

L 8 R 665/13

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung

8
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 34 R 469/11

Datum
13.05.2013
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 665/13

Datum
21.05.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 13.5.2013 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im zweiten Rechtszug nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens ([§ 7a](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch [SGB IV]) über die Versicherungspflicht des Klägers als mitarbeitender GmbH-Gesellschafter bei der Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung im Zeitraum vom 1.1.2008 bis zum 31.12.2009.

Der am 00.00.1968 geborene Kläger arbeitete seit Juli 1993 in abhängiger Beschäftigung zunächst als Industriekaufmann, sodann im Bereich Customer Care, als Internet Engineer, Network Consultant und zuletzt vom 1.8.2002 bis zum 31.12.2007 als Security Consultant.

Er ist seit dem 9.11.2007 Gesellschafter der Beigeladenen zu 1). Diese wurde ursprünglich durch notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag vom 31.7.1997 zum 1.8.1997 gegründet, der auszugsweise folgenden Inhalt hat:

§ 1 Firma und Sitz

1. Die Firma der Gesellschaft lautet:

D und Mediadesign mbH.

2. Die Gesellschaft hat ihren Sitz in E.

§ 2 Gegenstand des Unternehmens

1. Gegenstand des Unternehmens ist die Beratung und Schulung, die Erstellung und der Vertrieb in den Bereichen Hard- und Software, Telekommunikationsmittel und Unterhaltungselektronik.

2. Die Gesellschaft ist berechtigt, Geschäfte anderer Art zu tätigen, soweit dies zur Erreichung des Gesellschaftszwecks dienlich erscheint. Die Gesellschaft darf andere Unternehmen erwerben, sich an anderen Unternehmen ähnlicher Art beteiligen und Zweigniederlassungen gründen.

§ 3 Stammkapital

1. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 50.000,- DM (i. W.: fünfzigtausend Deutsche Mark).

2. Auf dieses Stammkapital übernehmen Herr C 12.500 DM Herr M 12.500 DM Herr T 12.500 DM Herr X 12.500 DM.

()

§ 8 Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung

() 5. Gesellschafterbeschlüsse bedürfen zu ihrer Wirksamkeit einer Mehrheit aller vorhandenen Stimmen. ()

§ 9 Jahresabschluss und Gewinnverteilung

() 2. Über die Verwendung des Jahresabschlusses entscheidet die Gesellschafterversammlung. Ein eventueller Verlust wird einem gesonderten Verlust-Vortragskonto zugeführt.

()

§ 11 Geschäftsführung, Vertretung

1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so sind diese nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt. Die Gesellschafterversammlung kann einem oder mehreren Geschäftsführern allein Geschäftsführungsbefugnis erteilen. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so hat dieser Alleinvertretungsbefugnis.

2. Dem Geschäftsführer kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) erteilt werden.

3. Befugnisse und Verpflichtungen der Geschäftsführung werden in einer Geschäftsführungsordnung geregelt, deren Inhalt die Gesellschafter durch Beschluss festlegen.

()

Im notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag vom 17.4.1999 erfolgte eine Neufassung des § 8 Abs. 5:

Gesellschafterbeschlüsse bedürfen zu ihrer Wirksamkeit einer Mehrheit von 76 % der Stimmen aller Gesellschafter.

Durch notariell beurkundete(n) Gesellschafterbeschlüsse sowie Kauf- und Abtretungsvertrag vom 13.12.2000 wurde § 3 des Gesellschaftsvertrages neu gefasst:

1. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 50.000 EUR (i. W. fünfzigtausend Euro).

2. Auf dieses Stammkapital übernehmen

K B 25.000,00 EUR N C 2.500,00 EUR T T 500,00 EUR B S 22.000,00 EUR.

In der Folgezeit ergaben sich weitere Wechsel im Gesellschafterbestand und hinsichtlich der Verteilung der Geschäftsanteile. Seit dem 15.3.2004 ist der Gesellschafter B als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen.

Durch notariell beurkundeten Kauf- und Abtretungsvertrag vom 9.11.2007 erhielt der Kläger von dem mittlerweile 34.500 Euro umfassenden Geschäftsanteil des Gesellschafters B einen Anteil von 15.000 Euro. Ausweislich der Gesellschafterliste vom gleichen Tag ergab sich folgende Verteilung der Stammeinlagen:

K B 19.500,00 Euro (39 %) Q H 15.000,00 Euro (30 %) T T 500,00 Euro (1 %) Kläger 15.000,00 Euro (30 %).

Am 19.12.2007 schloss die Gesellschaft zudem mit dem Kläger einen Anstellungsvertrag folgenden Wortlautes ab:

§ 1 Arbeitsbeginn, Tätigkeitsbereich

Der Arbeitnehmer beginnt sein Arbeitsverhältnis am 01.01.2008. Der Arbeitnehmer wird als Leiter Security Engineering beschäftigt.

§ 2 Dienort und Arbeitszeit

Der Arbeitnehmer hat seine Leistung, soweit erforderlich, am Sitz der Gesellschaft zu erbringen.

Der Arbeitnehmer wird seine ganze Arbeitskraft, Erfahrungen und Kenntnisse der Gesellschaft zur Verfügung stellen.

An eine bestimmte Arbeitszeit ist er nicht gebunden. Er ist jedoch gehalten, jederzeit, wenn und soweit das Wohl der Gesellschaft es erfordert, zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen.

§ 3 Wettbewerbsverbot

Dem Arbeitnehmer ist es untersagt, während der Dauer dieses Vertrages sich mittelbar oder unmittelbar an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen oder ein solches zu betreiben bzw. Nebentätigkeiten zu übernehmen.

Das Wettbewerbsverbot gilt ferner nicht für Beteiligungen an Unternehmen in Gestalt von Wertpapieren, die an Börsen gehandelt und die zum Zwecke der Kapitalanlage erworben werden, soweit die Beteiligungsquote 5 % der Stimmrechte des betreffenden Unternehmens nicht übersteigt.

