

## L 8 R 863/13

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Köln (NRW)  
Aktenzeichen  
S 6 R 1781/11  
Datum  
02.08.2013  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 8 R 863/13  
Datum  
22.10.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 2.8.2013 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 24.3.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.2011 und in der Fassung des Änderungsbescheides vom 22.10.2014 wird aufgehoben, soweit mit diesem festgestellt worden ist, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) seit dem 25.11.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger in beiden Rechtszügen 1/10 seiner notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens ([§ 7a](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch [SGB IV]) über die Versicherungspflicht des Klägers in seiner Eigenschaft als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ab dem 25.11.2010.

Der am 00.00.1975 geborene Kläger hat Betriebswirtschaftslehre an der P-School of Management (WHU) in W, an der Ecole Supérieure de Commerce de U und an der University of Western Australia studiert und einen Abschluss als Diplom-Kaufmann erworben. Er arbeitete von 1999 bis 2000 als selbständiger Geschäftsführer Marketing & Recht bei der Fa. B und jeweils in abhängiger Beschäftigung von 2000 bis 2001 als Vice President Marketing der Fa. D AG und von 2002 bis 2006 als European Brand Manager bei der Fa. O Europe.

Durch notariellen Vertrag vom 16.6.2006 gründete der Kläger zusammen mit seinem ehemaligen Kommilitonen, dem am 00.00.1972 geborenen Diplom-Kaufmann D T, die Beigeladene zu 1), eingetragen im Handelsregister am 26.7.2008 (AG L, HRB Nr. 000). Geschäftsgegenstand der Beigeladenen zu 1) ist die Bereitstellung von Dienstleistungen bzw. Software für Handy- und Internetnutzer. Hauptprodukt ist " ...", ein sog. soziales Netzwerk und eine Plattform für Spiele. Die Gründungsgesellschafter sind dort seitdem als Geschäftsführer tätig. Innerhalb der Geschäftsführung verantwortet der Kläger die Geschäftsbereiche Marketing und Operations und Herr T die Geschäftsbereiche Finanzen/Business Development. Gemeinsam nehmen sie die Führung des Bereichs Strategie wahr. Für den technischen Bereich ist - ohne Bestellung zum Geschäftsführer - als Chief Technical Officer (CTO) Herr C verantwortlich.

Am 20.2.2007 gewährte der Kläger der Beigeladenen zu 1) ein Darlehen in Höhe von 50.000,00 Euro, von dem er einen Betrag i. H. v. 24.455,45 Euro zum 20.6.2007 kündigte. Er übernahm durch Kreditvertrag vom 10.8.2007 zudem eine selbstschuldnerische Bürgschaft zur laufenden Betriebsmittelfinanzierung in Höhe von 5.000,00 Euro.

Nachdem ursprünglich beide Gründer jeweils 50 % der Anteile am Stammkapital gehalten hatten, kam es in der Folgezeit zu Veränderungen. Am 22.5.2007 übernahm die C Digital Media Investments SA (CDMI) nach Durchführung einer Kapitalerhöhung auf 40.300,00 Euro 37,96 % der Anteile und brachte 2,5 Millionen Euro in das Unternehmen ein. Nachfolgend gewährte CDMI der Beigeladenen zu 1) noch Darlehen und Wandelanleihen im Umfang von 700.000,00 Euro. Die Beteiligung des Klägers und des Herrn T verringerte sich auf jeweils 31,02 %.

Durch notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluss vom 25.11.2010 erfolgte eine weitere Kapitalerhöhung auf 97.870,00 Euro. Dabei erwarben die L Bank und die G la Banque Postale J 00, 00, 00 (gemeinsam unter dem Kürzel "XAnge" auftretend) jeweils 17,65 % der Anteile. Der Anteil der CDMI blieb unter Anrechnung der Darlehen und Wandelanleihen gleich. Insgesamt hatte die zweite Kapitalerhöhung ein Volumen von 5 Millionen Euro. Seit diesem Zeitpunkt sind der Kläger und Herr T Minderheitsgesellschafter mit jeweils 12,77 % der Gesellschaftsanteile. Der Gesellschafterbeschluss umfasste auch eine Neufassung des Gesellschaftsvertrages (Anlage 1) und der

Geschäftsordnung für die Geschäftsführung (Anlage 2). Dem Aufsichtsrat gehörten seitdem C T (XAnge) als Vorsitzender, Urs Cete (CDMI) und S M (von den Geschäftsführern ausgewählt) an.

Der aufgrund einer kartellrechtlichen Genehmigung erst am 25.11.2010 beschlossene Gesellschaftsvertrag vom 20.8.2010 lautet auszugsweise:

I. Allgemeine Bestimmungen

§ 1 Firma der Gesellschaft

Die Gesellschaft ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma C GmbH

§ 2 Sitz

Die Gesellschaft hat ihren Sitz in L.

§ 3 Gegenstand des Unternehmens

(1) Zweck und Gegenstand des Unternehmens ist die Bereitstellung von Service / Dienstleistung bzw. Software für Handy- und Internetnutzer.

(2) Die Gesellschaft ist berechtigt, alle Geschäfte zu tätigen, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks dienlich erscheinen. Sie ist insbesondere berechtigt, im In- und Ausland Niederlassungen zu errichten und zu schließen, andere Unternehmen mit gleichem oder ähnlichem Aufgabengebiet zu erwerben oder sich daran zu beteiligen oder ihre Vertretung oder Geschäftsführung zu übernehmen.

§ 4 Geschäftsjahr

Das Geschäftsjahr der Gesellschaft ist das Kalenderjahr.

§ 5 Dauer der Gesellschaft

Die Gesellschaft ist für unbestimmte Zeit errichtet.

( ... )

II. Stammkapital

§ 7 Stammkapital, Investoren

(1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 97.870,00 (in Worten: siebenundneunzigtausendachthundertsiebzig Euro).

(2) Die Gesellschafterinnen G la Banque Postale J 00 6, Q, Frankreich, G la Banque Postale J 00, Q, Frankreich und G la Banque Postale J 10, Q, Frankreich werden einschließlich ihrer jeweiligen Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger nachfolgend gemeinsam auch als "XAnge" bezeichnet. Die Gesellschafterin C Digital Media Investments S.A., M, wird einschließlich ihrer jeweiligen Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger nachfolgend als "CDMI" bezeichnet. Die Gesellschafterin L, C, wird einschließlich ihrer jeweiligen Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger nachfolgend als "L" bezeichnet. XAnge, L und CDMI sowie deren jeweilige Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger werden nachfolgend einzeln oder gemeinsam, als "Investoren" bezeichnet. Die Gesellschafter D T und D S werden nachfolgend einzeln oder gemeinsam als "Manager" bezeichnet.

III. Geschäftsführung und Vertretung

§ 8 Geschäftsführer

(1) Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer.

(2) Die Bestimmung der Anzahl der Geschäftsführer sowie deren Bestellung und Abberufung erfolgt durch den Aufsichtsrat. Bei dem Abschluss, der Änderung und der Beendigung von Geschäftsführer-Dienstverträgen oder sonstigen Vereinbarungen mit Geschäftsführern wird die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat vertreten.

§ 9 Geschäftsführung

(1) Die Geschäftsführer führen die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den Gesetzen, diesem Gesellschaftsvertrag sowie den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats.

(2) Die Gesellschafterversammlung kann eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung erlassen. Diese Geschäftsordnung kann vorsehen, dass für bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung die Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats erforderlich ist. Die Gesellschafterversammlung sowie der Aufsichtsrat, dieser jedoch nur einstimmig, können jederzeit beschließen, dass darüber hinaus weitere Maßnahmen der Geschäftsführung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung und/oder des Aufsichtsrats bedürfen.

§ 10 Vertretung

(1) Die Gesellschaft wird durch einen Geschäftsführer einzeln vertreten, wenn er der einzige Geschäftsführer ist. Im Übrigen wird die Gesellschaft durch zwei gemeinschaftlich handelnde Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten.

(2) Der Aufsichtsrat kann einzelne oder alle Geschäftsführer generell oder im Einzelfall ganz oder teilweise von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreien und einzelnen oder allen Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis erteilen.

#### IV. Aufsichtsrat

##### § 11 Aufsichtsrat

(1) Die Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat, der aus drei (3) Mitgliedern besteht.

(2) XAnge sind gemeinsam berechtigt, ein (1) Mitglied des Aufsichtsrats zu bestellen und abzurufen. CDMI ist berechtigt, ein (1) Mitglied des Aufsichtsrats zu bestellen und abzurufen. Das verbleibende Mitglied des Aufsichtsrates wird von den Managern gemeinsam bestellt und abgerufen; bei Ausscheiden eines der Manager als Gesellschafter der Gesellschaft wächst dieses Recht dem verbleibenden Manager an; scheidet auch der verbleibende Manager als Gesellschafter der Gesellschaft aus, wächst dieses Recht den nach Maßgabe dieses Abs. (2) entsende- und abberufungsberechtigten Investoren gemeinsam an. Sinkt die Beteiligung des/der jeweils entsende- und abberufungsberechtigten(n) Gesellschafter/Gesellschaftergruppe auf weniger als 5 % am Stammkapital der Gesellschaft, verliert er/sie sein/ihr Beststellungs- und Abberufungsrecht und wächst dieses den verbleibenden nach Maßgabe dieses Abs. (2) entsende- und abberufungsberechtigten Gesellschaftern bzw. Gesellschaftergruppen zur gemeinsamen Ausübung an. Die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt jeweils durch schriftliche Erklärung gegenüber der Geschäftsführung der Gesellschaft. Die erneute Bestellung ist zulässig.

(3) Die Aufsichtsratsmitglieder sollen Persönlichkeiten sein, die nach Ausbildung, Können und Erfahrung in der Lage sind, die dem Aufsichtsrat übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Geschäftsführer, Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter der Gesellschaft und etwaiger Beteiligungsgesellschaften der Gesellschaft können nicht Aufsichtsratsmitglieder sein. Die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat endet außer durch Tod oder Abberufung auch durch Amtsniederlegung, die ohne Angabe von Gründen schriftlich und unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist von einem Monat gegenüber der Geschäftsführung zu erklären ist, im Übrigen mit Ablauf der Amtsdauer, für welche das jeweilige Mitglied des Aufsichtsrats bestellt ist.

