

L 4 R 899/15

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

4

1. Instanz

SG Freiburg (BWB)

Aktenzeichen

S 18 R 3285/12

Datum

12.11.2014

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 4 R 899/15

Datum

14.10.2016

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, der über keine Sperrminorität verfügt und aufgrund der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags weisungsgebunden ist, ist auch dann abhängig beschäftigt, wenn der Anstellungsvertrag eine Regelung enthält, der Geschäftsführer sei weisungsfrei.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 12. November 2014 abgeändert. Die Klagen werden abgewiesen.

Die Beklagte trägt ein Zehntel der außergerichtlichen Kosten der Kläger in beiden Rechtszügen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger zu 2 aufgrund seiner Tätigkeit für die Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 1 in der Zeit vom 1. Januar 2009 bis zum 27. August 2015 versicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 1 wurde durch notariellen Vertrag vom 16. Oktober 2007, eingetragen ins Handelsregister am 6. Dezember 2007, als Markthallen D. GmbH (im Folgenden MDL) mit einem Stammkapital von EUR 25.000,00 von der P. & O. Druckerei und Verlag KG (im Folgenden PO) als zunächst einziger Gesellschafterin gegründet. Durch Verschmelzungsvertrag vom 21. August 2015 wurde die MDL auf die O. Betreiber GmbH im Wege der Aufnahme verschmolzen. Am 27. August 2015 wurde die Verschmelzung eingetragen und die MDL gelöscht. Durch Gesellschafterbeschluss vom 10. September 2015 (Eintrag ins Handelsregister am 15. September 2015) wurde die Firma der O. Betreiber GmbH in F. Markthalle GmbH (die jetzige Klägerin zu 1) geändert.

Die PO ist Eigentümerin der Immobilie Markthalle F ... Diese war bis in das Jahr 2007 an einen Mieter vermietet, der sodann Stände an verschiedene Gastronomiebetriebe untervermietete. Nach einer vollständigen Renovierung der Immobilie im Jahr 2007 vermietete die Eigentümerin die Stände direkt an die jeweiligen Gastronomiebetriebe, bevor die Verwaltung der Markthalle auf die MDL übertragen wurde.

Der am 1970 geborene Kläger zu 2 war ab 1989 als selbständiger Immobilienmakler tätig. Außerdem war er Geschäftsführer der von ihm gegründeten I. GmbH, deren Anteile er zunächst alleine hielt. Auch nach deren vollständiger Veräußerung blieb er ab dem 1. Januar 2007 weiterhin Geschäftsführer dieser GmbH. Daneben war er seit 2007 als "Consultant" tätig.

Der Gesellschaftsvertrag der MDL vom 16. Oktober 2007 (im Folgenden GV) enthielt unter anderem folgende Bestimmungen:

§ 2 Gegenstand des Unternehmens (1) Gegenstand des Unternehmens sind Dienstleistungen für die "Markthalle F." sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte. (2) Die Gesellschaft kann darüber hinaus auch alle Geschäfte vornehmen, die geeignet sind, den beschriebenen Gesellschaftszweck zu erreichen oder ihn zu fördern. (3) Die Gesellschaft kann gleichartige oder ähnliche Unternehmen erwerben, sich an solchen beteiligen, deren Vertretung und Verwaltung übernehmen und Zweigniederlassungen errichten.

§ 3 Stammkapital und Gesellschafter (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 25.000,00 [...]. (2) Die Stammeinlagen werden wie folgt übernommen: [PO] EUR 25.000,00.

§ 4 Geschäftsführung und Vertretung (1) Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. (2) Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam

oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. (3) Auch wenn mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, kann die Gesellschafterversammlung durch Gesellschafterbeschluss Geschäftsführern das Recht zur Einzelvertretung verleihen. Durch Gesellschafterbeschluss kann allen oder einzelnen Geschäftsführern Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) [Bürgerliches Gesetzbuch] erteilt werden. (4) Die Geschäftsführer werden durch Beschluss der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen. Die Gesellschafterversammlung schließt mit den Geschäftsführern auch die Geschäftsführer-Anstellungsverträge ab. (5) Die Geschäftsführer bedürfen für Geschäftsführungsmaßnahmen, die in einer gesonderten, mit einfacher Mehrheit zu beschließenden Geschäftsordnung niedergelegt sind, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. In dieser Geschäftsordnung kann für alle oder einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen festgelegt werden, dass eine – jeweils zu bestimmende – qualifizierte Mehrheit für die Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung erforderlich ist. Ist für eine Geschäftsführungsmaßnahme eine qualifizierte Mehrheit festgelegt worden, gilt dasselbe auch für eine Änderung der Geschäftsordnung hinsichtlich dieser Geschäftsführungsmaßnahmen.

§ 5 Gesellschafterbeschlüsse (1) Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefasst. (2) Gesellschafterbeschlüsse werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit vorschreiben.

§ 6 Gesellschafterversammlung (1) Gesellschafterversammlungen werden gemäß [§ 49 Abs. 1 GmbHG](#) [GmbH-Gesetz] durch die Geschäftsführer einberufen. Einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer sind allein einberufungsberechtigt. (2) Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, sind berechtigt, unter Angabe des Zwecks und der Gründe die Berufung der Gesellschafterversammlung zu verlangen. (5) Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens 60 % des Kapitals vertreten sind. Ist eine Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig, so ist mit einer Frist von drei Wochen eine neue Gesellschafterversammlung mit der gleichen Tagesordnung einzuberufen. Sie ist dann unabhängig von der Anwesenheit beschlussfähig, worauf in der Einladung besonders hinzuweisen ist.

§ 7 Stimmrecht, Vertretung 1. Je EUR 1.000,00 eines Geschäftsanteils (die Kapitalrücklage wird hierbei nicht berücksichtigt) gewähren eine Stimme.

§ 8 Wettbewerbsverbot Die Gesellschafterin [PO] unterliegt keinem Wettbewerbsverbot.

Zum 1. Januar 2009, eingetragen ins Handelsregister am 17. März 2009, wurde der Kläger zu 2 neben N. und W. P. (NP und WP) zum einzelvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreiten Geschäftsführer der MDL bestellt. Ein schriftlicher Geschäftsführervertrag wurde zunächst nicht geschlossen.

Am 15. März 2010 schlossen die MDL und der Kläger zu 2 einen schriftlichen "Dienstleistungsvertrag als freier Mitarbeiter" (DV), der im Wesentlichen folgende Bestimmungen enthielt:

§ 1 Vertragsgegenstand 1. [Der Kläger zu 2] hatte es bereits in 2007 als freier Mitarbeiter übernommen, die F.er Markthalle auf Rechnung und im Namen der [PO] selbstständig zu managen. 2. Die [MDL] ist eine Tochtergesellschaft der [PO] und unterstützte diese bislang beim Betrieb der F.er Markthalle in einzelnen Bereichen und soll künftig die Markthalle – im Rahmen eines gesonderten Service-Vertrages – insgesamt managen und vor allem auch Betreiber anderer Markthallen konzeptionell bei der Errichtung und Bewirtschaftung von Markthallen beraten. 3. [Der Kläger zu 2] soll wie bisher die F.er Markthalle selbstständig führen, dabei aber mit Wirkung ab 01.01.2009 als einzelvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer der [MDL] tätig sein. Zur Geschäftsführerbestellung ergeht ein gesonderter Gesellschafterbeschluss. Die weiteren Vereinbarungen, die bisher lediglich mündlich getroffen waren, sollen mit Wirkung ab 01.01.2009 durch diesen Vertrag fixiert werden. 4. [Der Kläger zu 2] ist weder an einen bestimmten Arbeitsort noch an bestimmte Arbeitszeiten gebunden, sondern in seiner Arbeitsgestaltung und -einteilung völlig frei. Er unterliegt keinen Weisungen.

§ 2 Vergütung 1. [Der Kläger zu 2] erhält &61656; eine Vergütung von EUR 68,00 pro angefangener Stunde zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer, fällig binnen 10 Tagen nach Monatsende; &61656; 35 % der Umsatzerlöse (netto ohne USt und ohne Auslagen), die die MDL von Dritten für konzeptionelle Beratungen im Zusammenhang mit der Errichtung oder Bewirtschaftung von Markthallen vereinnahmt, wobei maßgebend der tatsächliche Zahlungseingang von dritter Seite ist, zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer hierauf. Über das Honorar wird jährlich unter Vorlage entsprechender Stundenaufstellungen abgerechnet; hierauf sind monatliche Abschlagszahlungen in Höhe von EUR 7.000,00 zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer zu leisten, fällig zum 10. des Folgemonats und gegen Vorlage einer entsprechenden Abschlagsrechnung. Der jährliche Differenzbetrag zwischen dem Gesamtjahreshonorar und den Abschlagszahlungen wird binnen 30 Tagen nach Vertragsende und gegen Vorlage einer Jahresrechnung zur Zahlung fällig. 2. Die Besteuerung der Bezüge und die Abführung etwaiger Sozialversicherungsbeiträge obliegt stets allein [dem Kläger zu 2]. 3. In der Vergütung gemäß § 2.1 ist der Ersatz aller Kosten, die [dem Kläger zu 2] in Ausübung seiner Tätigkeit für die Gesellschaft entstehen, enthalten, namentlich folgende Kosten: &61656; Kosten für die Nutzung des eigenen Pkws &61656; Reisekosten jedweder Art &61656; Telefonkosten und Internetkosten.