§ 4 Bezüge

Der Arbeitnehmer erhält für seine Tätigkeit ein festes Monatsgehalt von 5.600 EUR brutto, das jeweils am Monatsletzten zu zahlen ist.

Im Krankheitsfall oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers wird das Festgehalt für die Dauer von sechs Monaten fortgezahlt. Ein evtl. bezogenes Krankengeld wird angerechnet. Die Gesellschaft behält sich die Anrechnung von Ersatzansprüchen gegenüber Dritten vor.

Verstirbt der Arbeitnehmer, wird seinen Hinterbliebenen (der Witwe oder unterhaltsberechtigten Kindern) das feste Gehalt (Abs. 1) anteilmäßig für die Dauer von sechs Monaten weitergezahlt.

§ 5 Sonstige Leistungen

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Benutzung eines gesellschaftseigenen Pkw. Der Arbeitnehmer darf den Pkw auch für private Zwecke einschließlich Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte benutzen. Der in der privaten Nutzung liegende geldwerte Vorteil wird dem Arbeitnehmer hälftig neben seiner Bruttovergütung gewährt. Dementsprechend werden die monatlichen Bezüge gemäß § 4 um die Hälfte des geldwerten Vorteils reduziert. Für die Lohnbesteuerung wird ein monatlicher Pauschalbetrag in der steuerlich jeweils geltenden Höhe zu Grunde gelegt. Die hierauf entfallenden Steuerabzugsbeträge trägt der Arbeitnehmer. Betriebs- und Unterhaltungskosten trägt die Gesellschaft.

§ 6 Urlaub

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf einen Jahresurlaub von 26 Werktagen. Der Arbeitnehmer hat den Zeitpunkt seines Urlaubs so einzurichten, dass den Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung getragen wird.

Kann der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub nicht oder nicht vollständig nehmen, weil Interessen der Gesellschaft entgegenstehen, hat er Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs im April des Folgejahres unter Zugrundelegung der Höhe des Grundgehaltes (§ 4 Abs. 1).

Kann der Urlaub wegen Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht oder nicht vollständig genommen werden, ist er dem Arbeitnehmer abzugelten.

§ 7 Dauer, Kündigung

Dieser Vertrag beginnt am 01.12.2007 und ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er ist mit einer Frist von sechs Monaten zum Quartalsende für beide Parteien kündbar. Ansprüche aus früheren Dienstverhältnissen bestehen beiderseits nicht.

Der Vertrag ist jederzeit aus wichtigem Grund fristlos kündbar. Jede Kündigung bedarf der Schriftform. Die Kündigung des Arbeitnehmers ist jederzeit zulässig.

Jede Kündigung des Anstellungsverhältnisses kann nicht allein durch den Geschäftsführer erfolgen, sondern bedarf für deren Wirksamkeit der Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

()

Der Anstellungsvertrag ist von allen vier Gesellschaftern unterschrieben worden.

Der Kläger nahm seine Tätigkeit als Leiter Security Engineering am 1.1.2008 auf. Am 5.6.2008 wurde seine Bestellung zum Prokuristen im Handelsregister eingetragen.

Am 22.6.2009 beantragte er die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status als mitarbeitender Gesellschafter seit dem 1.1.2008. In dem Feststellungsbogen gab er unter anderem an, dass er weder der Beigeladenen zu 1) noch ihren Gesellschaftern Darlehen gewährt oder Bürgschaften für sie übernommen habe und dass die Beigeladene zu 1) nach außen durch den Alleingeschäftsführer B vertreten werde. Er selbst verfüge auch nicht als einziger Gesellschafter über die zur Führung des Unternehmens erforderlichen Branchenkenntnisse. Aus seiner Sicht übe er seit dem 1.1.2008 eine selbständige Tätigkeit aus. Seine Mitarbeit sei in einem besonderen Arbeits-/Dienstvertrag geregelt. Angaben zu einer nachgefragten regelmäßigen tariflichen/tatsächlichen wöchentlichen Arbeitszeit machte er nicht. Überdies gab er an, im Gegensatz zu einem fremden Arbeitnehmer nicht dem Direktionsrecht (Weisungsrecht) der Beigeladenen zu 1) bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung zu unterliegen. Seine Tätigkeit in der Gesellschaft könne er ohne Einschränkung frei bestimmen und gestalten.

Die Frage, ob die Gestaltung der Tätigkeit von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse am Wohl und Gedeihen des Unternehmens abhängig sei, verneinte der Kläger. Er könne selbständig Personal einstellen und entlassen. Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Seine Abberufung/Kündigung sei zu jeder Zeit unter Berücksichtigung einer Frist von sechs Monaten zum Quartalsende möglich. Unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens werde eine monatlich gleichbleibende Vergütung als Gegenleistung für die geleistete Arbeit gezahlt (5.600 EUR). Diese werde auch im Falle einer Arbeitsunfähigkeit für die Dauer von sechs Monaten weitergezahlt. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet, diese werde auch als Lohn/Gehalt und nicht als Betriebsausgabe oder Gewinn-Vorwegentnahme verbucht. Die Frage, ob er am Gewinn beteiligt sei bzw. erfolgsabhängige Bezüge (z.B. Tantiemen) erhalte, verneinte er. In der Vergangenheit sei weder von einem Krankenversicherungsträger noch von anderen Sozialversicherungsträgern ein Beitragsbescheid über die Versicherungspflicht erlassen worden.

Im Formular "Angaben zur Person/Tätigkeit" gab der Kläger an, zurzeit nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert zu sein. Zuletzt sei er bei der BKK L U, F, gesetzlich krankenversichert gewesen. Er begehrte ausdrücklich die Feststellung, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ab dem 1.1.2008 nicht vorliege. Diesem Antrag schloss sich die Beigeladene zu 1) durch Unterschrift in dem Formular an.