(4) Der Aufsichtsrat überwacht und berät die Geschäftsführung. Darüber hinaus kann die Gesellschafterversammlung, soweit dies rechtlich zulässig ist, einzelne ihrer Rechte und Befugnisse ganz oder teilweise auf den Aufsichtsrat übertragen und diesen mit zusätzlichen Rechten und Pflichten versehen. Die Gesellschafterversammlung kann jederzeit beschließen, dass dem Aufsichtsrat die auf ihn nach vorstehendem Satz übertragenen Rechte und Pflichten nicht mehr zustehen sollen.

(5) Sofern in diesem Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist, findet, soweit dies rechtlich zulässig ist, [§ 52 GmbHG](#) auf den Aufsichtsrat keine Anwendung. [§ 116 Satz 2 AktG](#) ist entsprechend anzuwenden.

(6) Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

(7) Die Gesellschafterversammlung kann mit einer Mehrheit von 85 % der Stimmen der in der jeweiligen Gesellschafterversammlung anwesenden oder ordnungsgemäß vertretenen Gesellschafter beschließen, allen oder einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern - über den allen Aufsichtsratsmitgliedern zustehenden Anspruch auf Ersatz ihrer angemessenen Auslagen hinaus - die Zahlung einer angemessenen Vergütung anzubieten, über deren Höhe die Gesellschafterversammlung nach Anhörung des Aufsichtsrats beschließt.

(8) Wenn und solange ein beschlussfähiger Aufsichtsrat bei der Gesellschaft nicht besteht, werden die Befugnisse und Aufgaben des Aufsichtsrats von der Gesellschafterversammlung wahrgenommen. Diese beschließt in diesem Fall mit einfacher Mehrheit der bei der Gesellschafterversammlung vertretenen Stimmen, wobei die betreffenden Gesellschafterbeschlüsse zu ihrer Wirksamkeit darüber hinaus stets der Zustimmung von XAnge und CDMI bedürfen, wobei XAnge insoweit nur einheitlich abstimmen können.

(9) Die L sowie deren jeweiliger Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger ist berechtigt, eine Person, die nicht dem Aufsichtsrat angehört, als frage- und rede-, jedoch nicht stimmberechtigten Beobachter zu den Sitzungen des Aufsichtsrats zu entsenden; die Entsendung erfolgt durch schriftliche Erklärung gegenüber der Geschäftsführung der Gesellschaft.

##### § 12 Verfahren des Aufsichtsrats

(1) Die Mitglieder des Aufsichtsrates wählen aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden und einen stellvertretenden Vorsitzenden. Im Falle der Verhinderung des Aufsichtsratsvorsitzenden hat sein Stellvertreter dessen Befugnisse und Pflichten.

(2) Der Aufsichtsrat tagt grundsätzlich zwei bis drei Mal im Jahr, wenn nicht besondere Umstände weitere Sitzungen erforderlich machen. (...)

(3) Die Geschäftsführer der Gesellschaft sollen an den Aufsichtsratssitzungen teilnehmen, sofern der Aufsichtsrat nichts anderes beschließt.

(4) Der Aufsichtsrat ist beschlussfähig, wenn alle drei (3) seiner Mitglieder an der Sitzung teilnehmen oder vertreten sind. Abwesende Mitglieder des Aufsichtsrats können andere Mitglieder des Aufsichtsrats zur Ausübung ihres Stimmrechts bevollmächtigen; die Vollmacht bedarf der Schriftform oder der Form des Telefaxes. Für den Fall, dass der Aufsichtsrat nicht beschlussfähig ist, findet § 11 (8) Anwendung.

(5) Beschlüsse des Aufsichtsrats bedürfen der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen; Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegebene Stimmen. Aufsichtsratsbeschlüsse gemäß § 8 Abs. (2) und § 10 Abs. (2) sowie Aufsichtsratsbeschlüsse im Hinblick auf die

jährliche Geschäftsplanung und das Budget der Gesellschaft und ihrer Beteiligungsgesellschaften sowie über die Zustimmungsbedürftigkeit von und die Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung, insbesondere nach Maßgabe der Regelungen in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, bedürfen jedoch zu ihrer Wirksamkeit in jedem Falle zusätzlich der Zustimmung der gemäß § 11 Abs. (2) Satz 1 durch XAnge und CDMI bestellten Aufsichtsratsmitglieder.

( ... )

#### V. Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse

##### § 13 Gesellschafterversammlungen

(1) Gesellschafterversammlungen werden von den Geschäftsführern einberufen. Jeder Geschäftsführer ist berechtigt, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Zusätzlich kann jeder Gesellschafter sowie der Aufsichtsrat jederzeit verlangen, dass die Geschäftsführer eine Gesellschafterversammlung einberufen. Darüber hinaus ist jeder Gesellschafter berechtigt, die Gesellschafterversammlung selbst einzuberufen, wenn die Geschäftsführer einem Einberufungsverlangen nicht unverzüglich nachkommen.

( ... )

(4) Die Geschäftsführer und die Mitglieder des Aufsichtsrats sollen an den Gesellschafterversammlungen teilnehmen, sofern die Gesellschafter nicht mit einer Mehrheit von mehr als 85 % des Stammkapitals etwas anderes beschließen.

(5) Eine Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens 85 % des Stammkapitals vertreten sind. Sind weniger als 85 % des Stammkapitals vertreten, so ist unverzüglich eine weitere Gesellschafterversammlung unter Beachtung der in Abs. (2) getroffenen Regelungen einzuberufen. Diese zweite Gesellschafterversammlung ist ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig, wenn die Gesellschafter hierauf in der Einberufung hingewiesen worden sind.

( ... )

##### § 14 Gesellschafterbeschlüsse

(1) Gesellschafterbeschlüsse sind in Versammlungen zu fassen. Sofern keine zwingenden gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen, können Gesellschafterbeschlüsse auch außerhalb von Versammlungen, und zwar schriftlich, durch Telefax, E-Mail oder mündlich und auch fernmündlich sowie in gemischter Form gefasst werden, wenn alle Gesellschafter sich an der betreffenden Beschlussfassung beteiligen und keiner dem Verfahren widerspricht. Sofern die Beschlussfassung mündlich oder fernmündlich erfolgt, hat die Geschäftsführung oder, für den Fall dass von der Geschäftsführung niemand an der Beschlussfassung teilgenommen hat, der an Lebensjahren älteste an der Beschlussfassung teilnehmende Gesellschafter unverzüglich über den Beschluss eine Niederschrift zu errichten, die abschriftlich jedem Gesellschafter zuzuleiten ist. Die Gesellschafter haben die Niederschrift bei der nächsten Gesellschafterversammlung zu genehmigen.

(2) Sofern dieser Gesellschaftsvertrag oder zwingende gesetzliche Bestimmungen keine abweichende Mehrheit vorsehen, sind Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der bei der Gesellschafterversammlung vertretenen Stimmen zu fassen. Je EUR 1,00 des Nennbetrags eines Geschäftsanteils gibt eine Stimme. Stimmenthaltungen gelten als Ablehnung. XAnge dürfen ihre Stimmen stets nur einheitlich ausüben.

(3) Soweit dies rechtlich zulässig ist, sind von der Beschlussfassung betroffene Gesellschafter abweichend von [§ 47 Abs. 4 GmbHG](#) stimmberechtigt.

(4) Soweit dem zwingendes Recht nicht entgegensteht, können fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse nur binnen einer Frist von einem Monat seit Zugang der Niederschrift und nur durch Gesellschafter angefochten werden, die in der Gesellschafterversammlung erschienen oder vertreten waren und dem Beschluss zur Niederschrift widersprochen haben oder die in der Gesellschafterversammlung nicht erschienen oder vertreten waren, wenn sie zu Unrecht nicht zugelassen wurden oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist.

##### § 15 Besondere Gesellschafterbeschlüsse

Zu ihrer Wirksamkeit bedürfen neben den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung zu Gegenständen der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung, für die gesetzlich ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen vorgesehen ist, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu folgenden Beschlussgegenständen der Zustimmung von XAnge, CDMI und mindestens einem der Manager, wobei XAnge insoweit nur einheitlich abstimmen können:

a) Änderungen des Gesellschaftsvertrages und Maßnahmen der Kapitalerhöhung (einschließlich der Schaffung von genehmigtem Kapital) und Kapitalherabsetzung außer in dem in § 18 Abs. (6) genannten Fall, für den die Regelung in § 18 Abs. (4) entsprechend gilt;

b) Erlass, Aufhebung und Änderung der Geschäftsordnungen für die Geschäftsführung und den Aufsichtsrat; Übertragung von Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung auf den Aufsichtsrat sowie Entzug der auf den Aufsichtsrat übertragenen Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung (vgl. § 11 Abs. (4));

c) Entscheidungen über die Zustimmungsbedürftigkeit von Maßnahmen der Geschäftsführung gemäß § 9 Abs. (2);

d) Entscheidungen über die Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung - sofern diese Zuständigkeit nicht jeweils auf den Aufsichtsrat übertragen ist (vgl. § 11 Abs. (4)) -, einschließlich Beschlussfassungen im Hinblick auf die jährliche Geschäftsplanung und das Budget der Gesellschaft und ihrer Beteiligungsgesellschaften;

- e) Entlastung der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats;
- f) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Mitglieder des Aufsichtsrats;
- g) Wahl des Abschlussprüfers;
- h) Feststellung des Jahresabschlusses der Gesellschaft;
- i) Beschlussfassung über Dividenden und andere Ausschüttungen jeder Art an die Gesellschaft unter Berücksichtigung der Regelungen in § 16;
- j) Einstellung von Gewinnbeträgen in Rücklagen, Vermehrung oder Verminderung von Rücklagen sowie Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln;
- k) Verfügungen jeglicher Art über sämtliche oder wesentliche Vermögensgegenstände der Gesellschaft;
- l) Abschluss, Änderung und Beendigung von Betriebspachtverträgen, Management-Verträgen und Unternehmensverträgen im Sinne der §§ 291 ff. AktG sowie sonstigen Verträgen, die zu einer wesentlichen Beschränkung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft führen können (einschließlich Vereinbarungen über Wettbewerbsverbote);
- m) Eingehung von Gesellschaftsverhältnissen jeder Art einschließlich stiller Beteiligungen und aller Absprachen, die dem anderen Vertragsteil eine Beteiligung am Gewinn, Umsatz oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren;
- n) Entscheidung über den Verzicht auf und Befreiungen von Wettbewerbsverboten zugunsten der Gesellschaft;
- o) Auflösung und/oder Liquidation der Gesellschaft, Formwechsel oder Verschmelzung der Gesellschaft oder sonstige Maßnahmen i. S. v. § 1 UmwG.

