem hat die Beklagte die Anforderungen erfüllt, die das Bundessozialgericht (BSG) an eine Statusfeststellung gestellt hat. Danach genügt nicht die losgelöste Entscheidung über das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, sondern es ist ebenso eine Feststellung zum Vorliegen einer Versicherungspflicht zu treffen (BSG 11.03.2009, [B 12 R 11/07 R](#), [BSGE 103, 17](#) = [SozR 4-2400 § 7a Nr 1](#) mit Anmerkung von Plagemann, [EWiR 2009, 689](#); 04.06.2009, [B 12 R 6/08](#), juris; hierzu auch ausführlich Mehrtens, [SGB 2010, 271](#)).

Nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hat im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Diese entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in den Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Abs 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1). Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 ([BGBl 2000 I, S 2](#)) eingeführten Anfrageverfahren sollte eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen gegenteilige Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drucks 14/1855, S 6](#)).

Einen entsprechenden Antrag auf Statusfeststellung hat der Kläger zu 1) mit Schreiben vom 31.08.2011, welches bei der Beklagten am

16.09.2011 einging, gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch ein anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Materiell sind die Bescheide ebenfalls nicht zu beanstanden, denn die Beklagte hat zu Recht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch [SGB VI], [§ 25 Abs 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]). Nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei eine in 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 selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen BSG 29.08.2012, B [12 R 25/10 R](#), [BSGE 111,257](#) mwN).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder es sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Ein im Widerspruch zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vergleiche hierzu insgesamt BSG, [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#) Rdnr 17, 25.01.2006, [B 12 KR 30/04 R](#); 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#)).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Die Versicherungspflicht eines Geschäftsführers einer GmbH, der zugleich deren Gesellschafter ist, hängt davon ab, ob wegen seiner Kapitalbeteiligung noch ein Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit vorliegt. Hat ein Gesellschafter aufgrund seiner Kapitalbeteiligung einen so maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschaft, dass er jedem ihm nicht genehmen Beschluss verhindern kann, so kann es an der versicherungspflichtigen Beschäftigung wesentlich gekennzeichneten persönlichen Abhängigkeit fehlen (vgl BSG 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#)). Im Fall des Geschäftsführers ist von einem solchen Fall auszugehen, wenn der Geschäftsführer Mehrheitsgesellschafter ist, er also über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft oder mehr verfügt ([BSGE 23, 83](#), 84) und zwar auch dann, wenn er von der ihm zustehenden Rechtsmacht tatsächlich keinen Gebrauch macht und die Entscheidung anderen überlässt (BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr 5](#) und 8). Unter Umständen kann auch schon ein geringerer Kapitalanteil genügen, insbesondere wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügt, die sich unter anderem darauf erstreckt, nicht genehme Weisungen gerade hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Art der Tätigkeit zu verhindern (vgl BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr 8](#); [SozR 3-4100 § 68 Nr 8](#)).

Im vorliegenden Fall verfügt der Kläger zu 1) im streitigen Zeitraum ab dem 13.01.2012 weder über die Mehrheit in der Gesellschaftsversammlung noch war er im Besitz einer Sperrminorität, nachdem sämtliche Gesellschaftsanteile an die Firma A. IT S. AG übertragen worden waren. Er war daher im Hinblick auf die Beteiligung in der Gesellschaft nicht in der Lage, nicht genehme Weisungen zu verhindern. Unerheblich ist dabei, ob tatsächlich Weisungen erfolgt sind. Ausreichend ist vielmehr nach den obigen Ausführungen die bestehende Rechtsmacht. Ebenso wie beim unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG (hierzu EuGH 11.11.2010, [C-232/09](#), Dita Danosa, [NZA 2011, 143](#)) und im Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG (25.10.2007, [6 AZR 1045/06](#), [NZA 2008, 168](#)) kommt es für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung maßgeblich darauf an, welche Aufgaben und Befugnisse der Geschäftsführer einer GmbH hat, ob und in welchem Maße er der Kontrolle und den Weisungen durch andere Gesellschaftsorgane unterliegt. Relevant ist insbesondere die Abberufbarkeit des Geschäftsführers (Schaupp ZESAR 2013, 5; Fischer NJW 2011, 2329).

Zwar kann kein Umkehrschluss gezogen werden, dass mangels eines durch Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft zwangsläufig ein Abhängigkeitsverhältnis des Geschäftsführers anzunehmen ist ([BSGE 13, 196](#), 200). In solchen Fällen ist das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen wesentlich davon abhängig, ob der Geschäftsführer nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit einem in seiner persönlichen Abhängigkeit begründeten Weisungsrecht der GmbH unterliegt. Denn auch wenn der Geschäftsführer über keine Mehrheit im Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfügt, kann eine abhängige Beschäftigung unter Umständen ausgeschlossen sein, wenn ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestattet, nicht genehme Weisungen der genannten Art zu verhindern (vgl BSG [SozR 2100 § 7 Nr 7](#)). Dies kann zB der Fall sein, wenn er auch als externer (angestellter) Geschäftsführer einer GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschaft persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig ist (BSG 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#)). Von dieser - überwiegend zu Leistungsansprüchen des Arbeitsförderungs- und Unfallversicherungsrechts ergangenen Rechtsprechung - hat sich der für das Beitragsrecht zuständige 12. Senat des BSG freilich inzwischen abgegrenzt (BSG 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2021 - 182 = juris).