Am 31.7.2009 hörte die Beklagte den Kläger zum Erlass eines Bescheides über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung an. Daraufhin nahm er durch seine Bevollmächtigten Stellung. Die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sei nicht gerechtfertigt. Zwar verfüge er nur über eine Nominalbeteiligung von 30 % der Gesellschaftsanteile. Die Umstände des Einzelfalles seien jedoch maßgeblich und hier bestehe eine Pattsituation zwischen ihm und den Mitgesellschaftern B und H, die im Wesentlichen gleich große Gesellschaftsanteile hielten. Durch seinen Gesellschaftsanteil und aufgrund des qualifizierten Mehrheitserfordernisses von 76 % sei er in der Lage, alle ihm missliebigen Gesellschafterbeschlüsse zu verhindern. Diese Sperrminorität räume ihm die gleiche Machtposition ein wie den beiden übrigen Gesellschaftern. Faktisch sei er genauso autark wie ein Mehrheitsgesellschafter. Er sei auch nicht den Weisungen des Geschäftsführers unterworfen. Zeitliche und örtliche Einschränkungen seiner Tätigkeit müsse er nicht hinnehmen. Keinem anderen Gesellschafter sei eine in höherem Maße selbständige Gestaltung seiner Tätigkeit möglich. Keiner der vorgenannten Gesellschafter könne von den anderen beiden entlassen werden. Die Bestimmung eines festen Gehaltes in dem Anstellungsvertrag folge der ursprünglichen Intention, dass eine Grundabsicherung der Gesellschafter erfolgen sollte. Sie bilde jedoch nicht den Gegenwert der Tätigkeit ab. Die Gewährung eines auskömmlichen flexiblen Gehalts sei bisher aufgrund der Geschäftslage nicht möglich gewesen.

Durch an den Kläger und die Beigeladene zu 1) gerichteten Bescheid vom 14.10.2009 stellte die Beklagte die Versicherungspflicht dem Grunde nach ab dem 1.1.2008 fest. Aus dem maßgeblichen Gesamtbild ergebe sich, dass die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis in qualitativer und quantitativer Hinsicht die Merkmale für eine selbständige Tätigkeit überwogen.

Insbesondere zeige sich dies daran, dass mit dem Kläger im Anstellungsvertrag ein Urlaubsanspruch, sonstige Leistungen, wie ein Firmen-Pkw, und Lohnfortzahlung im Krankheits- und sonstigen Verhinderungsfall vereinbart worden seien. Auch könne ihm seitens der Gesellschaft gekündigt werden. Er habe zudem ein für die Tätigkeit übliches Arbeitsentgelt vereinbart und dieses offenbar auch erhalten. Ein Unternehmerrisiko sei ebenso wenig wie eine Beteiligung am Gewinn erkennbar. Aufgrund seines Anteils am Stammkapital sei er ohne maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Er könne durch die Sperrminorität zwar Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern, aber mangels Geschäftsführerstellung weder den Geschäftsbetrieb bestimmen noch als Mehrheitsgesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben. Dem stehe lediglich entgegen, dass er keine Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit erhalte. Die Arbeitsleistung sei jedoch trotzdem fremdbestimmt, da der Kläger in eine von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes eingegliedert sei. Er könne nur im Rahmen der Gesellschafterversammlung und ihrer Beschlüsse handeln. Die Arbeit des Klägers werde von der Gesellschafterversammlung überwacht, selbst wenn die Gesellschafter davon regelmäßig keinen Gebrauch machten. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich im Fall des Klägers - wie bei Diensten höherer Art üblich - zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Nach alledem sei die getroffene Feststellung berechtigt.

Am 16.1.2009 legte der Kläger Widerspruch ein. Der Bescheid sei rechtswidrig. Die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung seien, soweit überhaupt erfüllt, jedenfalls untergeordnet. Gerade die schon beschriebene Pattsituation belege dieses. Auf die formale Bestellung zum Geschäftsführer komme es nicht wesentlich an. Er sei gleichwertiges Mitglied der Geschäftsleitung. Bei seinem Eintritt in die Gesellschaft sei bereits beabsichtigt gewesen, auch ihn und den Mitgesellschafter H zu Geschäftsführern zu bestellen. Dies sei jedoch zunächst wegen bestehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten und vorheriger Wechsel in der Geschäftsführung verschoben worden, um den Kunden bis auf Weiteres einen festen Ansprechpartner, nämlich den Geschäftsführergesellschafter B, zu erhalten. Im Innenverhältnis verfüge der Kläger jedoch über das gleiche Gewicht in der Leitung des Unternehmens. Sämtliche richtungweisenden Entscheidungen seien immer von allen Gesellschaftern mitgetragen worden.

Im Innenverhältnis sei der Geschäftsführer ihm gegenüber nicht weisungsbefugt. Die Beklagte habe fehlerhaft auf den Anstellungsvertrag abgestellt, der überdies kein solcher mit arbeitsvertraglich typischen Regelungen sei. Dies belege schon, dass er von Arbeitgeberseite nicht nur von dem Geschäftsführer, sondern von allen Gesellschaftern unterzeichnet worden sei. Überdies bedürfe die Kündigung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Laut Vertrag sei zwar ein Fixgehalt vereinbart, tatsächlich werde jedoch jährlich das Ergebnis der Gesellschaft geprüft und das Gehalt, welches er, der Kläger, zu erhalten habe, je nach Geschäftslage nach oben oder unten korrigiert. Die seit 1.1.2008 erfolgten Gehaltszahlungen stellten mithin eine in der Anfangszeit jährlich garantierte Tantieme dar, die sich an den Zahlen des Vorjahres orientiert habe. Auch Weihnachtsgeld sei in Abhängigkeit von dem Geschäftsergebnis und z.B. 2007 nur für die Belegschaft gezahlt worden. Nach alledem ergebe sich, dass die gelebte Situation in der Gesellschaft derjenigen eines Beschäftigten nicht vergleichbar gewesen sei.