Zusätzlich bedürfen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu den vorstehend unter lit. a) bis o) genannten Beschlussgegenständen, mit Ausnahme der unter lit. d) und lit. l) genannten Beschlussgegenstände, zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der L.

( ...)"

Der Kläger und die Beigeladene zu 1) schlossen am 25.11.2010 einen Geschäftsführeranstellungsvertrag, der auszugsweise lautet:

"Der Geschäftsführer wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 16. Juni 2006 als Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer wurde mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit (Rück-) Wirkung zum 1. Mai 2007 ein Anstellungsvertrag geschlossen ("Anstellungsvertrag 2007"). Dieser soll mit Ablauf des 31. Juli 2010 einvernehmlich aufgehoben und durch den vorliegenden Anstellungsvertrag ersetzt werden.

#### 1 Aufhebung Anstellungsvertrag 2007

1.1 Der Anstellungsvertrag 2007 wird hiermit mit (Rück-) Wirkung zum Ablauf des 31. Juli 2010 einvernehmlich aufgehoben.

1.2 Mit (Rück-) Wirkung vom 1. August 2010 an wird der Anstellungsvertrag 2007 durch den vorliegenden Anstellungsvertrag ersetzt.

#### 2 Aufgaben und Pflichten

2.1 Der Geschäftsführer führt die Geschäfte der Gesellschaft eigenverantwortlich nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages, der Beschlüsse und Weisungen des für Geschäftsführerangelegenheiten zuständigen Gesellschaftsorgans, der jeweils gültigen Geschäftsordnung und eines etwaigen Geschäftsverteilungsplans für die Geschäftsführung, wenn solche erlassen wurden, und nach Maßgabe dieses Anstellungsvertrags.

2.2 Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft im Rahmen seiner Befugnisse gerichtlich und außergerichtlich.

2.3 Die Gesellschaft kann weitere Geschäftsführer bestellen. Der Geschäftsführer ist dann verpflichtet, mit Mitgeschäftsführern kollegial und kooperativ zusammenzuarbeiten.

2.4 Der Geschäftsführer hat die Geschäfte der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen. Er nimmt die Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers im Sinne des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts wahr.

2.5 Die Befugnis zur Geschäftsführung umfasst die Vornahme aller Maßnahmen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs der Gesellschaft, soweit nicht nach der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung ein zustimmungsbedürftiges Geschäft vorliegt.

#### 3 Umfang der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht

Der Geschäftsführer ist zu Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft einzeln befugt. Er hat jedoch etwaige Einschränkungen zu beachten, die ihm durch die Satzung, eine Geschäftsordnung, die Bestimmungen dieses Vertrages sowie durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung oder eines Aufsichtsrates oder Beirates auferlegt werden.

#### 4 Beginn, Vertragsdauer Beendigung und Freistellung

4.1 Dieser Vertrag beginnt am 1. August 2010 und ist unbefristet. Das Anstellungsverhältnis kann von beiden Parteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende ordentlich gekündigt werden, erstmals jedoch zum 31. Januar 2011.

4.2 Das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.

4.3 Jede Kündigung bedarf der Schriftform. Eine ohne Beachtung dieser Form ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam.

4.4 Ein Widerruf der Bestellung des Geschäftsführers gilt zugleich als ordentliche Kündigung dieses Dienstvertrages, soweit keine außerordentliche Kündigung erklärt wird.

( ... )

#### 5 Arbeitszeit und Nebentätigkeit

5.1 Der Geschäftsführer ist in der Einteilung seiner Arbeitszeit grundsätzlich frei. Er hat jedoch bei der Einteilung seiner Arbeitszeit auf die Belange der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert.

5.2 Die Übernahme einer jeden entgeltlichen oder unentgeltlichen Nebentätigkeit, von Aufsichtsrats-, Beirats- oder ähnlichen Mandaten sowie von Ehrenämtern ist nur mit vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. des Beirats oder Aufsichtsrats gestattet. Die Zustimmung soll im Regelfall erteilt werden, sofern berechnete Interessen der Gesellschaft nicht entgegenstehen.

#### 6 Vergütung

6.1 Der Geschäftsführer erhält als Vergütung für seine Tätigkeit ein festes Jahresgehalt in Höhe von EUR 90.000 brutto sowie eine variable Vergütung in Höhe von bis zu EUR 30.000 brutto. Die Voraussetzungen für den Erhalt der anteiligen bzw. der vollen variablen Vergütung vereinbaren der Aufsichtsrat der Gesellschaft und der Geschäftsführer in regelmäßigen Abständen.

Das feste Jahresgehalt ist zahlbar in zwölf gleichen monatlichen Raten, jeweils am Kalendermonatsende. Beginnt oder endet das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers unterjährig während des Kalenderjahrs, wird das Jahresgehalt anteilig pro rata temporis gezahlt.

6.2 Die Parteien vereinbaren, dass die Vergütung des Geschäftsführers nach Ablauf von einem Jahr, berechnet ab dem 1. August 2010, an die Unternehmensentwicklung der Gesellschaft angepasst wird. Sie verpflichten sich, spätestens drei Monate vor Ablauf des ersten Jahres in Verhandlungen über die künftige Vergütungshöhe einzutreten.

6.3 Mit der Vergütung gemäß diesem Anstellungsvertrag ist die gesamte Tätigkeit des Geschäftsführers bei der Gesellschaft abgegolten. Ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung von Mehr-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld/13. Monatsgehalt besteht nicht.

6.4 Der Geschäftsführer erhält nach Maßgabe der Anlage 1 zu diesem Vertrag einen Exit Bonus. Anlage 1 ist Bestandteil dieses Vertrages.

6.5 Besteht keine gesetzliche Pflicht zur Krankenversicherung, zahlt die Gesellschaft dem Geschäftsführer für die Dauer dieses Anstellungsvertrages einen Zuschuss zur Krankenversicherung in Höhe des Arbeitgeberanteils, wie er bei Krankversicherungspflicht bestünde.

6.6 Der Geschäftsführer ist berechtigt zu verlangen, dass die Gesellschaft dem Geschäftsführer ein Firmenfahrzeug zur Verfügung stellt. Macht der Geschäftsführer hiervon Gebrauch, reduziert sich die monatliche Teilrate des festen Jahresgehaltes gemäß Ziff. 7.1 in Höhe der mtl. Netto-Finanzierungs-Leasingrate für ein solches Fahrzeug. Entsprechend reduziert sich der Anspruch auf das Jahresgehalt.

6.7 Soweit Nebenleistungen zum steuerpflichtigen Arbeitsentgelt zählen, trägt der Geschäftsführer die hierauf entfallenden Steuern, auch soweit es sich um Pauschalsteuern handelt, sowie etwaige Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag. Dies gilt auch, soweit Lohnsteuerbeträge nachträglich zu entrichten sind.

#### 7 Vergütung bei Dienstverhinderung

7.1 Im Falle der vorübergehenden Dienstunfähigkeit des Geschäftsführers, die durch Krankheit, Unfall oder aus einem anderen von dem Geschäftsführer nicht zu vertretenden Grund eintritt, hat der Geschäftsführer Anspruch auf Fortzahlung seines festen Gehalts gemäß Ziff. 7.1 für die Dauer von bis zu zwölf Wochen, längstens jedoch bis zur Beendigung dieses Vertrages. Etwaige aufgrund der Dienstverhinderung von dritter Seite gezahlten Geldleistungen, etwa das Krankengeld einer Krankenkasse, sind auf die Fortzahlung der Vergütung anzurechnen.

7.2 Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Gesellschaft unverzüglich von einer solchen Dienstverhinderung in Kenntnis zu setzen.

7.3 Kann der Geschäftsführer von Dritten Schadensersatz wegen des Verdienstauffalls beanspruchen, der ihm durch seine Dienstunfähigkeit entstanden ist, so tritt er hiermit den Teil dieser Ansprüche gegen Dritte insoweit an die Gesellschaft ab, als diese ihm seine Vergütung fortzahlt, etwaige darauf entfallende von der Gesellschaft zu tragende Sozialversicherungsbeiträge abgeführt und Zuschüsse zu einer (privaten) Krankenversicherung übernommen hat. Der Geschäftsführer hat der Gesellschaft unverzüglich die zur Geltendmachung der Schadensersatzansprüche erforderlichen Angaben zu machen und Informationen zur Verfügung zu stellen. Soweit der Geschäftsführer den Übergang eines Schadensersatzanspruches gegen einen Dritten auf die Gesellschaft verhindert oder die zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches erforderlichen Angaben nicht macht und Informationen nicht zur Verfügung stellt, ist die Gesellschaft berechtigt,

die Fortzahlung der Vergütung nach Ziff. 8.1 zu verweigern.

## 8 Urlaub

8.1 Zwischen den Parteien besteht dahingehend Einverständnis, dass dem Geschäftsführer, bezogen auf jeweils ein volles Kalenderjahr, bezahlter Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen zusteht. Beginnt oder endet das Anstellungsverhältnis unterjährig, beträgt der Urlaubsanspruch 1/12 des Jahresurlaubs für jeden angefangenen Beschäftigungsmonat.

8.2 Bei der zeitlichen Festlegung des Zeitpunkts und der Dauer des Urlaubs sind die geschäftlichen Belange der Gesellschaft zu berücksichtigen. Lage und Dauer des Urlaubs sind zudem mit etwaigen Mitgeschäftsführern abzustimmen.

8.3 Kann der Geschäftsführer aus geschäftlichen oder aus in seiner Person liegenden Gründen den Urlaub nicht oder nicht vollständig bis zum Jahresende nehmen, so bleibt ihm der Anspruch auf Urlaub insoweit bis zum 30. Juni des Folgejahres erhalten. Kann aus persönlichen Gründen der Urlaub auch bis zu diesem Zeitpunkt nicht oder nicht vollständig genommen werden, so verfällt er; kann aus geschäftlichen Gründen der Urlaub auch bis zu diesem Zeitpunkt nicht oder nicht vollständig genommen werden, so ist er dem Geschäftsführer abzugelten.

## 9 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot; Zusicherung; Vertragsstrafe

9.1 Während der Dauer des Anstellungsverhältnisses ist es dem Geschäftsführer untersagt, direkt oder indirekt, selbständig, als freier Mitarbeiter oder als Arbeitnehmer für ein mit der Gesellschaft im Wettbewerb stehendes Unternehmen zu arbeiten oder in sonstiger Weise tätig zu werden oder eigene unternehmerische Tätigkeiten zu entfalten, durch die er zur Gesellschaft in den Wettbewerb treten würde.