§ 3 Krankheit, Arbeitsverhinderung und Urlaub 1. [Dem Kläger zu 2] steht ein Honoraranspruch nicht zu, wenn er infolge Krankheit oder sonstiger Arbeitsverhinderung an der Leistung der Dienste verhindert ist. 2. [Der Kläger zu 2] hat als freier Mitarbeiter keinen Anspruch auf bezahlten Urlaub.

§ 4 Wettbewerbstätigkeit 1. [Dem Kläger zu 2] bleibt es überlassen, auch für andere Auftraggeber tätig zu werden oder sich an anderen Unternehmen zu beteiligen. Dies gilt insbesondere auch für die Entwicklung von Konzepten für andere Unternehmen.

§ 5 Vertragsdauer 1. Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. 2. Jede Vertragspartei kann das Dienstverhältnis mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende kündigen. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt hiervon unberührt. 3. Eine Amtsniederlegung des Amtes als Geschäftsführer bzw. eine Abberufung als Geschäftsführer, der ein wichtiger Grund zugrunde liegt, führt automatisch auch zur Beendigung des Dienstvertrages.

Eine Abrechnung und Zahlung der Vergütung nach geleisteten Stunden ist tatsächlich nicht erfolgt.

Durch notarielle Urkunde vom 15. März 2010 teilte die PO ihren Geschäftsanteil in zwei Teilgeschäftsanteile zu EUR 18.750,00 und EUR 6.250,00 und trat den Geschäftsanteil in Höhe von EUR 6.250,00 an den Kläger zu 2 ab. Das Gewinnbezugsrecht sollte nach der Vereinbarung dem Kläger zu 2 bereits mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 zustehen. Durch notarielle Urkunde vom 11. Oktober 2013 teilte die PO erneut ihren Geschäftsanteil in zwei Teilgeschäftsanteile zu EUR 18.725,00 und EUR 25,00 und trat den Geschäftsanteil in Höhe von EUR 25,00 an den Kläger zu 2 ab. Eine Änderung der Satzung der MDL wurde im Zusammenhang mit diesen Abtretungen nicht vorgenommen.

Am 17. Juli 2015 schlossen die PO und der Kläger zu 2 folgende "Stimmbindungsvereinbarung": Die Vertragsparteien sind die beiden einzigen Gesellschafter der [MDL], wobei PO 74,9 % der Anteile hält und [der Kläger zu 2] 25,1 %. Die Gesellschafter halten in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter nochmals schriftlich fest, was sie schon bisher vereinbart und praktiziert haben und was die Grundlage und ihr gemeinsames Verständnis bereits bei der Abfassung des Geschäftsführerdienstvertrages waren: 1. Beschlüsse, die folgende Bereiche betreffen, bedürfen der Zustimmung [des Klägers zu 2]: a. Abberufung und Bestellung von Geschäftsführern; dies gilt jedoch nicht bei einer Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund, wobei als wichtiger Grund insbesondere die Geschäftsunfähigkeit, die Bestellung eines Betreuers, eine Erkrankung von mehr als drei Monaten oder die dauerhafte Einstellung der Tätigkeit für die Gesellschaft gilt; b. Weisungen an die Geschäftsführung, wobei Weisungen an den Geschäftsführer [Kläger zu 2] durch die Gesellschafterversammlung nicht erteilt werden; c. die Einstellung des Geschäftsbetriebes und/oder die Liquidation der Gesellschaft ebenso wie grundlegende Umstrukturierungen; d. sämtliche Satzungsänderungen. 2. Sollten Anteile von [PO] an Dritte ganz oder teilweise übergehen, so ist sicherzustellen, dass auch diese Dritte sich dieser Regelung unterwerfen. 3. Diese Stimmbindungsvereinbarung tritt in Kraft mit ihrer Unterzeichnung durch die Vertragsparteien und läuft auf unbestimmte Zeit.

Mit Erklärungen vom 6. Oktober 2011 legten die weiteren Geschäftsführer der MDL dieses Amt nieder.

Bereits am 28. Oktober 2010 hatte der Kläger zu 2 bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status aufgrund der Tätigkeit für die MDL als "Geschäftsführung als freier Mitarbeiter" beantragt. Der Kläger zu 2 und die MDL beehrten dabei, festzustellen, dass eine Beschäftigung nicht vorliege.

Mit identischen Bescheiden vom 25. Mai 2011 stellte die Beklagte gegenüber der MDL und dem Kläger zu 2 fest, dass dessen Tätigkeit als Geschäftsführer bei der MDL seit dem 1. Januar 2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde und seit diesem Zeitpunkt Versicherungspflicht in der Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Nach Gesamtabwägung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwogen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Aufgrund des Kapitalanteils von 25 % des Gesamtkapitals und dem daraus resultierenden Stimmrechtsanteil sei es dem Kläger zu 2 nicht möglich, die Geschicke der MDL maßgeblich zu beeinflussen. Er verfüge weder über die erforderliche Stimmenmehrheit noch über eine Sperrminorität. Hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Tätigkeit sei dem Kläger zu 2 weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen. Trotzdem bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie sich in eine der Gesellschafterversammlung vorgegebenen Ordnung des Betriebes eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Der Kläger zu 2 sei in eine nicht von ihm vorgegebene Ordnung des Betriebes eingegliedert und dürfe nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln, so dass er – selbst bei Bellassung großer Freiheiten – der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung unterliege. Dies gelte auch dann, wenn diese Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machten. Der Annahme eines Arbeitsverhältnisses stehe nicht entgegen, dass Urlaub und Krankheitsausfälle auf Kosten des Klägers zu 2 gingen. Die Verpflichtung zur Übernahme von Risiken der sozialen Absicherung durch den Kläger zu 2 sei Folge, nicht Voraussetzung einer selbständigen Tätigkeit. Besondere Branchenkenntnisse stünden der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen, da es durchaus üblich sei, dass Geschäftsführer über spezielle Fachkenntnis verfügten. Auch die Ausübung von Arbeitgeberfunktionen gegenüber anderen Arbeitnehmern widerspreche nicht einer persönlichen Abhängigkeit des Klägers zu 2. Da der Antrag auf Statusfeststellung für die am 1. Januar 2009 aufgenommene Beschäftigung nicht innerhalb eines Monats nach der Aufnahme worden sei, beginne die Versicherungspflicht mit dem Tag der Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses.

Zur Begründung der dagegen von beiden Klägern eingelegten Widersprüche führten MDL und der Kläger zu 2 – teilweise unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen im Rahmen der Anhörung – aus, der Kläger zu 2 sei keinen Weisungen unterworfen. Nach langjähriger selbständiger Tätigkeit sei es ihm bei Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit gerade wichtig gewesen, weiterhin wie in seinen früheren Tätigkeiten unternehmerische Freiheit zu genießen. Deswegen werde von Gesellschafterseite auf jegliche Weisung verzichtet. Er sei hinsichtlich Arbeitsort, -zeit und -gestaltung völlig frei. Er habe in ungewöhnlicher Weise Anteil am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft, was die hohe Beteiligung an den Umsatzerlösen widerspiegle. Da er seine Kosten selbst zu tragen habe, trage er auch ein nicht unerhebliches unternehmerisches Risiko. Die Organisation des Betriebes obliege allein ihm. Er sei der maßgebliche Know-how-Träger.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 31. Mai 2012, dem gemeinsamen Bevollmächtigten am 4. Juni 2012 bekanntgegeben, wies der Widerspruchsausschuss der Beklagten den jeweiligen Widerspruch aus den Gründen des Ausgangsbescheides zurück. Ergänzend wurde ausgeführt, trotz weitgehender Gestaltungsfreiheit hinsichtlich Arbeitszeit und -ort und der Ausübung der Tätigkeit bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da eine Eingliederung in eine von den weiteren Gesellschaftern vorgegebene Ordnung gegeben sei. Es stehe diesen offen, jederzeit ihr Stimmrecht wahrzunehmen, ohne dass der Kläger zu 2 dies verhindern könne. Grundsätzlich werde dessen Handlungsfreiheit vom Gesellschaftsvertrag und von den Gesellschafterbeschlüssen eingeschränkt. Dies gelte auch dann, wenn die anderen Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machten. Ausreichend sei insoweit deren vorhandene Rechtsmacht, dem Kläger zu 2 Weisungen zu erteilen. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Durch Gesellschafterbeschluss jederzeit zulässige Änderungen des Geschäftsführervertrages, die in Bezug auf die Ausgestaltung der Tätigkeit auch zu Ungunsten des Klägers zu 2 ausfallen könnten, könne er aufgrund seiner Kapitalanteile nicht verhindern. Für eine selbständige Tätigkeit sprächen daher im Wesentlichen nur die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot, das Recht der Einzelvertretung und die vom Geschäftserfolg abhängige Provision. Aufgrund der zunehmenden Üblichkeit derartiger Regelungen auch bei Geschäftsführern, die nicht Gesellschafter seien und keinen prägenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hätten, komme diesen Indizien aber nur ein ganz untergeordnetes Gewicht zu.