Durch an den Kläger und die Beigeladene zu 1) gerichteten Bescheid vom 21.10.2010 stellte die Beklagte unter Änderung des Ausgangsbescheides und in Umsetzung der Urteile des Bundessozialgerichts vom 11.3.2009 ([B 12 R 11/07 R](#)) und vom 4.6.2009 ([B 12 R 6/08](#)) die Versicherungspflicht des Klägers in allen Zweigen der Sozialversicherung ab dem 1.1.2008 fest. Durch an die Beigeladene zu 1) adressierten Widerspruchsbescheid vom 5.1.2011 wies sie sodann den Widerspruch als unbegründet zurück. Sie bezog sich dabei im Wesentlichen auf die Begründung ihrer vorhergehenden Bescheide. Der Kläger könne im Geschäftsbetrieb weder bestimmen noch maßgebenden gestalterischen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen. Ihm als Minderheitsgesellschafter ohne Geschäftsführerstellung fehle die Rechtsmacht, die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Geschäftsführer aufzuheben oder abzuschwächen und ihm missliebige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu verhindern.

Hiergegen hat der Kläger am 10.2.2011 beim Sozialgericht Dortmund Klage erhoben.

Am 11.5.2011 hat die Beklagte auch dem Kläger eine Ausfertigung des Widerspruchsbescheides erteilt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die tatsächlichen und die rechtlichen Verhältnisse sprächen mehr gegen als für eine abhängige Beschäftigung. Aufgrund seiner Sperrminorität habe er die Möglichkeit, die Entlastung des Geschäftsführers zu verhindern. Eine 30-prozentige Beteiligung belege auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse am Erfolg der Beigeladenen zu 1), welches über das Interesse eines Angestellten hinausgehe. Er sei zudem gleichberechtigtes Mitglied in der Geschäftsleitung und damit dem organschaftlichen Geschäftsführer im Innenverhältnis gleichgestellt. In der Geschäftsleitung würden sämtliche Bereiche der Geschäftsführung besprochen und gleichberechtigt entschieden (Kostenverringerung, Jahresplanung, Steuerung des Mitarbeitereinsatzes, Fragen betreffend die Erwartungen bestimmter Kunden und der technischen Ausstattung des Betriebes). Zu diesem Zweck würden regelmäßig Geschäftsleitersitzungen anberaumt. Die Umsetzung erfolge eigenständig und eigenverantwortlich. Sie werde durch dieses Gremium beim nächsten Treffen

kontrolliert.

Zudem obliege ihm die eigenverantwortliche Leitung des Bereiches "Engineering", also des operativen Geschäfts im technischen Bereich inklusive der Personalverantwortung. Praktisch verfüge der Geschäftsführer über keine Handhabe, da er Weisungen gegenüber ihm als mitarbeitendem Mitgesellschafter nicht einseitig durchsetzen könne. Die Beklagte knüpfe lediglich an seine fehlende Geschäftsführerstellung an. Dabei handele es sich aber lediglich um formaljuristische Rahmenbedingungen, demgegenüber sei jedoch auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen.

Im Hinblick auf die Bestellung des Klägers zum (Mit-)Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) zum 1.1.2010 durch Beschluss der Gesellschaftsversammlung vom 23.12.2009 hat die Beklagte durch Bescheid vom 8.1.2013 festgestellt, dass der Kläger seit dem 1.1.2010 nicht mehr im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig sei.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 13.5.2013 hat sie sodann im Rahmen der Abgabe eines Teilanerkennnisses ihre Bescheide vom 14.10.2009 und vom 21.10.2010 in der Fassung des Widerspruchbescheides vom 11.5.2011 insoweit aufgehoben, als darin die Kranken- und Pflegeversicherungspflicht des Klägers für die Zeit vom 1.1.2008 bis zum 31.12.2009 festgestellt worden war. Dieser hat das Teilanerkennnis angenommen.

Der Kläger hat sodann beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 14.10.2009 und 21.10.2010 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 11.5.2011 insgesamt aufzuheben und festzustellen, dass er in seiner Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter bei der Beigeladenen zu 1) vom 1.1.2008 bis 31.12.2009 nicht aufgrund einer abhängigen Beschäftigung sozialversicherungspflichtig gewesen ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat zur Begründung auf den Inhalt des angefochtenen Bescheides Bezug genommen. Allein aus der im Gesellschaftsalltag weisungsfreien Ausführung der ansonsten fremdbestimmten Arbeit könne vorliegend nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden. Rechtlich unterliege der Kläger der Überwachung durch den Geschäftsführer und die Gesellschafter. Zu den von ihm in Anspruch genommenen tatsächlichen Verhältnissen gehöre auch die Rechtsmacht, das Weisungsrecht auszuüben, und diesem könne sich der Kläger nicht entziehen. Er sei mithin nicht mehr als ein leitender Angestellter.

Die Beigeladene zu 1) hat keinen Antrag gestellt.

Mit Urteil vom 13.5.2013 hat das SG die Klage abgewiesen. Der Kläger habe im Streitzeitraum eine abhängige Beschäftigung im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ausgeübt. Ergebnis der Gesamtwürdigung sei, dass er in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingebunden gewesen sei und am Arbeitsprozess dieser dienend teilgehabt habe. Maßgeblich für die abhängige Beschäftigung sei, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum angestellter GmbH-Gesellschafter ohne Bestellung zum Geschäftsführer gewesen sei und allein aufgrund seiner Gesellschafterrechte nicht über die Möglichkeit verfügt habe, seine Weisungsgebundenheit aufzuheben oder abzuschwächen. Das Weisungsrecht und die Dienstaufsicht gegenüber den Angestellten der Beigeladenen zu 1) sei Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung gewesen. Eine Überlagerung dieser rechtlich bestehenden Abhängigkeit von den Weisungen der Geschäftsführung in seiner Eigenschaft als Angestellter durch die tatsächlichen Verhältnisse, die es gerechtfertigt hätte, eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zu verneinen, habe sich nicht feststellen lassen. Als Gesellschafter habe der Kläger zwar aufgrund seiner Sperrminorität Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern, jedoch weder maßgeblichen gestalterischen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch den laufenden Geschäftsbetrieb bestimmen können. Die Ausgestaltung des Anstellungsvertrages habe im Wesentlichen derjenigen eines Arbeitsvertrages entsprochen. Der Kläger habe eine Bereichsleitung übernommen und seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellen müssen. Die Vereinbarung von Nebenleistungen, der Urlaubsanspruch sowie die getroffene Kündigungsregelung sprächen für die Annahme einer typischen Beschäftigung als leitender Angestellter. Dies gelte auch in Ansehung des Umstandes, dass er innerhalb seines Aufgabenbereichs eigenständig bestimmen könne. Die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesamt-GmbH nach außen habe nicht ihm obliegen, sondern dem Geschäftsführer. Fehlende Einzelweisungen und die freie Gestaltung der Arbeitszeit im Rahmen der betrieblichen Erfordernisse änderten daran nichts. Diese Freiheit sei bei höher qualifizierten Mitarbeitern üblich, ohne eine Selbständigkeit begründen zu können.