9.2 Während der Dauer des Anstellungsverhältnisses ist es dem Geschäftsführer ferner untersagt, sich direkt oder indirekt an einem im Wettbewerb zu der Gesellschaft stehenden Unternehmen zu beteiligen. Ausgenommen sind lediglich Beteiligungen an börsennotierten Aktiengesellschaften von bis zu 10% aller ausgegebenen Aktien.

( ...)

9.14 Der Geschäftsführer hat für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot eine nach billigem Ermessen gemäß [§ 315 BGB](#) durch die Gesellschaft festzusetzende Vertragsstrafe in Höhe von bis zu sechs, vor seinem Ausscheiden durchschnittlich bezogenen monatlichen Vergütungen an die Gesellschaft zu zahlen. ( ...)

## 10 Ersatz von Aufwendungen

Die Gesellschaft erstattet dem Geschäftsführer Spesen und sonstige Aufwendungen, die im Rahmen ordnungsgemäßer Erfüllung dieses Vertrages für die Gesellschaft aufzubringen waren. Die Erstattung erfolgt gegen Vorlage der Originalbelege und zwar maximal in Höhe der steuerlich jeweils zulässigen Höchstsätze.

( ...)

## 13 Rechte an Arbeitsergebnissen

13.1 Alle Rechte an den Arbeitsergebnissen des Geschäftsführers stehen alleine der Gesellschaft zu. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Gesellschaft unverzüglich und schriftlich über alle Arbeitsergebnisse im Sinne dieser Bestimmung zu informieren, um die Wahrung ihrer Rechte zu ermöglichen.

( ...)

## 15 Verschiedenes

( ...)

15.2 Nebenabreden wurden nicht getroffen. Etwaige früher getroffene Vereinbarungen (insbesondere Arbeits- und Dienstverhältnisse) werden hiermit gegenstandslos. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform; die elektronische Form und die Textform sind ausgeschlossen. Satz 3 gilt auch für die Aufhebung, Änderung oder Ergänzung des Schriftformerfordernisses selbst. Individuelle Vereinbarungen haben stets Vorrang und gelten auch ohne Beachtung des Formerfordernisses ([§ 305b BGB](#)).

( ...)"

Weitere Rechte und Pflichten der Geschäftsführer ergeben sich aus der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Gesellschaft vom 25.11.2010, die auszugsweise in deutscher Übersetzung lautet:

"( ...)

## § 1 Allgemeine Vorschriften

Die Geschäftsführer betreiben die Geschäfte der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers und in Übereinstimmung mit den Gesetzen, dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft, dieser Satzung, ihren entsprechenden Servicevereinbarungen und den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates. Sie kooperieren zum Vorteil der Gesellschaft gutgläubig mit der Gesellschafterversammlung und den anderen Organen der Gesellschaft.

## § 2 Jährlicher Geschäftsplan und jährliches Budget

Die Geschäftsführung legt dem Aufsichtsrat spätestens 30 Kalendertage vor Beginn eines jeden Geschäftsjahres den jährlichen Geschäftsplan und das jährliche Budget für das folgende Geschäftsjahr zur Genehmigung, einschließlich insbesondere der monatlichen Plan-Bilanz, der monatlichen Plan-GuV und der monatlichen Liquiditätsplanung für das folgende Geschäftsjahr vor.

## § 3 Reporting, Beratung und Prüfung

(1) Zusätzlich zu sonstigen Reportingpflichten (einschließlich der gesetzlich vorgegebenen) stellt die Geschäftsführung den Investoren und Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft folgende Informationen zur Verfügung (gemäß der Definition in § 7 (2) des Gesellschaftsvertrags):

- (a) (i) die ungeprüften monatlichen Rechnungsabschlüsse innerhalb von 20 Kalendertagen nach jedem Kalendermonat, in welchen die aktuellen Zahlen (Bilanzdaten, Gewinn- und Verlustrechnung, Cashflow) den entsprechenden Budget-Zahlen des Vormonats, denen des laufenden Geschäftsjahres und den Zahlen des vorherigen Geschäftsjahres gegenüber gestellt werden; (ii) die Mitarbeiterzahl und (iii) ein kurzes Management-Update über alle relevanten Details (einschließlich insbesondere interner Forschungstätigkeiten und Dienstleistungsverträge)
- (b) (i) die ungeprüften vierteljährlichen Rechnungsabschlüsse innerhalb von 21 Kalendertagen nach jedem Kalenderquartal, in welchen die aktuellen Zahlen (Bilanzdaten, Gewinn- und Verlustrechnung, Cashflow) den entsprechenden Budget-Zahlen des Vorquartals, denen des laufenden Geschäftsjahres und den Zahlen des vorherigen Geschäftsjahres gegenüber gestellt werden; (ii) einen Fortschrittsbericht, der die Geschäftslage und -entwicklung der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften darstellt, einschließlich Forschung und Entwicklung; (iii) eine Verkaufsprognose; (iv) eine zwölfmonatige Cashflowprognose; (v) geistige Eigentumsrechte; (vi) Personalveränderungen; (vii) sonstige wichtige Belange im Verhältnis zu den gesetzten Meilensteinen und Anderweitiges
- (c) sonstige Informationen zur Finanzlage, zum Geschäft, Ausblick oder zu den Belangen der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften.

(2) Die Geschäftsführer beraten sich vor dem Treffen von Entscheidungen, welche von erheblicher Relevanz für die zukünftige Entwicklung der Gesellschaft und ihren Tochtergesellschaften sind, mit dem Aufsichtsrat. Dies gilt insbesondere für Entscheidungen, die den Rahmen des gegenwärtigen Geschäftsumfanges der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften übersteigen und nicht in den Investment-, Finanz- und Geschäftsplänen sowie dem vom Aufsichtsrat genehmigten Budget enthalten sind.

(3) Darüber hinaus besitzen die Aufsichtsratsmitglieder jederzeit ein umfassendes Recht auf Auskunft und auf Beratung mit den Geschäftsführern. Sie sind insbesondere berechtigt, die Geschäftsbücher und -unterlagen der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften einzusehen, zu prüfen und vom Wirtschaftsprüfer der Gesellschaft sofort Auskünfte zu erhalten. Zu diesem Zweck wird der Wirtschaftsprüfer von seiner Vertraulichkeitsverpflichtung entbunden. Spezielle Pflichten dürfen Sachverständigen auferlegt werden, die einer beruflichen Vertraulichkeitsverpflichtung unterliegen. Die Gesellschaft trägt die entsprechenden Kosten für solche Sachverständige. Die gemäß [§ 51 a GmbHG](#) bestehenden Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter bleiben unberührt.

## § 4 Zustimmungspflichtige Handlungen der Geschäftsführung

Die Geschäftsführung holt für die folgenden Geschäftstätigkeiten und -maßnahmen die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats gemäß § 12 (5) des Gesellschaftsvertrags ein, sofern sie nicht ausdrücklich (i) im bereits von der Gesellschafterversammlung genehmigten jährlichen Geschäftsplan oder (ii) in einem nachfolgenden jährlichen Geschäftsplan und Budget enthalten sind, welche gemäß § 2 dieser Satzung in Verbindung mit § 12 (5) des Gesellschaftsvertrags genehmigt worden sind.

1. Begründung, Erwerb, Abschluss oder - sofern nicht durch § 15 (k) dieses vorherrschend geltenden Gesellschaftsvertrags abgedeckt - Verkauf eines Geschäftsbetriebs, Teilen eines Geschäftsbetriebs oder von Zweigstellen; Aufbau oder Erwerb oder - sofern nicht durch § 15 (k) dieses vorherrschend geltenden Gesellschaftsvertrags abgedeckt - Veräußerung oder Auflösung von Anteilen oder Beteiligungen an Gesellschaften (insbesondere von einhundertprozentigen oder teilweise im Besitz befindlichen Tochtergesellschaften).
2. Erwerb oder - sofern nicht durch § 15 (k) dieses vorherrschend geltenden Gesellschaftsvertrags abgedeckt - Verkauf oder Belastung von Grundbesitz oder ähnlichen Rechten.
3. Entscheidungen, die einen erheblichen Einfluss auf die Organisationsstruktur der Gesellschaft haben.
4. Ernennung von Prokuristen und Generalbevollmächtigten und/oder Widerruf einer solchen Ernennung.
5. Gewährung von Ansprüchen auf der Grundlage von Verkäufen, Erträgen, Gewinnen oder Liquidationserlösen der Gesellschaft - in jeglicher Form - mit Ausnahme von Provisionen, Prämien und möglichen Vergütungen für Mitarbeiter und Geschäftspartner der Gesellschaft, die im Geschäftsgang üblich sind.
6. Eingehen von Bürgschaften, gemeinsamen Verbindlichkeiten, Patronatserklärungen, Garantien und sonstigen Wertpapieren zugunsten anderer Parteien außerhalb des üblichen Geschäftsgangs.
7. Abschluss, Änderung oder Kündigung von Vereinbarungen mit
  - a) Gesellschaftern, ehemaligen Gesellschaftern, Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsmitgliedern, den Verwandten solcher Personen im Rahmen der Bedeutung von [§ 15 AO](#) oder mit engen Verwandten solcher Personen im Rahmen der Bedeutung von [§ 138 \(1\) InsO](#);
  - b) Gesellschaften, an welchen eine der o. g. Personen direkte oder indirekte Beteiligungen hält;
  - c) sonstigen Parteien, wenn die entsprechende Vereinbarung von einem Mitglied der Geschäftsführung, die im Auftrag und Namen dieser Partei handelt, abgeschlossen, verändert oder gekündigt wird.
8. Investitionen (einschließlich der Übernahme von Leasingverpflichtungen) über jeweils EUR 20.000,00 und Investitionen, wenn die Gesamtheit dieser im Geschäftsjahr EUR 50.000,00 übersteigt; Initiierung von Entwicklungsprojekten mit einem Volumen von jeweils über EUR 20.000,00 und Entwicklungsprojekte, wenn die Gesamtheit dieser im Geschäftsjahr EUR 50.000,00 übersteigt.
9. Aufnahme von Geldern (einschließlich der Verlängerung von Kreditlinien) oder Ausgabe von Wechseln oder Akzepten mit einem Gesamtvolumen von über EUR 50.000,00.
10. Gewährung von Darlehen an Mitarbeiter oder Personen, ausgenommen verbundener Gesellschaften der Gesellschaft und außer geschäftsüblichen Termineinlagen bei Banken.
11. Geschäftstransaktionen mit Derivaten, Finanzinstrumenten und Terminverträgen über Devisen, Wertpapiere, sonstige Finanzprodukte, -güter und -rechte, die an Börsen gehandelt werden, es sei denn, dass diese Geschäftstransaktionen nur für Hedgingzwecke durchgeführt werden.
12. Abschluss, Änderung oder Kündigung von Vereinbarungen über den Verkauf oder Kauf von Lizenzen, Patenten, sonstigen geistigen

Eigentumsrechten oder Know-how außerhalb des üblichen Geschäftsgangs.