Gemessen an diesen Maßstäben war der Kläger zu 1) mit seiner Bestellung zum Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2) in der streitigen Zeit ab dem 13.01.2012 abhängig beschäftigt. Zwar sprechen einige Indizien für eine selbständige Beschäftigung des Klägers zu 1). Diejenigen Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, überwiegen jedoch.

Prüfungsmaßstab sind die im Anstellungsvertrag zur Rechtsstellung des Klägers zu 1) getroffenen Regelungen. Die vertraglichen

Vereinbarungen im Anstellungsvertrag zur regelmäßigen monatlichen Vergütung, zur Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall und zum Anspruch auf Urlaub sprechen für eine abhängige Tätigkeit des Klägers zu 1). Auch die Tatsache, dass der Kläger zu 1) gemäß Ziffer 1.2 des Geschäftsführeranstellungsvertrags neben der Bindung an Gesetz, Gesellschaftsvertrag und Geschäftsordnung verpflichtet ist, Weisungen und Richtlinien der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft Folge zu leisten, spricht für eine abhängige Beschäftigung. Insoweit ist gemäß Ziffer 1.3 die Gesellschafterversammlung auch befugt, ein oder mehrere weitere Geschäftsführer zu berufen und ihnen - und dabei zugleich dem Geschäftsführer - im Innenverhältnis bestimmte Geschäftsbereiche zur verantwortlichen Leitung zuzuweisen.

Soweit der Kläger zu 1) vorträgt, dass er die Gesellschaft wirtschaftlich und persönlich dominiert, war er nicht in der Stellung, die Klägerin zu 2) faktisch zu beherrschen. Hierfür genügen nicht bereits besondere Branchenkenntnisse, da diese üblicherweise Voraussetzung sind, um eine Person zum Geschäftsführer zu bestellen. Diese können daher allein keine selbständige unternehmerische Tätigkeit begründen (BSG 08.12.1987, 7 Rar 14/86 mwN). Zwar übersieht der Senat keineswegs, dass der Kläger vorgetragen hat, dass er über das notwendige Know-how in der GmbH verfügt. Der weitere Geschäftsführer, Herr L., ist jedoch seit der Gründung der GmbH im Jahr 1995 Geschäftsführer der GmbH. Erst am 05.08.2011 wurde der Kläger zu 1) als weiterer Geschäftsführer eingetragen. Insoweit spricht bereits der zeitliche Ablauf dagegen, dass die Klägerin zu 2) allein von der Tätigkeit des Klägers zu 1) als Geschäftsführer abhängt. Im Übrigen hat der Klägerevertreter auf die ergänzende Nachfrage mit Schreiben vom 27.02.2014 mitgeteilt, dass neben dem Kläger auch der Mitgeschäftsführer Herr L. von wesentlicher Bedeutung für das Unternehmen ist, wobei eine Aufteilung nach Aufgabengebieten nicht ersichtlich ist, so dass der Kläger zu 1) gerade nicht allein "Kopf und Seele" der Gesellschaft ist.

Auch die übrigen Regelungen des Anstellungsvertrags sprechen mehrheitlich für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Gemäß Ziffer 2.5 hat der Geschäftsführer seine Leistungen am Sitz der Gesellschaft zu erbringen. Gemäß Ziffer 3.1 und 3.2 ist er zwar in der Bestimmung seiner Arbeitszeit frei. Er hat jedoch jederzeit, soweit dies das Wohl der Gesellschaft erfordert, zu ihrer Verfügung zu stehen und ihre Interessen wahrzunehmen. Er hat seine volle Arbeitskraft sowie sein ganzes Wissen und Können in die Dienste der Gesellschaft zu stellen. Dem Geschäftsführer ist für eine Dauer dieses Vertrages jede entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit für sich oder Dritte untersagt, der die Gesellschafterversammlung nicht zugestimmt hat. Die zur Übernahme einer Nebentätigkeit einmal erteilte Zustimmung ist jederzeit widerruflich, wobei im Fall eines Widerrufs etwaige Fristvorschriften für die Beendigung der übernommenen Nebentätigkeit zu berücksichtigen sind. Damit ist aber eine weitgehende zeitliche Bindung des Klägers zu 1) gegeben.