Gegen das dem Kläger am 29.5.2013 zugestellte Urteil hat dieser am 24.6.2013 Berufung eingelegt.

Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor: Das SG habe in seinem Urteil verkannt, dass eine Überlagerung der rechtlichen durch die tatsächlichen Verhältnisse vorgelegen habe. Die Tatsache, dass er formal nicht in der Lage gewesen sei, die Weisungsgebundenheit aufzuheben oder abzuschwächen, sei aufgrund seiner Sperrminorität nicht entscheidend gewürdigt worden. Aufgrund derselben habe er maßgeblichen gestalterischen Einfluss auf die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und so auch entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen können. Eine intensivere Form der Einflussnahme sei nicht vorstellbar. Der Anstellungsvertrag sei untypisch für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, zumal er über diesen Vertrag als Gesellschafter mitentschieden habe und aufgrund der Regelung in § 7 auch absoluten Kündigungsschutz genieße. Nicht berücksichtigt worden sei zudem, dass es sich bei dem Gehalt um eine Vorschusszahlung in Form einer garantierten Tantieme gehandelt habe, und diese am Ende des Jahres nach unten oder oben korrigiert worden sei. Er habe also sehr wohl ein eigenes Interesse am wirtschaftlichen Ergebnis der Gesellschaft besessen und ein Unternehmerrisiko übernommen. Es sei auch nicht gerechtfertigt, ihn mit einem Angestellten zu vergleichen, da er gleichberechtigter Partner in der Geschäftsleitung mit den Gesellschaftern B und H gewesen sei. Leitende Angestellte seien zudem nicht in vergleichbarer Größenordnung am Unternehmen beteiligt wie er. Im operativen Tagesgeschäft habe er keine Weisungen von dem Geschäftsführer erhalten. Vielmehr habe er seine Arbeit völlig frei bestimmen können. Diese habe auch nicht am Sitz der Gesellschaft erfolgen müssen. Eine bestimmte Arbeitszeit sei ihm - anders als bei leitenden Angestellten üblich - nicht vorgeschrieben worden. Er sei lediglich verpflichtet gewesen, seine Arbeitskraft zur Dienstleistung zur Verfügung zu stellen, soweit das Wohl der Gesellschaft es erfordert habe. Diese Stellung im Unternehmen habe

schließlich dem Willen der Gesellschafter entsprochen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 13.5.2013 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 14.10.2009 in der Fassung ihres Änderungsbescheides vom 21.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5.1.2011 bzw. 11.5.2011 in der Fassung vom 13.5.2013 festzustellen, dass für seine Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) im Zeitraum vom 1.1.2008 bis zum 31.12.2009 keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte tritt dem Berufungsvorbringen entgegen und verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Sie nimmt zur Begründung Bezug auf ihren Bescheid in der aktuellen Fassung sowie ihr bisheriges Vorbringen.

Beigeladen worden sind zum Verfahren durch Beschluss vom 29.11.2013 zunächst die BKK L U, die BKK L U - Pflegekasse - sowie die Bundesagentur für Arbeit und sodann durch Beschluss vom 14.1.2014 anstelle der BKK L U und BKK L U - Pflegekasse - deren Rechtsnachfolger, die O BKK und die O BKK - Pflegekasse -.

Die Beigeladenen zu 1) bis 4) äußern sich nicht und stellen keine Anträge.

Zur weiteren Sachverhaltsdarstellung und hinsichtlich des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die Prozessakte und die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen. Der wesentliche Inhalt dieser Akten ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat kann in Abwesenheit der zum Verhandlungstermin am 21.5.2014 nicht erschienenen Beigeladenen zu 2) bis 4) verhandeln und entscheiden, nachdem er sie jeweils mit ordnungsgemäßer Terminnachricht auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, da der angefochtene Bescheid rechtmäßig ist und den Kläger nicht im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) beschwert.

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig.

Sie ist insbesondere gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) statthaft und form- sowie fristgerecht erhoben worden ([§§ 151 Abs. 1, 64 Abs. 2, Abs. 3 SGG](#)). Die vollständige Entscheidung ist dem Klägerbevollmächtigten am 29.05.2013 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem Sozialgericht am 26.06.2013 eingegangen.

Im Streit stehen nur noch die Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie der Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 31.12.2009 und somit der Bescheid der Beklagten vom 14.10.2009 in der Fassung ihres Änderungsbescheides vom 21.10.2010 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 05.01.2011 bzw. 11.05.2011 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 13.05.2013. Der Bescheid vom 08.01.2013 regelt demgegenüber den Zeitraum ab dem 01.01.2010.

Richtige Klageart ist die kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§§ 54 Abs. 1](#) 1. Alt., [55, 56 SGG](#)), denn über die Aufhebung des angefochtenen Bescheides hinaus begehrt der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens seiner Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

II. Die Berufung ist unbegründet.

Die Beklagte hat bereits vor Klageerhebung ihre nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BSG, Urteil vom 11.03.2009, [B 12 R 11/07 R](#), und Urteil vom 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), jeweils zitiert nach juris) unzulässige Elementenfeststellung im Bescheid vom 14.10.2009 durch Änderungsbescheid vom 21.10.2010 aufgehoben. Insoweit bestand kein Raum für ein Obsiegen des Klägers.