13. Abschluss, Änderung oder Kündigung von exklusiven Vertriebsvereinbarungen, Annahme von Lieferverpflichtungen, welche den Zeitraum des gegenwärtigen Geschäftsplans und Budgets übersteigen oder eine Kündigungsfrist von mehr als drei Monaten vorsehen.

14. Abschluss, Änderung oder Kündigung von Kooperationsvereinbarungen, Partnerschaftsabkommen, Forschungs- und Entwicklungsabkommen sowie Joint Venture-Vereinbarungen außerhalb des üblichen Geschäftsgangs.

15. Abschluss, Änderung oder Kündigung von (i) Miet-, Pacht- oder Leasingverträgen (außer Leasingverträge über IT-Ausrüstungen) mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren oder einer Jahresverpflichtung von jeweils über EUR 50.000,00 und (ii) Leasingverträge über IT-Ausrüstungen mit einer Laufzeit von mehr als drei Jahren und einer Jahresverpflichtung von über EUR 10.000,00.

16. Abschluss, Änderung oder Kündigung von anderen Vereinbarungen mit einer Jahresverpflichtung von jeweils über EUR 20.000,00.

17. Abschluss, Änderung oder Kündigung von Vereinbarungen mit einem Mitglied der obersten Geschäftsführung der Gesellschaft und mit anderen Mitarbeitern der Gesellschaft, welche ein Gesamtjahresgehalt (erfasstes Einkommen) von über EUR 70.000,00 brutto erhalten, einschließlich insbesondere Gehaltserhöhungen oder -änderungen oder sonstige Vorteile eines solchen Mitarbeiters; Einsatz oder Änderung von Anteilsoptionen, Pensions- oder sonstigen Vergünstigungsplänen.

18. Abschluss, Änderung oder Kündigung von Vereinbarungen mit Beratern oder sonstigen Freiberuflern mit einer Jahresverpflichtung von jeweils über EUR 20.000,00.

19. Erteilen von Pensionsberechtigungen an Mitarbeiter, ausgenommen Direktversicherungen, die von den Mitarbeitern übernommen werden, wenn sie die Gesellschaft im Einklang mit den geltenden Steuergesetzen verlassen,

20. Einleiten, Führen und Beilegen von Rechtsverfahren mit einem Streitwert von jeweils über EUR 15.000,00, sofern solche sich nicht nur auf das Einziehen von Forderungen beziehen, die aus den üblichen Geschäftstätigkeiten entstehen.

21. Ausübung von Gesellschafterrechten und leitenden Funktionen in Tochtergesellschaften der Gesellschaft; welche - sofern auf der Ebene der Gesellschaft gefasst - gemäß den Gesetzen, dem Gesellschaftsvertrag oder dieser Satzung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrates bedürfen.

22. Sonstige Geschäftstätigkeiten und -maßnahmen außerhalb des üblichen Geschäftsgangs der Gesellschaft."

Bereits am 30.9.2010 hatten der Kläger und die Beigeladene zu 1) gemeinsam bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers ab dem 1.8.2010 beantragt.

Nach Anhörung vom 8.2.2011 stellte die Beklagte mit gleichlautenden Bescheiden vom 24.3.2011 hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) seit dem 1.8.2010 ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit Versicherungspflicht in der Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung fest. Hierfür sprechende Merkmale seien der gesonderte Arbeitsvertrag, der die Mitarbeit in der Gesellschaft regelt, die Zahlung einer für die Tätigkeit üblichen Vergütung in Höhe von 90.000,00 Euro jährlich und der dem Kläger aufgrund seines geringen Anteils am Stammkapital in Höhe von lediglich 12,77 % fehlende maßgebende Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Für eine selbständige Tätigkeit spreche demgegenüber, dass der Kläger am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt und zudem alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit sei. Zudem habe er der Gesellschaft ein Darlehen bzw. eine Bürgschaft gewährt.

Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Der Stimmrechtsanteil ermögliche es dem Kläger nicht, ihm negative Entscheidungen bzw. Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Er verfüge auch nicht über eine Sperrminorität. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage er kein eine selbständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Zwar sei der Kläger aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlung indirekt am Gewinn der Beigeladenen zu 1) beteiligt, eine Kürzung bzw. den Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage müsse er jedoch nicht befürchten. Hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Tätigkeit sei ihm weitestgehende Gestaltungsfreiheit belassen. Dennoch sei die Arbeit fremdbestimmt, da sie sich in eine von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Kläger ansonsten in eine nicht von ihm vorgegebene Ordnung des Betriebes eingegliedert sei und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe, so dass er selbst bei Belassung großer Freiheiten der Überwachung der Gesellschafterversammlung unterliege. Dies gelte auch dann, wenn die Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machten.

Zudem enthalte der Geschäftsführeranstellungsvertrag arbeitsvertraglich typische Regelungen zu Erholungsurlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Diese seien Indizien für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung, da derartige Leistungen Arbeitnehmern vorbehalten seien. Auch bei besonderen Branchenkenntnissen sei nicht zwingend eine selbständige Tätigkeit anzunehmen, denn Geschäftsführer verfügten regelmäßig über spezielle Fachkenntnisse, deren Vorhandensein Voraussetzung für die Übertragung der Aufgabe sei.

Hiergegen legte der Kläger am 21.4.2011 Widerspruch ein, mit dem er die Auffassung vertrat, der Bescheid sei rechtswidrig. Bei einer Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung seiner Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für eine selbständige Tätigkeit. Er sei keineswegs weisungsgebunden bezüglich Zeit, Ort und Art seiner Tätigkeit. Ein dienendes Tätigwerden für ein fremdes Unternehmen sei nicht erkennbar, denn ihm komme aufgrund seiner Eigenschaft als Gründungsgesellschafter der Beigeladenen zu 1) und seiner besonderen, für die Gesellschaft unverzichtbaren Branchenkenntnisse erheblicher Einfluss auf alle Entscheidungen der Gesellschafterversammlung zu. Er trage durch die Gewährung eines Kredits und die Übernahme einer Bürgschaft für die Gesellschaft auch ein erhebliches Unternehmerrisiko.

Die Gesellschaft habe keinen alltäglichen Geschäftsgegenstand und sei maßgeblich vom Gesellschafter-Geschäftsführer abhängig. Trotz seiner Stellung als Minderheitsgesellschafter sei der Kläger durch sein besonderes Know-how für die Führung des Unternehmens und für die von der Gesellschaft zu treffenden Entscheidungen in den Bereichen Mobile Entertainment und Mobile Games, Entwicklung sowie Platzierung entsprechender Produkte am internationalen Markt bestimmend. Denn er verfüge als Einziger über die Kenntnisse für den angestrebten Ausbau der internationalen Marktpräsenz des Hauptproduktes " ... ". Zudem sei er geistiger Vater der Anwendungen "Social Engine" und "Multiplayer Games Engine". Die Gesellschaft verlasse sich bei Entscheidungen in diesem Bereich alleine auf den Kläger. Daneben seien seine besonderen beruflichen Kenntnisse aus den Bereichen Spielgestaltung, Usability, Marketingkommunikation und Marktforschung durch seine mehr als zehnjährige Erfahrung in der Entwicklung von interaktiven Entertainmentprodukten für jugendliche Zielgruppen zu berücksichtigen. Sämtliche Gesellschafter seien auf diese Kenntnisse des Klägers angewiesen, würden sich darauf verlassen und diesbezügliche Entscheidungen des Klägers "durchwinken". Die Beteiligung der übrigen Gesellschafter stelle eine rein finanzielle Beteiligung ohne Einflussnahme auf das operative Geschäft dar. Demgegenüber handele es sich bei dem Kläger um "Kopf und Seele" der

Beigeladenen zu 1).

Schließlich scheidet der vorhandene Geschäftsführeranstellungsvertrag, namentlich die inhaltlichen Regelungen zum Erholungsurlaub und zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, als maßgebliches Kriterium für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus, denn über einen solchen verfügen in der Regel auch Gesellschafter-Geschäftsführer mit einem Anteil von mehr als 50% des Stammkapitals.

Mit Widerspruchsbescheid vom 27.10.2011 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurück. Neben der Bezugnahme auf die Begründung ihres Bescheides führte sie aus: Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Kläger ansonsten in einer nicht von ihm vorgegebenen Ordnung des Betriebes eingegliedert sei und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrags und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe. Die Weisungsgebundenheit eines geschäftsführenden Gesellschafters mit einer Minderheitsbeteiligung verfeinere sich dabei wie bei Diensten höherer Art üblich zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess.

Dem stehe nicht entgegen, dass der Kläger als geschäftsführender Gesellschafter gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern Funktionen eines Arbeitgebers wahrnehme, denn auch wer selbst Arbeitgeberfunktionen ausübe, könne seinerseits als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig sein. Der Kläger erhalte eine monatlich gleichbleibende Vergütung und habe Anspruch auf Weiterzahlung seiner Bezüge im Krankheitsfall. Indizien für eine selbständige Tätigkeit seien die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) sowie die Alleinvertretungsberechtigung. Diese Merkmale träten jedoch gegenüber der Weisungsgebundenheit durch die Gesellschafterversammlung in den Hintergrund.

Daraufhin hat der Kläger am 29.11.2011 Klage zum Sozialgericht Köln erhoben. Am gleichen Tag hat auch die Beigeladene zu 1) dort gesondert Klage erhoben (Az. S 17 R 1773/11). Ihr Verfahren ist - ebenso wie das dortige Verfahren des Herrn T (Az. S 25 R 1325/12) - ruhend gestellt worden.