Hiergegen erhoben MDL und der Kläger zu 2 am 3. Juli 2012 Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG) und führten unter Wiederholung und

Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens aus, die Beklagte habe nicht ausreichend gewertet, dass der Kläger zu 2 in atypischer Weise auch für andere Auftraggeber tätig werden und sich an anderen Unternehmen – auch Konkurrenzunternehmen – beteiligen dürfe. Es sei auch keineswegs üblich, dass ein Geschäftsführer 35% des Umsatzerlöses – nicht des Gewinns – für Sondertätigkeiten wie die konzeptionelle Beratung im Zusammenhang mit der Errichtung oder Bewirtschaftung von Markthallen erhalte. Dieser Anspruch stehe ihm auch nur zu, soweit die entsprechende Zahlung von dritter Seite bei der MDL tatsächlich eingehe. Unberücksichtigt geblieben sei, dass die Geschäftsleitung der Hauptgesellschafterin (WP und NP) aufgrund der Tätigkeit für diese und weitere Gesellschaften weder Zeit noch Energie hätten, sich um die Markthalle zu kümmern. Daher sei es diesen besonders wichtig gewesen, einen unternehmerisch denkenden und selbständig handelnden Partner zu erhalten. Die MDL hätte ohne den Kläger zu 2 gerade die konzeptionellen Aufgaben für andere Markthallengesellschaften überhaupt nicht erfüllen können, weder zeitlich noch unter dem Aspekt des Know-hows oder der Erfahrung. Eine "Überwachung" des Klägers zu 2 durch die MDL bestehe nicht. Vielmehr hätte der Kläger zu 2 die Tätigkeit für die MDL sofort beendet, wenn diese die von der Beklagten angenommene Rechtsmacht zu Weisungen ausübten. Dies gelte umso mehr, als er nach seinem Vertragsverhältnis ausdrücklich weisungsfrei sei. Natürlich könne der Kläger zu 2 eine Weisung mit seiner Stimme nicht verhindern. Er könnte dann jedoch neben der Einstellung der Tätigkeit auch Schadenersatz verlangen. Anders als von der Beklagten angenommen, könne eine Änderung des Geschäftsführervertrages durch Gesellschafterbeschluss nicht jederzeit erfolgen. Eine Änderung sei wie bei jedem Vertrag einseitig nur durch Kündigung nach den jeweiligen vertraglichen Regelungen möglich. Zumindest ab dem Zeitpunkt der letzten Geschäftsanteilsübertragung verfüge der Kläger zu 2 über einen Geschäftsanteil von mehr als 25 % am Gesamtkapital und damit stimmrechtlich über eine Sperrminorität, so dass er sozialversicherungsrechtlich als Selbständiger zu behandeln sei. Zum anderen zeige dies aber auch, wie die Vertragsparteien den Status des Klägers zu 2 betrachtet hätten, und stelle daher ein wesentliches Indiz für die schon bisher ausgeübte Tätigkeit dar. Das neue Konzept für die F. Markthalle habe der Kläger zu 2 bereits 2006 entwickelt. Die GmbH sei zur Begrenzung des Haftungsrisikos gegründet worden. Der Kläger zu 2 gab an, keine Stunden aufgeschrieben zu haben, da dies nicht machbar sei. Unter der Firmenadresse gebe es kein Büro. Dieses habe er bei sich zu Hause eingerichtet. Besprechungen fänden in den Räumlichkeiten der Markthalle statt.

Die Beklagte trat den Klagen unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens entgegen und führte ergänzend aus, eine relevante Sperrminorität sei auch nach der zusätzlichen Übertragung eines Geschäftsanteils von weiteren EUR 25,00 nicht ersichtlich, da Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst würden. Der Kläger zu 2 verfüge aber nur gering über 25% der Stimmanteile.

Die durch Beschluss des SG vom 26. Oktober 2012 Beigeladenen äußerten sich nicht.

Mit Urteil vom 12. November 2014 hob das SG die Bescheide vom 25. Mai 2011 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 31. Mai 2012 auf und stellte fest, dass die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer des Klägers zu 2 bei der MDL im Rahmen einer Selbständigkeit ausgeübt werde und keine Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Unter Abwägung aller Umstände sei von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen. Die Art der Vergütung mit der Zahlung eines festen Grundbetrages von EUR 7.000,00 und schwankender, umsatzabhängiger Provisionen gebe keinen wesentlichen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Tätigkeit. Hingegen fehle es an dem für Selbständige typischen unternehmerischen Risiko. Gegen eine selbständige Beschäftigung spreche, dass es dem Kläger zu 2 nicht möglich sei, ihm nicht genehme Beschlüsse der Gesellschafterversammlung durch vertragliche Rechte (vollständig) abzuändern. Zwar gewähre ihm der Vertrag vom 15. März 2010 und sein Stimmanteil am Stammkapital umfangreiche Rechte im Betrieb der MDL und beschränkten auch deren Weisungsrecht erheblich. Jedoch sei ihm gerade kein Vetorecht gegen alle Beschlüsse der Gesellschafterversammlung eingeräumt. Hierbei sei auch zu beachten, dass die eingeräumten Rechte bzw. eingeschränkten Weisungsrechte gerade bei Diensten höherer Art – wie eine Geschäftsführertätigkeit – nicht unüblich seien. Die Tätigkeit des Klägers zu 2 sei für die MDL jedoch aus tatsächlichen Gründen unverzichtbar gewesen. Dieser habe bereits bei Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit am 1. Januar 2009 über weitreichende Spezialkenntnisse verfügt, die über die üblichen Kenntnisse eines Geschäftsführers weit hinausreichten. So habe er die Markthalle F. bereits – unter anderen rechtlichen Voraussetzungen – seit 2006 betreut und hierbei erhebliche Fachkenntnisse im Hinblick auf Organisation und Verwaltung einer so genannten Markthalle erworben. Hierbei handle es sich um ein besonderes Geschäftsmodell, dass sich in dieser Form nur in einer begrenzten Anzahl finde. Auch habe er bereits erhebliche Vorerfahrungen mit dem konkreten Objekt in F. gehabt. Er sei schon seit 2006 in selbständiger Tätigkeit von der PO und der MDL mit Aufgaben in Verwaltung und Organisation der Markthalle F. betraut worden. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass sich durch die Gründung der MDL und die Tätigkeit als deren Geschäftsführer die Aufgaben des Klägers zu 2 inhaltlich oder die Art und Weise der Erfüllung dieser Aufgaben verändert hätten. Die Gründung der MDL und die Bestellung des Klägers zu 2 hätten vielmehr einer Beschränkung des Haftungsrisikos der PO und einer weiteren wirtschaftlichen Beteiligung des Klägers zu 2 an der Markthalle gedient. Dass dem Kläger zu 2 Tätigkeiten für andere Personen und Unternehmen gestattet seien, selbst wenn diese in einem Konkurrenzverhältnis zur MDL stünden, sei für angestellte Geschäftsführer untypisch. Von dieser Möglichkeit sei auch Gebrauch gemacht worden.

Gegen dieses ihr am 20. Februar 2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 10. März 2015 Berufung beim Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg eingelegt.

Während des Berufungsverfahrens hat sie mit identischen Bescheiden vom 26. März 2015 die Bescheide vom 25. Mai 2011 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 31. Mai 2012 dahingehend abgeändert, dass in der vom Kläger zu 2 bei der MDL ausgeübten Beschäftigung als Geschäftsführer seit dem 1. Januar 2011 keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung bestehe.

Unter dem 24. September 2015 hat die Klägerin zu 1 die Verschmelzung der MDL mitgeteilt und erklärt, den Rechtsstreit fortzuführen.