Sie hat den zunächst mit Datum vom 05.01.2011 nur an die Beigeladene zu 1) übersandten Widerspruchsbescheid unter dem 11.05.2011 auch an den Kläger übersandt. Als Drittbetroffener konnte er bereits gegen den der Beigeladenen zu 1) erteilten Widerspruchsbescheid Klage erheben. Die Klage war somit schon im Zeitpunkt ihrer Erhebung zulässig.

Rechtsgrundlage für den angefochtenen Feststellungsbescheid ist [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach können Beteiligte schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn - was hier nicht ersichtlich ist -, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hätte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch, [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch und [§ 25 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch).

Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist

dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), juris; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; Urteil v. 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#), juris).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob ein mitarbeitender Gesellschafter einer GmbH, der nicht selbst Geschäftsführer ist, zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht.

Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung, ob die Tätigkeit des Klägers im Rahmen einer Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt wird, ist der Anstellungsvertrag. Dieser hat sowohl nach seiner Vertragsbezeichnung als "Anstellungsvertrag" und der Bezeichnung des Klägers als "Arbeitnehmer" als auch nach seinem Inhalt im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses ein Arbeitsverhältnis zum Gegenstand.

§ 2 Abs. 3 Anstellungsvertrag bestimmt, dass der Kläger seine ganze Arbeitskraft, Erfahrungen und Kenntnisse der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen hat. Zwar ist eine bestimmte Arbeitszeit nicht festgelegt worden. Er ist jedoch verpflichtet, jederzeit, wenn und soweit das Wohl der Gesellschaft es erfordert, zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen. Diese Regelung spricht für ein umfassendes Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Zeit der Arbeit.

§ 4 Anstellungsvertrag sieht ein festes Monatsgehalt i.H.v. 5.600,00 Euro, welches jeweils zum Monatsletzten zu zahlen ist (Abs. 1), sowie die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung für die Dauer von sechs Monaten (Abs. 2 Satz 1) vor. Der Kläger hat - im Sinne einer arbeitnehmertypischen Dienstwagenregelung - gemäß § 5 Anstellungsvertrag einen Anspruch auf berufliche und private Nutzung eines gesellschaftseigenen Pkw.

§ 6 Abs. 1 Anstellungsvertrag regelt einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub von 26 Werktagen im Kalenderjahr, wobei der Urlaub sich nach den Bedürfnissen der Gesellschaft zu richten hat. Auch dies ist arbeitnehmertypisch. Etwas anderes ergibt sich nicht aus der in § 6 Abs. 2 vereinbarten Abgeltungsregelung im laufenden Arbeitsverhältnis. Diese ist zwar unwirksam. Die Vereinbarung unwirksamer Vertragsklauseln ist jedoch kein typisches Merkmal für Selbstständigkeit. Für Selbstständigkeit würde vielmehr das Fehlen jeglicher Urlaubsregelung sprechen.

Dass § 7 Abs. 3 Anstellungsvertrag sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung durch den Geschäftsführer von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig macht, ist kein wesentliches Indiz für eine gewollte Selbstständigkeit. Einmal wird dadurch die Bindung des Arbeitnehmers an den Willen des Arbeitgebers und dessen Weisungen weder beseitigt noch eingeschränkt. Zum anderen hängt auch die Kündigung von Fremdgeschäftsführern einer Gesellschaft vom Willen der Gesellschafterversammlung ab, ohne dass die abhängige Beschäftigung des Fremdgeschäftsführers dadurch beseitigt wird.

Dieser Beurteilung entspricht es, dass das Vertragsverhältnis auch in steuerlicher Hinsicht als abhängige Beschäftigung behandelt worden ist. So hat der Kläger im Feststellungsbogen unter Ziffer 2.14 und 2.15 unwidersprochen angegeben, dass von der Vergütung Lohnsteuer entrichtet und diese als Lohn/Gehalt und nicht als Gewinn-Vorwegentnahme verbucht wurde.

Soweit sich in der tatsächlichen Umsetzung des Vertrages Abweichungen der Parteien von den Vereinbarungen feststellen lassen, erlauben diese nicht den Schluss auf eine selbstständige Tätigkeit. Bei dem - zwar nicht vertraglich vereinbarten, aber 2009 gezahlten - Weihnachtsgeld handelt es sich um einen "klassischen" Vergütungsbestandteil, der Arbeitnehmern, nicht aber einem selbstständigen Vertragspartner gezahlt wird. Die in der Praxis jedenfalls ab September 2009 - außerhalb der Regelungen des Anstellungsvertrages - erfolgte Vergütung einer Rufbereitschaft unterstreicht zusätzlich die Einordnung des Klägers in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) und die Weisungsabhängigkeit. Wer in Rufbereitschaft steht, kann seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen. Vielmehr ist diese von dem nicht prognostizierbaren Arbeitsanfall in den Zeiten der Rufbereitschaft abhängig.

Dass die Festgehaltszahlungen in Höhe der vereinbarten 5.600,00 Euro in Wahrheit "garantierte Tantiemen" gewesen seien, wie der Kläger glauben machen will, ergibt sich weder aus dem Anstellungsvertrag noch aus den Abrechnungen. Der Kläger hat selbst im Feststellungsbogen die Frage unter Ziffer 2.12 "Wird unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens eine monatliche gleichbleibende

Vergütung als Gegenleistung für die geleistete Arbeit gezahlt?" bejaht und dort 5.600 Euro angegeben. Überdies hat er die Frage unter Ziffer 2.16 "Sind Sie am Gewinn beteiligt bzw. erhalten Sie erfolgsabhängige Bezüge (z. B. Tantiemen)?" verneint. Zudem ist für den Senat nicht erkennbar, dass für die noch relevanten Jahre 2008 und 2009 tatsächlich nachträglich ein Ausgleich in Form eines Gehaltsabzuges oder einer Tantieme entsprechend dem Geschäftsergebnis gezahlt worden wäre. Der diesbezügliche Vortrag ist vielmehr bis zur mündlichen Verhandlung unsubstantiiert geblieben. Die Gesamtjahresbruttobeträge in den überreichten Lohnsteuerbescheinigungen für die Jahre 2008 und 2009 weichen nur ganz geringfügig von den zusammengerechneten Beträgen in den Gehaltsabrechnungen ab und belegen den klägerischen Vortrag daher nicht.