Zur Begründung hat der Kläger sein vorheriges Vorbringen wiederholt und vertieft. Zusammen mit dem anderen Gesellschafter-Geschäftsführer T habe er die Geschäftsführung und damit Unternehmensleitung inne. Die Geschäftsführer seien jeweils für verschiedene Geschäftsbereiche allein verantwortlich, der Kläger dabei für Marketing und Produktentwicklung. Die Führung des Bereichs Strategie obliege beiden Geschäftsführern gemeinsam. Der Kläger habe trotz seiner Stellung als Minderheitsgesellschafter entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft bezogen auf die übernommenen Geschäftsbereiche. Er führe die Bereiche nach eigenem Gutdünken, gebe die entsprechenden Anweisungen und bestimme so die Richtung für die übrigen Gesellschafter. Beide Geschäftsführer zusammen vereinten 25,54 % der Gesellschaftsanteile auf sich. Sie verfügten damit zwar über keine gesellschaftsvertragliche Sperrminorität bei Gesellschafterbeschlüssen, allerdings sei die Gesellschafterversammlung ohne die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer nicht beschlussfähig, da hierfür mindestens 85 % des Stammkapitals vertreten sein müssten. Zudem könnten zahlreiche Beschlüsse nur mit qualifizierter Mehrheit getroffen werden, die beide Gesellschafter-Geschäftsführer zusammen aufgrund der Höhe ihrer gemeinsamen Gesellschaftsanteile verhindern könnten. Damit verfügten sie faktisch über eine Sperrminorität. Das Verhältnis der Geschäftsführer-Gesellschafter zueinander sei zudem durch gegenseitige Rücksichtnahme ähnlich einer Familiengesellschaft geprägt.

Die Aufnahme weiterer Gesellschafter sei erforderlich gewesen, da die Beigeladene zu 1) als noch junges Unternehmen nicht die für den massiven Ausbau und die Weiterentwicklung des Geschäfts erforderlichen Kredite erhalten habe. Die beiden Gründungsgesellschafter könnten allerdings nach wie vor in der Art und Weise schalten und walten, wie zu der Zeit als alleinige Gesellschafter. Es fänden lediglich zwei- bis viermal im Jahr Aufsichtsratstreffen statt, auf denen die Grundausrichtung der Gesellschaft besprochen werde.

Die Beklagte habe zudem nicht hinreichend gewürdigt, dass der Kläger über eine langjährige Erfahrung in Marketing und Produktentwicklung sowie insgesamt unverzichtbares Knowhow verfüge und zudem ein erhebliches wirtschaftliches Risiko trage. Er sei trotz seiner monatlichen Vergütung vom wirtschaftlichen Erfolg der Beigeladenen zu 1) unmittelbar abhängig, was der erfolgsabhängige Vergütungsanteil belege. Zudem seien das Darlehen und die Bürgschaft zu berücksichtigen. Hilfsweise macht der Kläger geltend, dass die Privilegierung des [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) zur Anwendung gelange.

Der Kläger hat beantragt,

unter Aufhebung des Bescheides vom 24.3.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.2011 festzustellen, dass er seine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter bei der Beigeladenen zu 1) seit dem 25.11.2010 im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausübt, die nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat im Wesentlichen auf ihre Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden verwiesen.

Die durch Beschluss vom 23.3.2012 verfahrensbeteiligte Beigeladene zu 1) hat sich den Ausführungen des Klägers angeschlossen, jedoch keinen Antrag gestellt.

Mit Schriftsatz vom 16.1.2013 hat die Beklagte ein Teil-Anerkenntnis abgegeben und ihren Bescheid vom 24.3.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.2011 für den Zeitraum vom 1.8.2010 bis zum 24.11.2010 aufgehoben. Der Kläger hat dieses Teil-Anerkenntnis angenommen, das Verfahren insoweit für erledigt erklärt und gesondert die (erneute) Feststellung für den vorgenannten Zeitraum bei der Beklagten beantragt.

Am 2.8.2013 ist der Rechtsstreit mündlich verhandelt worden. Im Rahmen der durchgeführten Beweisaufnahme wurde Herr T als Zeuge vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 2.8.2013 abgewiesen. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Bei wertender

Gesamtbetrachtung sei der Kläger hinsichtlich seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) seit dem 25.11.2010 als abhängig beschäftigt anzusehen. Der Kläger habe unstreitig nur die Stellung eines Minderheitsgesellschafters inne und verfüge über keine umfassende Sperrminorität, um Beschlüsse der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats zu seinen Lasten zu verhindern. Eine Vergleichbarkeit zu einer Familiengesellschaft bestehe ersichtlich nicht. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag des Klägers enthalte verschiedene arbeitsvertragstypische Elemente und unterwerfe ihn hinsichtlich der Führung der Geschäfte ausdrücklich den Beschlüssen und Weisungen des für Geschäftsführerangelegenheiten zuständigen Gesellschaftsorgans. Nach den eindeutigen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung sowie dem Geschäftsführeranstellungsvertrag hätten es die Mehrheitsgesellschafter und insbesondere die von CDMI und XAnge gestellten Aufsichtsratsmitglieder jederzeit in der Hand, dem Kläger als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) Weisungen zur Ausübung seiner Tätigkeit und in Bezug auf die Geschäftsführung zu erteilen. Die völlige wirtschaftliche Abhängigkeit von den finanziellen Zuwendungen der Investoren sei - unabhängig von ihrer Rechtsmacht - offenbar. Für eine beherrschende Stellung des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) bestünden keine Anhaltspunkte.

Ein späterer Eintritt der Versicherungspflicht nach § 7a Abs. 6 SGB IV komme nicht in Betracht. Voraussetzung dafür sei u. a., dass der Antrag nach § 7a Abs. 1 SGB IV innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt werde. Seinen Feststellungsantrag habe der Kläger bei der Beklagten am 30.9.2010 gestellt. Er sei jedoch bereits seit Juni 2006 Geschäftsführer der Beigeladenen. Zum 25.11.2010 habe es lediglich Änderungen der Gesellschafterstruktur und des Gesellschaftsvertrages gegeben. Es sei auch ein neuer Geschäftsführeranstellungsvertrag abgeschlossen worden, der den vorherigen Anstellungsvertrag ersetzt habe. Dies stelle allerdings keine Aufnahme einer Tätigkeit im Sinne von § 7a Abs. 6 SGB IV dar, sondern führe lediglich zu Modifikationen der bereits seit Jahren ausgeübten Beschäftigung als Geschäftsführer.

Gegen das seinen Bevollmächtigten gegen Empfangsbekanntnis am 8.8.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 9.9.2013 (Montag) Berufung bei dem erkennenden Gericht eingelegt.

Der Kläger führt zur Begründung unter umfänglicher Wiederholung und teilweiser Vertiefung seines bisherigen Vorbringens aus: Die vom Sozialgericht aus dem Geschäftsführeranstellungsvertrag gezogenen Schlussfolgerungen seien rechtsfehlerhaft. Die dort enthaltenen Regelungen zum festen Jahresgehalt, zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, zum Urlaub und zur Befreiung vom Selbstkontrahierungszwang seien arbeitnehmeruntypisch, denn sie fänden sich häufig in Geschäftsführeranstellungsverträgen. Zudem sei das unternehmerische Risiko fehlerhaft gewürdigt worden. Hinsichtlich von Bürgschaft und Darlehen komme es nicht auf den Zeitpunkt der Gewährung an, sondern entscheidend sei, ob diese noch andauere. Der Gehaltsverzicht sei überdies nur unzureichend berücksichtigt worden. Das fachliche Knowhow und die Branchenkenntnis seien ihrer Bedeutung nach verkannt worden. Die "Schönwetter-Rechtsprechung" sei auf den vorliegenden Fall mangels Vergleichbarkeit nicht anzuwenden, da hier u. a. spezielle Branchenkenntnisse in der Person des Klägers vorlägen. Diese ermöglichten es ihm, die Gesellschaft faktisch zu beherrschen und persönlich zu dominieren. Sollte dennoch eine abhängige Beschäftigung zu bejahen sein, sei hilfsweise von einem Eintritt der Versicherungspflicht erst mit Erlass des Bescheides vom 24.3.2011 auszugehen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 2.8.2013 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides vom 24.3.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.2011 sowie in der Fassung des Änderungsbescheides vom 22.10.2014 festzustellen, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) seit dem 25.11.2010 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie tritt der Berufung entgegen und verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Bezugnahme auf ihrer Meinung nach einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung und Kommentarliteratur.

Durch Beschluss vom 3.6.2014 sind die Beigeladenen zu 2) und 3) am Verfahren beteiligt worden. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) stellen keine Anträge.

Aufgrund eines Kauf- und Abtretungsvertrages vom 28.7.2014 (Urkunde des Notars Dr. C1 vom 28.7.2014, UR. Nr. 1341/2014) sind die CDMI und die L als Investoren durch einen anderen Investor, die T Technologies GmbH, ersetzt worden. Durch Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung vom 28.7.2014 (Urkunde des Notars Dr. C1 vom 28.7.2014, UR. Nr. 1342/2014) ist die Erhöhung der Anteile der Geschäftsführer um jeweils 7.074,00 Euro (7,23 %) auf jeweils 19.574,00 Euro (20 %) und die Verringerung der Anteile der T Technologies GmbH auf 39.147,00 Euro (40%) vereinbart worden. Die Anteile von XAnge wurden auf 19.575,00 Euro (20 %) erhöht.

Am 28.7.2014 haben der Kläger und die Beigeladene zu 1) den Anstellungsvertrag wie folgt geändert:

"§ 6 Vergütung

Ergänzung zu 6.1

Der Arbeitnehmer erhält rückwirkend ab dem 01.07.2014 für seine Tätigkeit ein reduziertes Bruttojahresgehalt in Höhe von EUR 60.000 Euro (Fixgehalt ohne Bonus) für den Zeitraum von 6 Monaten. D. h. für die Monate Juli 2014 bis einschl. Dezember 2014 beträgt das reduzierte Bruttomonatsgehalt EUR 5.000.

Ab dem 1.1.2015 erhält der Arbeitnehmer wieder sein ursprüngliches Bruttojahresgehalt in Höhe von EUR 90.000 (Fixgehalt ohne Bonus). D. h. ab Januar beträgt das Bruttomonatsgehalt EUR 7.500."

Durch Vertrag vom 31.7.2014 hat der Kläger der Beigeladenen zu 1) zudem ein weiteres Darlehen über 35.000,00 Euro mit fester Laufzeit

bis zum 31.7.2019 gewährt.