Zur Begründung der Berufung hat die Beklagte ausgeführt, eine – wie vom SG angenommene – im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und der hieraus zu ziehende Schluss auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehe der formellen Vereinbarung nur vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich sei. Umgekehrt sei die Nichtausübung eines Rechts solange unbeachtlich, wie diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen sei. Maßgeblich sei die Rechtsmacht, wie sie sich aus den gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen ergebe. Bei gesetzlich unverzichtbaren Rechten oder formbedürftiger Abdingbarkeit sei der Versuch der schlüssigen Abänderung unbeachtlich und lasse das Vereinbarte in seiner Tatbestandswirkung unberührt. Maßgebliche "Tatsache" für die Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit sei die abstrakte Rechtsmacht, die durch den Gebrauch zusätzlich bestätigt werde, durch Nichtgebrauch aber nicht verloren gehe. Nur wo der Gesellschaftsvertrag selbst den Einfluss der Gesellschaft auf die laufende Geschäftsführung ausschließe oder jedenfalls auf bestimmte wichtige Geschäfte beschränke,

komme eine selbständige Dienstleistung in Betracht. Der von der Gesellschafterversammlung zu schließende und gegebenenfalls allein auch von ihr zu ändernde Anstellungsvertrag könne nicht mehr an Kompetenzen vermitteln, als dies der Gesellschaftsvertrag zulasse. Eine Abbedingung des Gesellschaftsvertrages sei an die notarielle Form des [§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG](#) gebunden und nach [§ 54 Abs. 1 GmbHG](#) ins Handelsregister einzutragen. Eine formfreie und erst recht eine "faktische" Gestaltung des Gesellschaftsvertrages gebe es nicht. Dies gelte auch für die im Gesellschaftsvertrag der MDL festgelegte Stimmrechtsverteilung und die damit einhergehende Möglichkeit der Einflussnahme auf deren Schicksal. Die nicht diesen Formanforderungen genügende Stimmbindungsvereinbarung stehe im Gegensatz zur Satzung. Eine satzungsmäßige Ausübung des Stimmrechtes sei auch dann wirksam, wenn gegen eine anderslautende Stimmrechtsverpflichtung verstoßen werde. Eine solche habe generell nur schuldrechtliche Wirkung zwischen ihren Parteien und bewirke keinen Mangel des Gesellschafterbeschlusses. Die vorgelegte Stimmbindungsvereinbarung vom 17. Juli 2015 sehe die Zustimmung des Klägers zu 2 lediglich für Teilbereiche vor; eine umfassende Zustimmung für sämtliche Bereiche enthalte sie nicht. Eine bloße "Schönwetter-Selbständigkeit" mit Blick auf zwar bestehende, jedenfalls bis zu einem Konfliktfall tatsächlich aber nicht ausgeübte Kontrollrechte scheide aus. Die sogenannte "Kopf- und Seele"-Rechtsprechung sei vom Bundessozialgericht (BSG) mittlerweile aufgegeben worden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 12. November 2014 abzuändern und die Klagen abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten das angefochtene Urteil im Ergebnis für zutreffend. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens haben sie ausgeführt, der Kläger zu 2 habe aufgrund seines überragenden Spezialwissens die MDL dominiert. Er sei – abgesehen von einer Aushilfskraft – der einzige im Tagesgeschäft operativ Tätige der MDL gewesen. Diese habe sich faktisch als Ein-Mann-Betrieb des Klägers zu 2 dargestellt. Mit ihm stehe und falle der Betrieb, da er "Kopf und Seele" des Betriebes sei. Deshalb habe er – wie im Dienstleistungsvertrag geregelt – auch keinerlei Weisungen unterlegen. In der obergerichtlichen Rechtsprechung seien GmbH-Geschäftsführer auch ohne eine Sperrminorität vermittelnden Stimmrechtsanteil wegen ihres dominierenden Spezialwissens als selbständig Tätige eingestuft worden, jedenfalls wenn – wie vorliegend – es in der Gesellschaft an weiteren, gleich gut qualifizierten Beschäftigten fehle. Entgegen der Ansicht des SG habe der Kläger zu 2 auch ein typisches Unternehmerrisiko getragen und sowohl Kapital (Beteiligung an der MDL zu 25,01%) wie auch seine (ganze) Arbeitskraft eingesetzt. Er habe in seinen Räumlichkeiten auf eigene Kosten eine weitere Betriebsstätte der Klägerin zu 1 unterhalte. Da für die Tätigkeit weder nennenswertes Personal noch Material nötig gewesen sei, könne aus dem Fehlen solcher Investitionen kein Schluss gegen die Selbständigkeit gezogen werden. Des Weiteren habe ein Teil seiner Vergütung in einer Beteiligung von 35 % am Umsatz (nicht Gewinn) bestanden. Die Frage der Selbständigkeit bestimme sich in erster Linie danach, ob der Betroffene aufgrund seines Dienstvertrages weisungsfrei handeln könne, was beim Kläger zu 2 gegeben sei. Der Umkehrschluss auf eine abhängige Beschäftigung allein aus dem Fehlen einer Stimmenmehrheit oder Sperrminorität sei nicht zulässig. Der Anstellungsvertrag sei unter Mitwirkung aller Gesellschafter geschlossen worden und stelle daher eine alle Gesellschafter bindende schuldrechtliche Nebenabrede dar. Hiergegen verstoßende Gesellschafterbeschlüsse seien nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anfechtbar. Bei der Bewertung des Stimmbindungsvertrages sei zu beachten, dass sich die dem Stimmbindungsvertrag zuwiderhandelnden Gesellschafter schadensersatzpflichtig machen und notfalls durch einstweilige Verfügung zu einer mit dem Stimmbindungsvertrag konformen Stimmabgabe gezwungen werden könnten. Deshalb habe das LSG Baden-Württemberg bereits entschieden, dass auch ein Minderheitsgesellschafter, mit dem ein solcher Stimmbindungsvertrag geschlossen worden sei, über die nötige Rechtsmacht verfüge und daher als Selbständiger anzusehen sei (Urteil vom 11. Juni 2014 – [L 5 KR 2911/13](#) – juris). Die sog. "Kopf- und Seele"-Rechtsprechung des BSG sei bis zum 29. Juli 2015 ständige Rechtsprechung gewesen. Diese sei aus Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht auf das vorliegende Vertragsverhältnis anzuwenden. Die Versicherungspflichtgrenze in der Krankenversicherung habe der Kläger zu 2 bereits im Jahr 2009 überschritten. Da die Stellung des Klägers zu 2 als Geschäftsführer der MDL mit deren Löschung entfallen sei, beschränke sich der streitgegenständliche Zeitraum auf die Zeit vom 1. Januar 2009 bis zum 27. August 2015. Für diesen bestehe weiterhin ein Feststellungsinteresse.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahme abgegeben.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie die beigezogenen Akten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Die gemäß [§ 143](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist auch im Übrigen zulässig. Sie bedurfte insbesondere nicht der Zulassung nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#); denn die Klage betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt.

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die von der Beklagten angefochtene Feststellung des SG, für die Geschäftsführertätigkeit des Klägers zu 2 bei der MDL vom 1. Januar 2009 bis 27. August 2015 habe keine Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden. Die Feststellung einer Versicherungspflicht des Klägers zu 2 in der Kranken- und Pflegeversicherung ist nur noch für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2010 streitig. Die Beklagte hat die weitergehende Feststellung auch für die Zeit ab dem 1. Januar 2011 durch Bescheide vom 26. März 2015 aufgehoben. In diesem Umfang haben die Bescheide den Rechtsstreit erledigt. Das Ende des streitigen Zeitraums ergibt sich aus dem Erlöschen der MDL zum 27. August 2015. Nach [§ 20 Abs. 1 Nr. 2](#) Umwandlungsgesetz (UmwG) bewirkt die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers, ohne dass es einer besonderen Löschung bedarf. Die Verschmelzung der MDL wurde am 27. August 2015 im Handelsregisterblatt der übernehmenden Klägerin zu 1 eingetragen, das Erlöschen der MDL damit bewirkt. Zwar bleibt bei einer Verschmelzung der mit dem Organmitglied bestehende Anstellungsvertrag grundsätzlich bestehen; die Ämter der Geschäftsführer des übertragenen Rechtsträgers erlöschen jedoch (Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 20 Rn. 13 m.w.N.). Eine Verschmelzung führt also zum Verlust der Geschäftsführerstellung bei der übertragenden GmbH. Damit ist

ab dem 27. August 2015 der Gegenstand der Feststellung (Geschäftsführertätigkeit bei der MDL) entfallen. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten haben sich insoweit im Sinne des [§ 39 Abs. 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) auf andere Weise erledigt. Entsprechend haben die Kläger das Klagebegehren begrenzt (Schriftsatz vom 24. September 2015).