Auf dieser vertraglichen Grundlage ist der Kläger im Streitzeitraum rechtlich weisungsgebunden tätig geworden.

Hieran ändert sich zunächst nichts dadurch, dass dem Kläger Prokura erteilt worden ist. Im Gegenteil sind Prokuristen grundsätzlich als weisungsabhängige Arbeitnehmer des Inhabers des Handelsgeschäfts anzusehen (vgl. BAG, Beschluss v. 21.12.1995, [5 AZB 20/95](#), juris; Beschluss v. 13.7.1995, [5 AZB 37/94](#), AP Nr. 23 zu § 5 ArbGG 1979; ebenso Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 744/11](#), juris). Das entspricht auch der gesetzlichen Wertung, Prokuristen im Regelfall als leitende Angestellte anzusehen (vgl. [§ 5 Abs. 3 Nr. 2](#) Betriebsverfassungsgesetz; vgl. hierzu BAG, Beschluss v. 27.4.1988, [7 ABR 5/87](#), AP Nr. 37 zu § 5 BetrVG 1972)).

Als Prokurist unterlag der Kläger in rechtlicher Hinsicht den Weisungen des Geschäftsführers. Dieser übt für die Gesellschaft das arbeitgeberseitige Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern aus (BSG, Urteil v. 23.6.1994, [12 RK 72/92](#), [NJW 1994, 2974](#) f.; Schneider/Schneider in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. [2014], § 35 Rdnr. 39 m.w.N.); Dem Kläger gegenüber bestand damit nicht nur - wie etwa gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH - ein unternehmerisches, sondern sogar ein arbeitsrechtliches Weisungsrecht (vgl. zu dieser Unterscheidung BAG, Urteil v. 26.5.1999, [5 AZR 664/98](#), AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG).

Wegen der Weisungsgebundenheit gegenüber dem Geschäftsführer reichte die Sperrminorität des Klägers auch nicht aus, um ihm unangenehme arbeitsrechtliche Weisungen zu verhindern. Zwar war er in der Lage, ihm nicht genehme Beschlüsse der Gesellschaft zu verhindern. Dies reicht indes nicht aus, um generell die für ein Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit zu vermeiden. Denn der Kläger konnte, da er nicht Geschäftsführer war, den Geschäftsbetrieb weder bestimmen noch als Minderheitsgesellschafter einen maßgebenden gestalterischen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen. Insofern unterscheidet sich seine Rechtsmacht auch deutlich von der eines Gesellschafter-Geschäftsführers mit Sperrminorität oder der eines mitarbeitenden Gesellschafters, der über eine Mehrheit der Geschäftsanteile verfügt (vgl. BSG, Urteil v. 5.2.1998, [B 11 AL 71/97 R](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 22](#); Urteil v. 9.11.1989, [11 RAR 39/89](#), [SozR 4100 § 104 Nr. 19](#)).

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die nach dem ultima-ratio-Prinzip letzte Konsequenz einer Weigerung des Klägers, arbeitgeberseitigen Weisungen zu folgen, nämlich die Kündigung des Arbeitsvertrages, an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung gebunden war. Gemäß § 47 Abs. 4 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) hat ein Gesellschafter, welcher durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber einem Gesellschafter betrifft. Ein "Richten in eigener Sache" ist nach dem Gesetz folglich ausgeschlossen. Aufgrund des Stimmverbotes in Satz 2 wäre die Sperrminorität des Klägers also nicht zum Tragen gekommen, wenn die Gesellschafterversammlung im Streitzeitraum über die Zustimmung zu seiner (außerordentlichen) Kündigung abzustimmen gehabt hätte.

Die dem Kläger eingeräumte Handlungsfreiheit konnte seine Selbständigkeit im Rechtssinne nicht rechtfertigen. Dies gilt schon deshalb, weil sie sich von vornherein nur auf bestimmte Geschäftsbereiche der Beigeladenen zu 1) bezog. Im Übrigen ist die Wahrnehmung von Handlungsfreiheiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Sie werden dennoch im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie - wie hier - fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen und auf diese Weise die Eingliederung in den Betrieb belegen. Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 1 Satz 4 SGB VI](#) sowie [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#)), die regelmäßig abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (vgl. zum Vorstehenden BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#) mit umfangreichen weiteren Nachweisen).

Der Kläger war in diesem Sinne in eine fremdbestimmte Ordnung des Betriebes eingegliedert. Das ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass er Teil einer arbeitsteiligen Geschäftsleitung war (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#)). Aus dem vom Kläger ausgefüllten Feststellungsbogen sowie den vorgelegten Organigrammen vom 1.12.2007 und vom 15.1.2009 ergibt sich, dass er lediglich - entsprechend der arbeitsvertraglichen Vereinbarung - für die Geschäftsbereiche "Engineering" zuständig war. Die Geschäftsbereiche "Organisation" und "Consulting" fielen demgegenüber in die Zuständigkeit der anderen beiden Geschäftsleiter. Auch in der praktischen Zusammenarbeit führte jeder seinen Aufgabenbereich eigenverantwortlich. Im Übrigen arbeiteten die Geschäftsleiter "Hand in Hand" und waren auf die gegenseitige Mitarbeit und gegenseitiges Mitwirken angewiesen. Dies spricht für eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und damit für eine abhängige Beschäftigung.