Durch weiteres Teil-Anerkenntnis vom 17.9.2014 hat die Beklagte anerkannt, dass im streitgegenständlichen Zeitraum keine Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung besteht und bei Annahme des Anerkenntnisses die Erteilung eines entsprechenden Bescheides zugesagt. Der Kläger hat dieses Anerkenntnis am 29.9.2014 angenommen.

Mit Schreiben vom 14.10.2014 hat der Kläger unter Vorlage weiterer Unterlagen ergänzend vorgetragen:

Aus den Vereinbarungen vom 28.7.2014 folgten entscheidungserhebliche Änderungen im Hinblick auf die Verhältnisse der Gesellschaft und die Statusbeurteilung des Klägers. Seit dem 28.7.2014 bestehe bei der Beigeladenen zu 1) kein Aufsichtsrat mehr. Es sei daran eindeutig zu erkennen, dass die rein theoretische Möglichkeit der Erteilung von Weisungen durch Aufsichtsratsmitglieder in tatsächlicher Hinsicht auch in der Vergangenheit keinerlei Bedeutung hatte und auch eine Überwachung durch den Aufsichtsrat nicht in einem Umfang erfolgt sei, dass hieraus auf eine abhängige Beschäftigung des Klägers zu schließen wäre.

Der aktuelle Anteil beider Geschäftsführergesellschafter zusammen entspreche nunmehr demjenigen des größten Investors, der T Technologies GmbH. Daraus folge schon erkennbar ein ganz erheblicher Einfluss der Geschäftsführer auf die Geschicke der Gesellschaft. Insbesondere könnten sie Beschlüsse, die eine qualifizierte Mehrheit von 75 % erforderten, jederzeit gemeinsam verhindern. Andererseits könne der größte Investor nicht allein Gesellschafterbeschlüsse ihnen gegenüber durchsetzen. Die fehlende Abhängigkeit der Geschäftsführer von den Investoren zeige sich aber auch noch in anderer Hinsicht. CDMI und L hätten trotz getätigter Investitionen im Umfang von 5 Millionen Euro ihre Geschäftsanteile zu einem rein symbolischen Preis an die T Technologies GmbH verkauft. Dies belege, dass zwar die Investoren, nicht jedoch die Geschäftsführer austauschbar seien.

Für das immense unternehmerische Risiko des Klägers spräche entgegen der Auffassung des Sozialgerichtes auch der Gehaltsverzicht vom 28.7.2014. Dieser sei für Arbeitnehmer absolut untypisch. Hinzukomme, dass aufgrund einer mündlichen Vereinbarung der Gesellschafter seit Juni 2013 das Geschäftsführergehalt nur noch um 10 % gekürzt ausgezahlt worden sei. Zudem hätten die Geschäftsführer aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Beigeladenen zu 1) seit Jahren keine Tantiemen und Boni bezogen. Hinzukomme das weitere Gesellschafterdarlehen sowie die Erhöhung der schon vorhandenen Bürgschaft auf 40.000,00 Euro am 1.9.2014.

Der Kläger hat die Kopie des Versicherungsscheins einer Kapitalversicherung auf den Todes- und Erlebensfall mit einer versicherten Summe bei Ablauf von 100.000,00 DM - wobei der Versicherungsschutz am 1.8.2035 endet - beigebracht.

Der Rechtsstreit ist am 22.10.2014 mündlich verhandelt worden. Im Termin hat die Beklagte den angefochtenen Bescheid insoweit aufgehoben, als darin für die Zeit ab dem 25.11.2010 die Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung festgestellt worden war.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, insbesondere die Sitzungsniederschriften, und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat kann in Abwesenheit der zum Verhandlungstermin am 22.10.2014 nicht erschienenen Beigeladenen zu 2) und 3) verhandeln und entscheiden, nachdem er sie jeweils mit ordnungsgemäßer Terminsachricht auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die zulässige Berufung ist nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft ([§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz - SGG -](#)) und form- und fristgerecht erhoben worden ([§ 151 Abs. 1 SGG](#)). Die vollständig abgefasste Entscheidung ist dem Kläger am 8.8.2013 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem erkennenden Gericht am 9.9.2013 (Mo.) eingegangen.

Streitig ist, nachdem die Beklagte mit Bescheid vom 22.10.2014 die Feststellung der Versicherungspflicht des Klägers in der sozialen Pflegeversicherung aufgehoben hat, die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung und des Bestehens der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung ab dem 25.11.2010.

II. Die Klage und die Berufung des Klägers sind begründet, soweit sie gegen die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung durch die Beklagte gerichtet sind. Insoweit ist der angefochtene Bescheid rechtswidrig und beschwert ihn im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#).

Gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hätte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet.

Die Beklagte hat ihre im angefochtenen Bescheid getroffene Feststellung des Bestehens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht aufgehoben. Aufgrund dieser unzulässigen isolierten Elementenfeststellung war der Bescheid daher insoweit durch gerichtliche Sachentscheidung aufzuheben (vgl. Bundessozialgericht (BSG), Urteil v. 11.3.2009, [B 12 R 11/07 R](#); Urteil v. 4.6.2009, [B 12 R 6/08 R](#); Senat, Urteil v. 21.5.2014, [L 8 R 665/13](#), Rn. 96; Urteil v. 28.3.2012, [L 8 R 108/09](#), Rn. 32; jeweils juris).

Der Bescheid der Beklagten vom 24.3.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.2011 sowie in der Fassung des Änderungsbescheides vom 22.10.2014 erweist sich im Übrigen als rechtmäßig und verletzt den Kläger insoweit nicht nach [§ 54 Abs. 2 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) in seinen Rechten. Denn die Beklagte hat zu Recht nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) bezüglich der von ihm ausgeübten Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beklagten Versicherungspflicht zur gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung angenommen. Das SG hat die Klage insoweit zu Recht abgewiesen.

Personen die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen grundsätzlich in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung der Versicherungspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch

Sozialgesetzbuch (SGB III).

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rspr. 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 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 (stRspr.; vgl. zum Ganzen, z.B. BSG, Urteil v. 29.8.2012 - [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-82; BSG, 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](#); Senat, Urteil v. 17.10.2012 - [L 8 R 545/11](#) (juris); zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Bei der Feststellung des Gesamtbildes kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil vom 29.8.2012 - [B 12 KR 14/10 R](#) (juris); BSG SozR 4-2400, § 7 Nr. 7 Rn. 17; ebenso Urteil vom 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 der Tätigkeit 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 geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist.

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Der Geschäftsführer einer GmbH ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (BSG, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#) m.w.N.). Insoweit ist von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (BSG, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mithilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)). Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob der Einfluss des Geschäftsführers auf die Willensbildung der GmbH aufgrund besonderer Einzelumstände unabhängig von seiner Gesellschafterstellung so erheblich ist, dass ihm nicht genehme Beschlüsse und jede Weisung ausgeschlossen sind und er die Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen, d.h. frei schalten und walten kann. Dann ist eine persönliche Abhängigkeit auch bei Diensten höherer Art zu verneinen, weil die Gesellschafter tatsächlich keinerlei Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen und sich der Geschäftsführer nur in eine von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebs einfügt (BSG, Urteil v. 14.12.1999 - [B 2 U 48/98 R](#), USK9975; BSG, Urteil v. 11.2.1993 - [7 RA R 48/92](#), USK9347).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze hat der Senat nach Auswertung und Abwägung sämtlicher für die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung relevanter Indizien die Überzeugung gewonnen, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) in dem Zeitraum seit dem 25.11.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden ist bzw. ausgeübt wird.

Ausgangspunkt der Beurteilung, ob die Geschäftsführertätigkeit des Klägers im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder als selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird, ist der zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) geschlossene Geschäftsführeranstellungsvertrag vom 25.11.2010. Dieser Vertrag trägt nach den darin verwendeten Begriffen "Anstellungsvertrag", "Anstellungsverhältnis" und "Gehalt" sowie seinem Inhalt arbeitsvertragliche Züge. So hat der Kläger bei ansonsten eigenverantwortlicher Geschäftsführung die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages, der Beschlüsse und Weisungen des für Geschäftsführerangelegenheiten zuständigen Geschäftsorgans, der jeweils gültigen Geschäftsordnung und eines etwaigen Geschäftsverteilungsplans für die Geschäftsführung, wenn solche erlassen wurden, und dieses Anstellungsvertrages zu führen (s. Ziffern 2.1 und 3 Satz 2). Hierin kommt die Weisungsgebundenheit des Klägers deutlich zum Ausdruck.

Nach Ziffer 6.1 hat der Kläger Anspruch auf ein festes Jahresgehalt von 90.000,00 Euro, zahlbar in zwölf Monatsbeträgen. Diese Regelung wurde durch die schriftliche Vereinbarung vom 28.7.2014 dergestalt geändert, dass das monatliche Gehalt auf 5.000,00 Euro nur für die Monate Juli bis Dezember 2014 herabgesetzt wurde. Auch wenn ausweislich der vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen ab August 2011 eine Absenkung auf 7.310,00 Euro, ab Februar 2013 wieder eine Erhöhung auf 7.500,00 Euro und ab Juni 2013 eine Absenkung auf 6.750,00 Euro erfolgt ist, so ist diesbezüglich keine Anpassung des Anstellungsvertrages unter Wahrung des qualifizierten Schriftformerfordernisses in Ziffer 15.2 Satz 2 und 3 vereinbart worden. Ob etwaige Vereinbarungen über vorübergehende Gehaltsminderungen ohne Einhaltung des Schriftformerfordernisses überhaupt wirksam sind, kann dahin stehen, da es gleichwohl einen vertraglichen Anspruch des Klägers auf ein festes Gehalt in beträchtlicher Höhe gab. Nur in untergeordnetem Umfang gab es Anpassungen, die jeweils nur von vorübergehender Dauer waren. Die ausschließliche oder überwiegende Verknüpfung mit dem wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit des Klägers gab es weder in zeitlicher, noch in betragsmäßiger Hinsicht. Er kann zudem gem. Ziffer 10 die Erstattung von Spesen

beanspruchen.