3. Die Berufung der Beklagten ist begründet. Das SG hat im noch streitigen Umfang zu Unrecht die genannte Feststellung getroffen und den Bescheid vom 25. Mai 2011 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 31. Mai 2012 aufgehoben.

a) Die Klagen sind als kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklagen zulässig. Insbesondere bestehen Klagebefugnis und Feststellungsinteresse der Klägerin zu 1 als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Bescheidadressatin und früheren Klägerin MDL. Mit Eintragung der Verschmelzung ist das Vermögen der MDL als übertragendem Rechtsträger einschließlich der Verbindlichkeiten auf die übernehmende Klägerin zu 1 übergegangen ([§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG](#)). Die Klägerin zu 1 ist daher Schuldnerin aus der angefochtenen Feststellung resultierender Beitragspflichten.

b) Die Klagen sind jedoch im noch gegenständlichen Umfang unbegründet. Die Bescheide vom 25. Mai 2011 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 31. Mai 2012 sind, soweit sie nach der Teilaufhebung durch die Bescheide vom 26. März 2015 noch fortbestehen, rechtmäßig. Entgegen der Ansicht des SG unterlag der Kläger zu 2 aufgrund abhängiger Beschäftigung bei der MDL im Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 27. August 2015 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung und in der Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 auch in der Kranken- und Pflegeversicherung.

aa) Die Beklagte war zur Entscheidung über den Antrag des Klägers zu 2 berufen. Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) können die Beteiligten – in der Regel der Dienstgeber und der Dienstnehmer – schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Beklagte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in 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). Mit dem rückwirkend zum 1. Januar 1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 ([BGBl. 2000 I, S. 2](#)) eingeführten Anfrageverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit der Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([Bundestags-Drucksache 14/1855, S. 6](#)).

Einen solchen Antrag auf Statusfeststellung hat der Kläger zu 2 bei der Beklagten am 28. Oktober 2010 gestellt. Ein vorheriges, noch anhängiges oder in der Sache abgeschlossenes Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle hat nicht stattgefunden.

bb) Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) und in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach ständiger 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 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 selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen z.B. BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 30. April 2013 – [B 12 KR 19/11 R](#) – juris, Rn. 13; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – [B 12 KR 17/11 R](#) – juris, Rn. 23, Urteil vom 31. März 2015 – [B 12 KR 17/13 R](#) – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 19. August 2015 – [B 12 KR 9/14 R](#) –, juris Rn. 19, jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. Mai 1996 – [1 BvR 21/96](#) – juris Rn. 17). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (zum Ganzen z.B. zum Ganzen z.B. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – [B 12 KR 31/06 R](#) – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 15 f.; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – [B 12 KR 17/11 R](#) – juris, Rn. 23 ff.; BSG, Urteil vom 19. August 2015 – [B 12 KR 9/14 R](#) –, juris Rn. 19, jeweils m.w.N.).

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. Dezember 1994 – [11 RAr 49/94](#) – juris Rn. 20). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 – [12/3/12 RK 39/74](#) – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 – [B 12 KR 5/97 R](#) – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 10. August 2000 – [B 12 KR 21/98 R](#) – juris, Rn. 17, jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt auch BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – [B 12 KR 31/06 R](#) – juris, Rn. 17; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 16).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 – [B 11a AL 5/06 R](#) – juris, Rn. 16 m.w.N.; BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 – [B 12 KR 30/04 R](#) – juris, Rn. 23; BSG, Urteil vom 24. September 1992 – [7 RA 12/92](#) – juris, Rn. 17). Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Betroffenen als Gesellschafter ausgeschlossen (BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 – [B 11a AL 5/06 R](#) – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 24. September 1992 – [7 RA 12/92](#) – juris, Rn. 17). Bei 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 (BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 – [B 11a AL 5/06 R](#) – juris, Rn. 16).

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt ist und allein oder jedenfalls mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, Urteil vom 24. September 1992 – [7 RA 12/92](#) – juris, Rn. 18). Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist daher vom BSG verneint worden, wenn der Geschäftsführer Alleingesellschafter ist (BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 – [B 12 KR 30/04 R](#) juris, Rn. 23 m.w.N.; BSG, Urteil vom 24. November 2005 – [B 12 RA 1/04 R](#) – juris, Rn. 13), wenn der Geschäftsführer über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt (BSG, Urteil vom 25. Mai 1965 – [2 RU 176/59](#) – juris, Rn. 21; BSG, Urteil vom 30. April 1976 – [8 RU 78/75](#) – juris, Rn. 17; BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 – [B 12 KR 34/00 R](#) – juris, Rn. 15; weitere Nachweise bei BSG, Urteil vom 24. September 1992 – [7 RA 12/92](#) – juris, Rn. 18) und wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügt, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern (BSG, Urteil vom 27. Juli 1989 – [11/7 RA 71/87](#) – juris, Rn. 21; BSG, Urteil vom 18. April 1991 – [7 RA 32/90](#) – juris, Rn. 25; BSG, Urteil vom 30. April 2013 – [B 12 KR 19/11 R](#) – juris, Rn. 16, m.w.N.).

Bei Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung hat die Rechtsprechung des BSG bereits früher eine abhängige Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen angenommen, etwa bei Familienunternehmen, 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 sei 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 (BSG Urteil vom 8. Dezember 1987 – [7 RA 25/86](#) – juris, Rn. 31). Diese Rechtsprechung hat das BSG inzwischen zugunsten einer streng am Vorliegen von Rechtsmacht orientierten Normanwendung aufgegeben. Eine vom rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten abhängige Statuszuordnung sei mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht vereinbar (BSG, Urteile vom 29. Juli 2015 – [B 12 KR 23/13 R](#) und [B 12 R 1/15 R](#) – juris, Rn. 26, 30 sowie Urteil vom 11. November 2015 – [B 12 KR 10/14 R](#) – juris, Rn. 31; in diese Richtung bereits BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 32; Senatsbeschluss vom 15. Dezember 2015 – [L 4 R 2959/14](#) – nicht veröffentlicht). Vor diesem Hintergrund kann die von den für das Leistungsrecht der Arbeitsförderung und das Recht der Unfallversicherung zuständigen Senaten des BSG entwickelte sog. "Kopf und Seele"-Rechtsprechung für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht herangezogen werden. Soweit auch der für das Statusrecht zuständige Senat des BSG in der Vergangenheit vereinzelt hierauf zurückgegriffen hat, hat er dies inzwischen ausdrücklich aufgegeben (BSG, Urteile vom 29. Juli 2015 – [B 12 KR 23/13 R](#) und [B 12 R 1/15 R](#) – juris, Rn. 29).

cc) Ausgehend von diesen Grundsätzen war der Kläger zu 2 bei der MDL vom 1. Januar 2009 bis zum 27. August 2015 abhängig beschäftigt.

(1) Der Kläger war in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der MDL in eine vorgegebene Betriebsordnung eingegliedert und weisungsgebunden.

(aa) Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung sind zunächst die Regelungen des DV vom 15. März 2010. Dabei legt der Senat die im schriftlichen DV vom 15. März 2010 getroffenen Vereinbarungen auch für die Zeit vor der schriftlichen Fixierung ab dem 1. Januar 2009 zugrunde. Nach den glaubhaften Angaben beider Kläger und zuvor der MDL wurden diese Vereinbarungen bei Aufnahme der Tätigkeit am 1. Januar 2009 mündlich getroffen und später lediglich schriftlich fixiert. Dafür spricht auch § 1 Ziffer 3 DV, in der ausdrücklich festgehalten wird, bisher lediglich mündlich getroffene Vereinbarungen sollten mit Wirkung ab 1. Januar 2009 durch diesen Vertrag fixiert werden. Anhaltspunkte, die zu Zweifeln hieran Anlass gäben, sind nicht ersichtlich und werden auch von der Beklagten nicht behauptet.

Die Regelungen im DV stehen der Annahme einer Weisungsgebundenheit zwar zunächst entgegen. Nach § 1 Ziffer 4 DV war der Kläger zu 2 weder an einen bestimmten Arbeitsort noch an bestimmte Arbeitszeiten gebunden, sondern in seiner Arbeitsgestaltung und -einteilung völlig frei. Er sollte keinen Weisungen unterliegen. Er sollte "wie bisher" die F. Markthalle "selbstständig" führen (§ 1 Ziffer 3 DV).