Insbesondere die Anhörung des Mitgesellschafters H in der mündlichen Verhandlung durch den Senat hat ergeben, dass die beschriebene Aufgabenteilung im Wesentlichen umgesetzt worden ist. Jedenfalls haben sich daraus keine Anhaltspunkte gegen eine Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) ergeben. Nach den Bekundungen des Mitgesellschafters H, an deren Wahrheitsgehalt der Senat keinen Zweifel hat, bestand eine Aufgabenteilung dahingehend, dass er selbst für Analyseplanung und Beratung, der Geschäftsführer B für Organisation und Vertrieb und der Kläger für Umsetzung und Betrieb zuständig waren. Auch wenn die Aufgabenteilung nicht immer strikt durchgehalten wurde, so kam der Kläger in der innerbetrieblichen Arbeitsteilung in der Regel dann zum Zuge, wenn die Beratung und Analyse vor Ort beim Kunden (Ressort H) und die Angebotserstellung durch den Vertrieb (Ressort B) abgeschlossen war, denn nach Annahme des Angebots verantwortete er die Umsetzung. Herr B, Herr H und der Kläger trafen sich zu zweiwöchentlich anberaumten Geschäftsleitungssitzungen getroffen, in denen sie die Steuerung des Unternehmens regelten. Nach allem besteht kein Raum für die Annahme, dass der Kläger einen beherrschenden Einfluss im tatsächlichen Rahmen auf die Geschicke der Gesellschaft ausgeübt hätte. Weder rechtlich noch tatsächlich war ein solcher Einfluss gewollt, denn es war nach den Worten Hs eine "gezielte Entscheidung", die

Geschäftsführung auf drei Personen zu stützen, nachdem es in der Geschichte der Gesellschaft zuvor zwei Geschäftsführer gegeben hatte, die bestehende Blockaden untereinander nicht hatten auflösen können. Es spricht nach Überzeugung des Senates vieles dafür, dass - abgesehen von Gründen der Außendarstellung - vor einer Bestellung zu Mitgeschäftsführern zunächst von dem Gesellschafter H und dem Kläger gewissermaßen eine Probezeit absolviert werden sollte.

Der Kläger verfügte auch nicht über alleinige umfassende Branchenkenntnisse, die es ihm ermöglicht hätten, faktisch im gesamten Unternehmen nach eigenem Gutdünken zu schalten und zu walten. Auf die Frage, was dagegen gesprochen hätte, sich im Falle eines Streites mit dem Kläger von diesem zu trennen und seine Funktion durch jemand anderen wahrnehmen zu lassen, der ggf. auf dem Markt hätte ein-/abgeworben werden müssen, hat der Mitgesellschafter H bei seiner Anhörung vor dem Senat erklärt, dass die Beigeladene zu 1) in einem sehr spezialisierten Geschäftsfeld tätig sei. Allein in Nordrhein-Westfalen gebe es nur etwa sechs Unternehmen, die Leistungen von ähnlicher Qualität erbringen könnten. Das mache es sehr schwierig, einen Ersatz zu finden. Darüber hinaus hätte dem auch der Aspekt der langjährigen Kundenbindung entgegengestanden, die eher zu den Personen als zum Unternehmen bestehe. Eine Trennung von dem Kläger hätte folglich zum Verlust mehrerer Kunden geführt. Diese Bekundungen rechtfertigen es zur Überzeugung des Senates nicht, von alleinigen umfassenden Branchenkenntnissen auszugehen. Die Beigeladene zu 1) konnte auf die Kenntnisse des Klägers durchaus verzichten, ohne ihre Unternehmenstätigkeit einstellen zu müssen. Er hat den - auch insoweit glaubwürdigen Bekundungen des Mitgesellschafters H nach - nach einer Tätigkeit im Anstellungsverhältnis zur Beigeladenen zu 1) als Security Consultant eine Zeitlang nicht für sie gearbeitet, um dann Anfang 2008 erneut in ihre Dienste einzutreten. In der Zwischenzeit waren seine Branchenkenntnisse offenbar substituierbar. Hinzu kommt, dass auch der Gesellschafter-Geschäftsführer B und der Mitgesellschafter H über für das Unternehmen relevante Kundenbindungen in diesem Markt verfügten, was letzterer im Rahmen seiner Anhörung bekundet hat. Schließlich korrespondiert damit, dass der Kläger selbst im Feststellungsbogen angegeben hat, er verfüge nicht als einziger Gesellschafter über die zur Führung des Unternehmens erforderlichen Branchenkenntnisse.

Der Kläger hat auch kein wesentliches Unternehmerrisiko getragen, da eine Teilhabe am Gewinn und Verlust der Gesellschaft für den Streitzeitraum weder vereinbart war, noch durchgeführt worden ist. Er hat weder der Gesellschaft noch den Gesellschaftern Darlehen gewährt oder für sie Bürgschaften übernommen. Sein Gesellschaftsanteil stellt keinen wesentlichen Kapitaleinsatz dar.

Die Frage der Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung und sozialen Pflegeversicherung ist nicht mehr streitgegenständlich, da die Beklagte diesbezüglich erstinstanzlich ein Teilerkenntnis abgegeben hat.

Da der Antrag nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) nicht innerhalb der Frist des Abs. 6 erfolgt ist, konnte die Beklagte als Beginn der Versicherungspflicht auf den Beschäftigungsbeginn abstellen. Der Kläger hat im Feststellungsbogen insoweit den 1.1.2008 angegeben. Dass im Widerspruch hierzu der Anstellungsvertrag vom 19.12.2007 den 1.12.2007 als Vertragsbeginn ausweist, bedurfte im Hinblick auf den im Berufungsverfahren allein im Streit stehenden Zeitraum vom 1.1.2008 bis zum 31.12.2009 keiner weiteren Aufklärung.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach [§§ 183, 193 SGG](#).

Gründe, gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) die Revision zuzulassen, sind nicht gegeben.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2014-11-12