Soweit der Kläger zu 1) innerhalb dieser engen Regelungen den Ort, die Zeit und die Art seine Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen kann, steht dies der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Denn diese Möglichkeit hat in der Regel auch ein leitender Angestellter (BSG 13.08.1996, [10 RKg 28/95](#), [SozR 3-5870 § 1 Nr 10](#) mwN). Ähnliches gilt für die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#). Im Hinblick darauf, dass auch im Bereich leitender Angestellter, zB bei Prokuristen üblicherweise solche Freiheiten eingeräumt werden, ist die Indizwirkung hier allenfalls schwach ausgeprägt.

Eine selbständige Tätigkeit kann auch nicht aus der im Geschäftsführervertrag enthaltenen Regelung über den Anspruch auf Tantiemen abgeleitet werden. Zum einen ist eine solche Regelung bei leitenden Angestellten nicht unüblich. Zum anderen resultiert auch aus dieser Regelung kein wirtschaftliches Risiko. Der Kläger zu 1) hat Anspruch auf ein Fixgehalt, das seinen Lebensunterhalt unter allen Umständen sichert. Selbst wenn - zB in einer Krisensituation - die erfolgsabhängige Tantieme nicht gezahlt wird, kann der Kläger zu 1) sein Fixgehalt in voller Höhe weiter beanspruchen. Der Anstellungsvertrag enthält keine Klauseln, nach denen der Kläger zu 1) in seiner Position als Geschäftsführer verpflichtet gewesen wäre, auf seine Grundvergütung zu verzichten oder gar frisches Kapital in die Gesellschaft einzubringen. Dass die Tantieme und die Höhe derselben aufgrund der Bemessung am Gewinn der Gesellschaft letztlich auch vom persönlichen Einsatz des Klägers zu 1) abhängt, ändert an diesem Ergebnis nichts. Eine Jahressonderprämie neben den zustehenden festen Vergütungsbestandteilen ist nicht mit dem Wagniskapital eines Unternehmers gleichzusetzen (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); LSG Baden-Württemberg, 22.03.2013, [L 4 KR 3725/11](#)).

Schließlich resultiert auch aus der Earn-out-Klausel zur Überzeugung des Senats kein derart starkes Unternehmerrisiko, dass hierdurch die Annahme einer selbständigen Tätigkeit gerechtfertigt ist. Das hiermit eingegangene Risiko der Haftung mit dem privaten Vermögen ist vom Kapitaleinsatz für das Unternehmen zu trennen und tritt deshalb gegenüber den Gesichtspunkten, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, in den Hintergrund. Einsätze privaten Vermögens sind auch seitens unstreitig abhängiger Beschäftigter nicht unüblich. Eine Unternehmerstellung wird allein hierdurch nicht begründet. Mit der geschlossenen Earn-out-Klausel verfolgte der Kläger zu 1) lediglich das gesteigerte - private - Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Insoweit stehen abtrennbare private Interessen im Vordergrund, nicht jedoch eine (unmittelbare) Beteiligung am Unternehmenserfolg. Zwar mag der Kläger zu 1) seine persönliche wirtschaftliche Situation ganz erheblich auch an den wirtschaftlichen Fortbestand der Klägerin zu 2) geknüpft haben. Die vollständige Veräußerung ohne Einräumung spezifischer Sperrminoritäten zeigt allerdings auch, dass eine Beteiligung des Klägers zu 1) an der Klägerin zu 2) nicht gewollt war und ist. So hat die vom Kläger zu 1) mit der Firma A. IT S. AG vereinbarte Earn-out-Klausel keine förmliche oder materielle Beteiligung am Unternehmer der Klägerin zu 2) herbeigeführt. Eine rechtsverbindlich gewollte Mitunternehmerschaft ist im streitigen Zeitraum nämlich nicht begründet worden. Die alleinige Rechtsmacht verblieb bei den Gesellschaftern der Klägerin zu 2), die allein für Verbindlichkeiten des Unternehmens haften. Sie hatten auch die tatsächliche Rechtsmacht unabhängig davon, ob sie hiervon Gebrauch gemacht haben, andere unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Der Kläger zu 1) konnte deshalb nicht wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führen. Deshalb ist auch hier ein Ausnahmefall, dass trotz fehlender Kapitalbeteiligung ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht anzunehmen sei, nicht gegeben (vgl LSG Baden-Württemberg 22.03.2013; [L 4 KR 3725/11](#)).

Damit aber überwiegen im vorliegenden Fall die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung, weshalb nach einer Berücksichtigung und Abwägung der unterschiedlichen Merkmale nach dem Gesamtbild von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist.

Damit aber sind die streitgegenständlichen Bescheide der Beklagten nicht zu beanstanden, weshalb die Berufung mit der Kostenfolge zu [§ 193 SGG](#) zurückzuweisen war.

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs 2 Nr 1 und 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login
BWB
Saved
2014-09-18