(bb) Einer weisungsfreien Tätigkeit stehen jedoch die satzungsrechtlichen Regelungen der MDL entgegen. Die Gesellschafter einer GmbH haben eine in jeder Hinsicht übergeordnete Geschäftsführungskompetenz, weil die Geschäftsführer der GmbH grundsätzlich weisungsgebunden sind, was sich mittelbar aus [§§ 6 Abs. 3, 37 Abs. 1, 46 Nr. 5](#) und 6 GmbHG ergibt (Altmeppen in Roth/Altmeppen GmbHG, 8. Aufl., 2015, § 37 Rn. 3). Die Gesellschafter sind von Gesetzes wegen frei, in jeder beliebigen Geschäftsführungsangelegenheit zu entscheiden. Ein derartiger Beschluss bindet den Geschäftsführer als Weisung im Sinne des [§ 37 Abs. 1 GmbHG](#) (Roth in Roth/Altmeppen GmbHG, 8. Aufl., 2015, § 45 Rn. 6). Die Regelungen der [§§ 46 ff. GmbHG](#) sind zwar dispositiv ([§ 45 Abs. 2 GmbHG](#)), aber nur gegenüber dem Gesellschaftsvertrag (Satzung). Diese Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter kann also durch den Gesellschaftsvertrag verengt werden; dem Geschäftsführer können weitergehend die Geschäftsführungsangelegenheiten – gewöhnliche oder sogar außergewöhnliche – vorbehalten werden (Roth, a.a.O., Rn. 10). Die Satzung der MDL hat diese grundlegende Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter in Geschäftsführungsangelegenheiten nicht beschränkt. Der GV enthält keine Bestimmung, die Einzelweisungen an den Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss untersagt. Nach § 4 Abs. 5 GV bedurften die Geschäftsführer für Geschäftsführungsmaßnahmen, die in einer gesonderten, mit einfacher Mehrheit zu beschließenden Geschäftsordnung niedergelegt sind, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Der Kläger zu 2 war als Geschäftsführer somit satzungsrechtlich verpflichtet, den Weisungen der Gesellschafter Folge zu leisten, insbesondere eine von den Gesellschaftern aufgestellte Geschäftsordnung zu beachten und von den Gesellschaftern als zustimmungspflichtig bezeichnete Geschäfte auch nur mit deren Zustimmung vorzunehmen. Damit bestand – auch wenn sie von den Gesellschaftern der Klägerin zu 1 vorliegend nicht beschlossen wurde – die rechtliche Möglichkeit für die PO als Mehrheitsgesellschafterin, dem Kläger zu 2 in einem Konfliktfall Vorgaben zu machen. Nach § 4 Abs. 4 Satz 1 GV konnte der Kläger zu 2 durch Beschluss der Gesellschafterversammlung als Geschäftsführer abberufen werden.

Dem Kläger zu 2 kam keine Rechtsmacht zu, Weisungen der Gesellschafter zu verhindern oder Zustimmungserfordernisse aufzuheben. Gesellschafterbeschlüsse wurden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit vorschreiben (§ 5 Abs. 2 GV). Je EUR 1.000,00 eines Geschäftsanteils gewährten eine Stimme (§ 7 Abs. 1 GV). Die Gesellschafterversammlung war beschlussfähig, wenn mindestens 60 % des Kapitals vertreten waren (§ 6 Abs. 5 Satz 1 GV). Zu Beginn seiner Geschäftsführertätigkeit zum 1. Januar 2009 war der Kläger zu 2 an der MDL nicht beteiligt. Er verfügte über keinerlei Geschäftsanteile und damit nicht über die Rechtsmacht, Gesellschafterbeschlüsse zu verhindern oder herbeizuführen. Die Übertragung des Geschäftsanteils in Höhe von EUR 6.250,00 durch notariellen Vertrag vom 15. März 2010 änderte an diesem Fehlen der Rechtsmacht nichts. Nach § 7 Abs. 1 GV vermittelte ihm dieser Geschäftsanteil sechs Stimmen gegenüber 18 der PO. Er verfügte bei einem Stammkapital von EUR 25.000,00 (§ 3 Abs. 1 GV) nunmehr über einen Stimmanteil von 25%. Die Satzung der MDL sah keine Sperrminorität vor. Vielmehr genügte – vorbehaltlich zwingender gesetzlicher Regelungen – die einfache Stimmenmehrheit. Diese lag allein bei der PO als Mehrheitsgesellschafterin. Auch durch Abwesenheit bei Gesellschafterversammlungen konnte der Kläger zu 2 einen Gesellschafterbeschluss nicht verhindern. Denn die PO verfügte über mehr als 60% der Stimmanteile, so dass sie die Beschlussfähigkeit einer Gesellschafterversammlung herbeiführen konnte. Durch die Übertragung eines weiteren Geschäftsanteils in Höhe von EUR 25,00 (notarielle Urkunde vom 11. Oktober 2013) erreichte der Kläger zu 2 keinen höheren Stimmanteil. Nach § 7 Abs. 1 GV verblieb es mit einem Geschäftsanteil von nunmehr EUR 6.275,00 bei sechs Stimmen gegenüber 18 der PO und damit bei 25%. Selbst wenn man wie die Kläger von einem Stimmanteil von 25,01% ausginge, ergibt sich hinsichtlich der Rechtsmacht nichts anderes. Der Kläger zu 2 hätte dann zwar eine Sperrminorität. Diese wird jedoch für die hier Beurteilung einer Weisungsunterworfenheit nicht relevant. Nach [§ 53 Abs. 1](#) und 2 Satz 1 GmbHG kann eine Änderung des Gesellschaftsvertrages nur durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf. Der Kläger zu 2 war somit nunmehr in der Lage, Satzungsänderungen zu verhindern, nicht jedoch solche herbeizuführen. Die bereits in der Satzung der MDL enthaltene Weisungsunterworfenheit des Geschäftsführers konnte er somit nicht beseitigen. Vielmehr war die PO weiterhin in der Lage, mit einfacher Stimmenmehrheit durch Gesellschafterbeschluss Einzelweisungen zu erteilen oder durch Aufstellung oder Änderung einer Geschäftsordnung Zustimmungserfordernisse bei der Geschäftsführertätigkeit zu schaffen. Auch war seine Abberufung als Geschäftsführer gegen seinen Willen möglich, da hierfür nach § 4 Abs. 4 i.V.m. § 5 Abs. 2 GV die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichend war. Der Stimmrechtsanteil des Klägers zu 2 reichte nicht aus, dies zu verhindern. Satzungsrechtlich war auch keine Stimmbindung vorgesehen.

(cc) Diese rechtlich zulässigen Satzungsregelungen sind verbindlich. Hinweise auf ein Scheingeschäft ([§ 117 BGB](#)) liegen nicht vor. Dies gilt auch für die der gesellschaftsrechtlichen Stimmverteilung zugrunde liegende Verteilung des Stammkapitals im Verhältnis 25:75 bzw. 25,01:74,99 zwischen dem Kläger zu 2 und der MDL. Anderes haben die Kläger und zuvor die MDL auch nicht behauptet. Die abweichenden schuldrechtlichen Vereinbarungen im DV und der "Stimmbindungsvereinbarung" lassen keinen Schluss darauf zu, dass die beschriebenen Regelungen auf Satzungsebene nicht gewollt waren. Andernfalls wäre nicht nachzuvollziehen, weshalb eine Satzungsänderung beim Eintritt des Klägers zu 2 als Geschäftsführer, bei der ersten und zweiten Übernahme der Geschäftsanteile und schließlich bei Abschluss der "Stimmbindungsvereinbarung" nicht vorgenommen worden ist.

Die genannten Gesellschaftsvertragsregelungen sind auch nicht (wirksam) abbedungen worden. Hierzu hätte es nach [§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG](#) einer notariellen Beurkundung bedurft. Notariell beurkundete Vertragsänderungen liegen jedoch nicht vor. In der von den Klägern übereinstimmend behaupteten weisungsfreien Durchführung der Geschäftsführertätigkeit durch den Kläger zu 2 kann schon mangels Einhaltung des Formerfordernisses keine wirksame Abbedingung der genannten gesellschaftsvertraglichen Regelungen liegen. Gleiches gilt für die lediglich schriftlichen, aber nicht notariell beurkundeten Vereinbarungen im DV und der "Stimmbindungsvereinbarung".

(dd) Die gesellschaftsrechtliche Rechtsmacht der Mehrheitsgesellschafterin wurde weder durch den DV noch die "Stimmbindungsvereinbarung" eingeschränkt. Die Regelungen der [§§ 46 ff. GmbHG](#) sind zwar dispositiv ([§ 45 Abs. 2 GmbHG](#)). Die Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter auch in der Geschäftsführung kann aber nur im Gesellschaftsvertrag verengt werden. Eine Erweiterung der Organbefugnisse im Anstellungsvertrag oder Beststellungsakt ist nicht möglich (Roth, a.a.O., § 45 Rn. 10, 11).

Für die Lösung des vorliegenden Konfliktes zwischen Satzung (Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers) und Anstellungsvertrag (Weisungsfreiheit nach § 1 Ziffer 3 und 4 DV) ist zwischen organisationsrechtlicher und schuldrechtlicher Ebene zu differenzieren. Auf organisationsrechtlicher Ebene ist die Satzungsregelung ungeachtet einer abweichenden Regelung im Anstellungsvertrag vorrangig. In solchen Fällen kann die Satzungsregelung durch den Anstellungsvertrag nicht "ausgehebelt" werden. Die Lösung des Problems erfolgt allein auf der schuldrechtlichen Ebene. Der Anstellungsvertrag hat im Verhältnis zwischen Geschäftsführer und der GmbH zwar Gültigkeit. Anstellungsbedingungen, die dem Gesellschaftsvertrag widersprechen, entfalten organisationsrechtlich aber keine Wirkung; auf dieser Rechtsebene ist der Geschäftsführer an den Gesellschaftsvertrag gebunden. Der Geschäftsführer muss also die Satzungsregelung beachten. Das Organisationsrecht der Gesellschaft, das sich insoweit aus dem Gesetz ergibt, hat Vorrang vor dem Anstellungsvertrag, weil die Organstellung in ihrer statutarischen Ausgestaltung dem Anstellungsvertrag vorgegeben ist. Der Vorrang des Organisationsrechts erstreckt sich auch auf eine von den Gesellschaftern beschlossene Geschäftsordnung oder konkrete Einzelweisung der Gesellschafter, etwa zur Abgrenzung des Aufgabenbereichs eines Geschäftsführers. Undurchbrechbare Weisungsfreiheit erlangt der Geschäftsführer nur durch eine dahin gehende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2016, Anhang zu § 6 Anstellungsverhältnis, Rn. 11 ff.; Altmeyden, a.a.O., § 6 Rn. 46 f.). Da sein Anstellungsvertrag ihm aber andere Rechtspositionen (Weisungsfreiheit) einräumt, kann der Geschäftsführer ggf. sein Amt niederlegen, außerordentlich kündigen oder Schadenersatzansprüche geltend machen. Er hat aber keinen Unterlassungs- oder Erfüllungsanspruch gegen die Gesellschaft dahin, dass sich die Gesellschafter mit ihren organisationsrechtlichen Vorgaben im Rahmen des Anstellungsvertrages halten (Kleindiek, a.a.O. Rn. 15 ff.; Altmeyden, a.a.O.). Die Regelungen im DV räumten dem Kläger zu 2 somit keine Rechtsmacht ein, eine Weisungsfreiheit der Geschäftsführertätigkeit durchzusetzen.

Diese Rechtsmacht erlangte der Kläger zu 2 auch nicht durch die "Stimmbindungsvereinbarung" vom 17. Juli 2015. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die dort getroffenen Vereinbarungen nach ihrem Wortlaut die daran beteiligten Parteien nicht zu einer bestimmten Stimmabgabe verpflichteten. Geregelt wurde in Ziffer 1, dass Beschlüsse zu nachstehenden Bereichen der "Zustimmung" des Klägers zu 2 bedürften. Weder der Kläger zu 2 noch die PO als andere Vertragspartei verpflichteten sich, ihre Stimmen – bei Gesellschafterbeschlüssen der MDL – in einer bestimmten Weise abzugeben. Bereits daher war der Kläger zu 2 nicht in der Lage, die PO zu einer bestimmten Stimmabgabe bei Gesellschafterbeschlüssen der MDL in Anspruch zu nehmen. Nach dem Wortlaut wurde dem Kläger zu 2 vielmehr (schuldrechtlich) ein Veto-Recht eingeräumt, das sozialversicherungsrechtlich unbeachtlich ist (z.B. BSG, Urteil vom 11. November 2015 - [B](#)

[12 KR 10/14 R](#) - juris, Rn. 31).

Insoweit unterscheidet sich der hier vorliegende Sachverhalt von dem im angeführten Urteil des LSG Baden-Württemberg (vom 11. Juni 2014 – [L 5 KR 2911/13](#) – juris). Ohnehin war das BSG der dortigen Rechtsauffassung nicht gefolgt und hatte das Urteil aufgehoben (BSG, Urteil vom 11. November 2015 – [B 12 KR 13/14 R](#) – juris). Danach kommen den aus einem Stimmbindungsvertrag folgenden (schuldrechtlichen) Rechten keine – im Rahmen der sozialversicherungsrechtlich gebotenen Gesamtabwägung von vornherein den Ausschlag gebende, d.h. entscheidende – Indizfunktion für das Vorliegen selbständiger Tätigkeit zu. Eine unterschiedliche Bewertung von Stimmrechtsvereinbarungen im Gesellschaftsrecht einerseits und im Sozialversicherungsrecht andererseits ist durch die verschiedenen Sachstrukturen der jeweiligen Rechtsbereiche gerechtfertigt. Die Frage der Versicherungspflicht bzw. fehlender Versicherungspflicht wegen Selbständigkeit ist schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil diese nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten der Sozialversicherungsträger und die Leistungsansprüche des Betroffenen von entscheidender Bedeutung sein kann. Dieses Postulat der Vorhersehbarkeit prägt das Recht der Pflichtversicherung in der Sozialversicherung und unterscheidet es von Wertungen des – an ganz anderen praktischen Bedürfnissen ausgerichteten – Gesellschaftsrechts (BSG, Urteile vom 11. November 2015 – [B 12 KR 13/14 R](#) – juris, Rn. 27 und – [B 12 KR 10/14 R](#) – juris, Rn. 31). Eine außerhalb des Gesellschaftsvertrages von beiden Gesellschaftern getroffene Stimmbindungsvereinbarung ist deshalb nicht geeignet, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben, wenn und weil der Stimmbindungsvertrag von jedem Gesellschafter aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Dass Kündigungsrechte tatsächlich nicht ausgeübt werden, ist im sozialversicherungsrechtlichen Kontext ohne Bedeutung. Bei einem Konfliktfall zwischen beiden Gesellschaftern der GmbH käme nämlich – durchsetzbar – allein die des Mehrheitsgesellschafters aufgrund seines vertraglichen Kündigungsrechts zustehende Rechtsmacht zum Tragen (BSG, Urteil vom 11. November 2015 – [B 12 KR 13/14 R](#) – juris, Rn. 25 ff.).

Die vorliegende, auf Dauer geschlossene "Stimmbindungsvereinbarung" war als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts kündbar (hierzu BSG, Urteil vom 11. November 2015 – [B 12 KR 13/14 R](#) – juris, Rn. 31). Sind Stimmbindungsverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, sind sie gesellschaftsrechtlich ohnehin jederzeit ordentlich kündbar ([§ 723 Abs. 1 S 1 BGB](#)). Ist hingegen eine fixe Zeitdauer vereinbart worden, kann der Stimmbindungsvertrag vor Zeitablauf jedenfalls aus wichtigem Grund gekündigt werden ([§ 723 Abs. 1 S 2 BGB](#)). Die Ausübung des Kündigungsrechts ist dabei zwar an die Einhaltung bestimmter Modalitäten geknüpft ([§ 723 Abs. 2 BGB](#)), jedoch könnten die genannten Kündigungsrechte vertraglich nicht abbedungen werden ([§ 723 Abs. 3 BGB](#)). Damit käme der "Stimmbindungsvereinbarung" vom 17. Juli 2015 auch keine sozialversicherungsrechtlich relevante Bedeutung zu, wenn sich hieraus ein Anspruch des Klägers zu 2 gegen die PO auf eine bestimmte Stimmabgabe ergäbe.

(ee) Angesichts der dem Kläger zu 2 also fehlenden Rechtsmacht fallen die ihm eingeräumten Befugnisse als Geschäftsführer nicht ins Gewicht. Es entspricht dem Wesen der Tätigkeit eines Geschäftsführers einer GmbH, dass es sich hierbei nicht um eine Tätigkeit für ein eigenes Unternehmen (des Geschäftsführers) handelt, sondern um eine Tätigkeit für ein fremdes Unternehmen, nämlich die GmbH (Beschluss des Senats vom 30. Oktober 2015 – L 4 R 4015/15 – nicht veröffentlicht). Bereits die Tätigkeit als Geschäftsführer als solche generiert die Eingliederung in den fremden Betrieb in einem Maße, dass den Modalitäten der Ausübung dieser Tätigkeit keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen kann. Die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH verliert also den ihrem Wesen nach immanenten Charakter als abhängige Beschäftigung namentlich nicht dadurch, dass der Geschäftsführer – wie hier der Kläger zu 2 – einzelvertretungsbefugt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit war. Auch (andere) leitende Angestellte verfügen über derartige Freiheiten und Befugnisse, ohne dass dies den Charakter als abhängige Beschäftigung berühren würde (zuletzt etwa BSG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – [B 12 R 13/13 R](#) – in juris, Rn. 30; BSG, Urteil vom 30. April 2013 – [B 12 KR 19/11 R](#) – in juris, Rn. 29 m.w.N.).

(2) Ein entscheidende Bedeutung gewinnendes unternehmerisches Risiko, das im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten ist (BSG, Beschluss vom 16. August 2010 – [B 12 KR 100/09 B](#) – juris Rn. 10, m.w.N.; ferner z.B. Urteil des Senats vom 24. April 2015 – [L 4 R 1787/14](#) – nicht veröffentlicht), trug der Kläger zu 2 nicht. Die Kläger haben selbst eingeräumt, dass höhere Investitionskosten bei der Tätigkeit nicht anfielen. Die vom Kläger zu 2 nach § 2 Ziffer 3 DV selbst zu tragenden Kosten beschränken sich auf Reise-, Telefon- und Internetkosten. Er war zwar zu 35% an den Umsatzerlösen der Klägerin zu 1 beteiligt. Dies spricht aber noch nicht für ein Selbständigkeit indizierendes wirtschaftliches Risiko. Erfolgsabhängige Vergütungsanteile sind bei leitenden Angestellten nicht untypisch. Ob insoweit bei der hier vorgenommenen Anknüpfung an den Umsatz statt des Gewinns und den tatsächlichen Zahlungseingang von dritter Seite (§ 2 Ziffer 1, Spiegelstrich 2 DV) anderes gilt, wie von den Klägern angenommen, kann offen bleiben. Angesichts der Höhe der festen Vergütung, die durchgängig die jeweilige Jahresarbeitsentgeltgrenze der gesetzlichen Krankenversicherung überschritt, kommt dem eher geringen Kapitaleinsatz des Klägers zu 2 und den erfolgsabhängigen Vergütungsanteilen kein maßgebliches Gewicht zu. Der Kläger zu 2 erhielt ein festes monatliches Entgelt in Höhe von EUR 7.000,00. § 2 Ziffer 1 DV sieht zwar lediglich eine monatliche Abschlagszahlung in dieser Höhe vor; über das Honorar werde jährlich unter Vorlage entsprechender Stundenaufstellungen abgerechnet. Diese vertragliche Regelung wurde von den Vertragsparteien aber tatsächlich so nicht praktiziert. Der Senat entnimmt dies den Ausführungen des Klägers zu 2 in der mündlichen Verhandlung vor dem SG. Danach habe dieser keine Stunden aufgeschrieben; solches sei auch gar nicht machbar. Die in § 2 Ziffer 1 Spiegelstrich 1 DV vorgesehene Vergütung von EUR 68,00 pro angefangener Stunde wurde also unabhängig vom tatsächlichen zeitlichen Umfang der Tätigkeit geleistet. Damit erzielte der Kläger zu 2 ein festes monatliches Mindestentgelt in Höhe der vertraglich als Abschlagszahlung vorgesehenen EUR 7.000,00. Auch das SG hat im angefochtenen Urteil ein festes Monatsentgelt in dieser Höhe angenommen, ohne dass die Kläger dies im Berufungsverfahren bestritten hätten.

(3) Angesichts der fehlenden gesellschaftsrechtlichen Rechtsmacht, der Weisungsabhängigkeit und des vertraglichen Anspruchs auf eine monatliche Vergütung kommt den weiteren Umständen der Tätigkeit keine entscheidende Bedeutung zu. Dies gilt auch für die klägerseits angeführten Spezialkenntnisse des Klägers zu 2 im Markthallenkonzept, aufgrund derer er "Kopf und Seele" des Unternehmens gewesen sei (zur Unbeachtlichkeit dieses Gesichtspunkts nach Aufgabe der früheren Rechtsprechung durch das BSG siehe oben b) bb)). Die weiteren vertraglichen Regelungen (keine Entgeltfortzahlung im Falle von Krankheit oder sonstiger Arbeitsverhinderung; kein Anspruch auf bezahlten Urlaub; Abführung von Steuern und etwaigen Sozialversicherungsbeiträgen durch den Kläger zu 2) sind allein Ausdruck der – hier sozialversicherungsrechtlich unbeachtlichen – subjektiven Vorstellung der Vertragsparteien, eine Vereinbarung über eine selbständige Tätigkeit zu treffen. Nichts anderes gilt für den ausdrücklichen Ausschluss eines Wettbewerbsverbots in § 4 DV. Daher kann der Senat offen lassen, inwieweit eine Konkurrenztaetigkeit des Klägers zu 2 zur MDL gesellschaftsrechtlich überhaupt zulässig wäre.

dd) Die Beklagte hat den Beginn der Versicherungspflicht auch zu Recht mit dem 1. Januar 2009, dem Tag der Aufnahme der Tätigkeit,

festgestellt. Einem späteren Beginn der Versicherungspflicht nach [§ 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV](#) steht entgegen, dass der Kläger zu 2 den Antrag auf Statusfeststellung erst am 28. Oktober 2010 gestellt hat und damit nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit. Diesem Beginn der Versicherungspflicht stehen auch Gründe des Vertrauensschutzes nicht entgegen. Zunächst bietet gerade das Verfahren nach [§ 7a SGB IV](#) die Möglichkeit, bei rechtzeitiger Einleitung Rechtssicherheit über den Versicherungsstatus zu erreichen. Des Weiteren handelt es sich bei Feststellung der Versicherungspflicht nach ständiger und unveränderter Rechtsprechung des BSG um eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles. Dies galt auch für das Kriterium "Kopf und Seele" des Betriebs.

ee) Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung bestand für den Kläger zu 2 erst ab dem 1. Januar 2011, wie von der Beklagten im Bescheid vom 26. März 2015 zugrunde gelegt. Nach [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) in der ab 2. Februar 2007 geltenden Fassung des Art. 1 Nr. 3 Buchst a GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG) vom 26. März 2007 ([BGBl. I S. 378](#)) sind versicherungsfrei Arbeiter und Angestellte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze nach den Absätzen 6 oder 7 übersteigt und in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren überstiegen hat. Auch bei Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze trat die Versicherungsfreiheit somit erst nach Ablauf der ersten drei Beschäftigungsjahre ein. Der Kläger zu 2 blieb bei Aufnahme der Beschäftigung als Geschäftsführer trotz der die Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigenden Vergütung zunächst noch versicherungspflichtig in der Krankenversicherung. Der Kläger lag zwar in den Jahren 2009 und 2010 mit dem im DV vereinbarten Arbeitsentgelt EUR 7.000,00 über der Jahresarbeitsentgeltgrenze des [§ 6 Abs. 6 SGB V](#), 2009: EUR 48.600,00 (§ 4 Abs. 1 Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung [SVBezGrV] 2009) = EUR 4.050,00 monatlich; 2010: EUR 49.950,00 (§ 4 Abs. 1 SVBezGrV 2010) = EUR 4.162,50 monatlich. Der Kläger bezog jedoch in den drei vorangegangenen Kalenderjahren (2006 bis 2008) kein Arbeitsentgelt, weil er eigener Behauptung nach selbständig tätig war. Erst im Jahr 2011 ist diese dreijährige Wartezeit durch die Neufassung des [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) durch Art. 1 Nr. 2 Buchst a GKV-Finanzierungsgesetz (GKV-FinG) vom 22. Dezember 2010 ([BGBl. I S. 2309](#)) entfallen. Ein früherer Eintritt der Versicherungsfreiheit, als von der Beklagten in den Bescheiden vom 26. März 2015 umgesetzt, kam daher nicht in Betracht.

Die Regelung über die Versicherungsfreiheit in [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) mit seinem vom 2. Februar 2007 bis 31. Dezember 2010 geltenden Erfordernis eines dreijährigen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze erfasste auch Personen mit einem Einkommen oberhalb der Jahresarbeitsentgeltgrenze erfasst, die – wie der Kläger zu 2 ab 1. Januar 2009 – vor Beginn ihrer Beschäftigung wegen einer selbständigen Tätigkeit nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig waren (BSG, Urteil vom 27. Juni 2012 – [B 12 KR 6/10 R](#) – juris, Rn. 15). Auch die Bestandsschutzregelung des [§ 6 Abs. 9 SGB V](#) in der ab 2. Februar 2007 geltenden Fassung des Art 1 Nr. 3 Buchst e GKV-WSG kommt dem Kläger nicht zugute (BSG, Urteil vom 27. Juni 2012 – [B 12 KR 6/10 R](#) – juris, Rn. 19), weil er am 2. Februar 2007 nicht versicherungsfrei als Beschäftigter war.

Die Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung knüpft an die jeweilige Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung an ([§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB IX](#)).

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 SGG](#) (BSG, Beschluss vom 29. Mai 2006 – [B 2 U 391/05 B](#) – juris, Rn. 18) und berücksichtigt insbesondere die erst im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgte Korrektur hinsichtlich der Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, die zu einem teilweisen Obsiegen der Kläger geführt hätte.

5. Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe hierfür (vgl. [§ 160 Abs. 2 SGG](#)) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-12-27