Auch der in Ziffer 8.1 geregelte Anspruch auf Jahresurlaub im Umfang von 30 Arbeitstagen spiegelt einschließlich der vertraglichen Regelungen zur Abgeltung des Urlaubsanspruchs im Fall der Nichtinanspruchnahme ein arbeitsvertragstypisches Regelungselement wider. Dem steht auch die Regelung der Ziffer 8.2 nicht entgegen, nach der der Kläger bei der Festlegung des Zeitpunkts und der Dauer des Urlaubs die Belange der Gesellschaft zu berücksichtigen und Lage und Dauer des Urlaubs nur mit etwaigen Mitgeschäftsführern abzustimmen hat und damit nicht formal beantragen und einem Vorgesetzten genehmigen lassen muss. Auch bei Arbeitnehmern sind die Urlaubswünsche, lediglich vorbehaltlich dringender betrieblicher Belange oder der Urlaubswünsche sozial in höherem Maße schutzwürdiger anderer Arbeitnehmer, zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Bundesurlaubsgesetz). Diesen Regelungen entspricht es qualitativ, dass auch der Kläger vertraglich verpflichtet ist, Zeitpunkt und Dauer seines Urlaubs mit dem weiteren Geschäftsführer abzustimmen.

Arbeitsvertragstypisch sind des Weiteren die Regelungen zum Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (Ziffer 7), zum Anspruch auf einen Dienstwagen (Ziffer 6.6), zur Erforderlichkeit der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. des Bei- oder Aufsichtsrates zur Übernahme von Nebentätigkeiten jeder Art (Ziffer 5.2) und zu den Rechten an den Arbeitsergebnissen des Klägers (Ziffer 13).

Soweit der Kläger nach Ziffer 5.1 Satz 1 an bestimmte Arbeitszeiten nicht gebunden ist, ist dies Ausfluss des Umstandes, dass es sich um eine Tätigkeit höherer Art handelt, bei der das Weisungsrecht des Arbeitgebers von vornherein eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert ist (vgl. BSG, Urteil vom 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); Senat, Urteil vom 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), jeweils zitiert nach juris). Zudem besteht die vorbezeichnete Freiheit nur vordergründig, da der Kläger nach Ziffer 5.1 Satz 2 verpflichtet ist, der Beigeladenen zu 1) zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert, also zeitlich uneingeschränkt.

Auf dieser vertraglichen Grundlage ist der Kläger in dem streitbefangenen Zeitraum in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Beigeladenen zu 1), tatsächlich tätig geworden und noch tätig. Bei dieser Tätigkeit war und ist er umfassend in den Betrieb und damit in eine ihm vorgegebene Ordnung eingegliedert (vgl. BSG, Urteil v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), SozR 3-2400 § 7 Rn. 17 m.w.N.). Die tatsächliche Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Gesellschaft ergibt sich anstellungsvertraglich schon aus den Ziffern 2.1 und 3. Danach hat der Kläger bei ansonsten eigenverantwortlicher Geschäftsführung die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages, der Beschlüsse und Weisungen des für Geschäftsführerangelegenheiten zuständigen Geschäftsorgans, der jeweils gültigen Geschäftsordnung und eines etwaigen Geschäftsverteilungsplans für die Geschäftsführung, wenn solche erlassen werden, und dieses Anstellungsvertrages zu führen. Verstärkt wird die Eingliederung weiter durch die Bindung an die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Gesellschaft vom 25.11.2010. Nach § 1 Satz 2 kooperieren die Geschäftsführer zum Vorteil der Gesellschaft gutgläubig mit der Gesellschafterversammlung und den anderen Organen der Gesellschaft. So nehmen die Geschäftsführer an den drei- bis viermal im Jahr stattfindenden Aufsichtsratssitzungen teil, sie referieren zur Unternehmensentwicklung und stellen dort die Jahresplanung insbesondere des Budgets vor. Die Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) manifestiert sich nicht zuletzt auch in dem arbeitsteiligen Zusammenwirken mit dem weiteren Geschäftsführer nach Maßgabe einer Geschäftsverteilung. Nach seinen Angaben bearbeitet der Kläger den Geschäftsbereich "Marketing/Produktentwicklung", Herr T als weiterer Geschäftsführer den Geschäftsbereich "Business Development/Finanz". Unterstützt werden die Geschäftsführer, die beide Kaufleute sind, von dem Leiter der IT-Abteilung, Herrn C, und dem Leiter der Entwicklungsabteilung, Herrn S1, wobei diese Abteilung die im Wesentlichen vom Kläger stammenden Ideen umsetzt. Bei dieser Sachlage hat der Senat keinerlei Zweifel, dass der Kläger im Rahmen der ihm obliegenden Zuständigkeiten in den betrieblichen Wertschöpfungsprozess der Gesellschaft integriert ist.

Hierbei unterlag bzw. unterliegt er einem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, da allein Letzterer die insoweit maßgebliche abstrakte Rechtsmacht Zustand bzw. zusteht. Der Kläger war und ist nicht jederzeit in der Lage, ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern.

Der Kläger unterlag bzw. unterliegt nach [§§ 37 Abs. 1, 46 GmbHG](#) dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrates der Beigeladenen zu 1). Nach § 14 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages werden Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst, wobei je 1,00 Euro des Nennbetrags eines Geschäftsanteils eine Stimme gibt. Dazu enthält § 15 einen Katalog von Beschlussgegenständen, für die ein Mehrheitserfordernis von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich ist. Gem. § 12 Abs. 5 Satz 1 bedürfen Beschlüsse des Aufsichtsrates der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Beschlüsse zu bestimmten Gegenständen bedürfen jedoch zu ihrer Wirksamkeit in jedem Falle zusätzlich der Zustimmung der gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 durch XAnge und CDMI bestellten Aufsichtsratsmitglieder (§ 12 Abs. 5 Satz 2).

Der Kläger hat in dem streitigen Zeitraum seit dem 25.11.2010 - und auch seit dem 28.7.2014 - über eine Beteiligung an dem Stammkapital der Beigeladenen zu 1) von weniger als 50 % verfügt, und zwar seit dem 25.11.2010 von 12,77 % und seit dem 28.7.2014 von 20 %. Über seine Gesellschafterstellung kann er damit nicht - noch nicht einmal im Sinne einer umfassenden Sperrminorität - maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH ausüben. Ein maßgeblicher Einfluss liegt regelmäßig dann vor, wenn der Geschäftsführer einen Anteil von mindestens 50% des Stammkapitals innehat und damit Einzelweisungen an sich als Geschäftsführer im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann (BSG, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) m.w.N.).

Soweit der Kläger geltend macht, die Gesellschafterversammlung sei ohne die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer nicht beschlussfähig, da hierfür gemäß Ziffer 13 Abs. 5 Satz 1 mindestens 85 % des Stammkapitals vertreten sein müssen, führt dieser Einwand nicht zu einer Einflussmöglichkeit auf die Willensbildung der Gesellschafterversammlung im Sinne einer umfassenden Sperrminorität des Klägers. Dies kann zwar zu einer vorübergehenden Verhinderung der Abhaltung führen, nicht aber zu einer dauerhaften. Denn Ziffer 13 Abs. 5 Sätze 2 und 3 des Gesellschaftsvertrages treffen für diesen Fall in der Weise Vorsorge, dass die nächste sodann formell ordnungsgemäß einberufene Versammlung ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig ist. Dass zahlreiche Beschlüsse nur mit qualifizierter Mehrheit (85 %) getroffen werden können, ermöglicht es dem Kläger nicht jegliche ihm unangenehme Weisung der Gesellschafterversammlung zu verhindern.

Hinsichtlich des Weisungsrechts des Aufsichtsrates gegenüber den Geschäftsführern, das in dem in § 4 enthaltenen Katalog von 22 zustimmungspflichtigen Geschäften zum Ausdruck kommt, führt der Wegfall des Aufsichtsrates ab dem 28.7.2014 zu keiner maßgeblichen

Änderung der Verhältnisse, denn § 11 Abs. 8 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages sieht vor, dass die Befugnisse und Aufgaben des Aufsichtsrates von der Gesellschafterversammlung wahrgenommen werden, falls ein solcher nicht besteht.

Der Senat konnte auch keine besonderen einzelfallbezogenen Umstände feststellen, die abweichend vom Regelfall die Bindung des Klägers an das willensbildende Organ der Beigeladenen zu 1), d.h. die Gesamtheit der Gesellschafter bzw. des von diesen eingesetzten Aufsichtsrates, ausschließen, und damit einer für ein Beschäftigungsverhältnis typischen Abhängigkeit entgegenstehen könnten. Bei Geschäftsführern, die weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügen, ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#)).

Solche besonderen Umstände sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommen worden, wenn die übrigen Gesellschafter tatsächlich ihre Gesellschafterrechte nicht wahrgenommen und in keiner Weise in die Betriebsführung eingegriffen haben und der Geschäftsführer wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken geführt hat, d.h. schalten und walten konnte, wie er wollte. Ein derartig beherrschender Einfluss ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung teilweise bei Geschäftsführern in Familiengesellschaften erwogen worden, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden war, die Geschäftsführertätigkeit ihre Prägung durch familienhafte Rücksichtnahme erhielt und es an der Ausübung der Gesellschafterrechte durch die Gesellschafter völlig mangelte (BSG, Urteil v. 14.12.1999 - [B 2 U 48/98 R](#); BSG, Urteil v. 29.10.1986 - [7 RA 43/85](#); zurückhaltend hingegen BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 R 14/10 R](#)). Unter diesem Gesichtspunkt liegt im vorliegenden Verfahren eine faktische Weisungsfreiheit des Klägers schon deshalb fern, da eine familiäre Verbundenheit zwischen den Gesellschaftern weder ersichtlich noch vorgetragen worden ist.

Zur Überzeugung des Senates ergibt sich eine faktische Weisungsfreiheit des Klägers auch nicht aus seiner besonderen individuellen fachlichen Qualifikation oder Branchenkenntnis. Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens ist die Annahme nicht gerechtfertigt, dass der Kläger innerhalb des Betriebs der Beigeladenen zu 1) nach "eigenem Gutdünken" frei schalten und walten kann.

Soweit der Kläger behauptet, er verfüge als Einziger über das notwendige Know-how in den Bereichen Produktentwicklung und Marketing/Werbekommunikation für die Platzierung der Produkte am internationalen Markt, während es den kapitalgebenden Gesellschaftern insoweit an fachlicher Kompetenz fehle, ergibt sich hieraus keine besondere Konstellation, die zu einer sozialversicherungsrechtlich abweichenden Beurteilung führen könnte. Die von dem Kläger damit skizzierte Gesellschaftsstruktur der Beigeladenen zu 1) ist keine besondere. Es ist - im Gegenteil - bei einer GmbH als juristische Person des Privatrechts in Form einer Kapitalgesellschaft geradezu typisch, dass deren Gesellschafter zwar Kapital bereitstellen, die Führung der Gesellschaft jedoch solchen Personen überlassen, die - etwa als Geschäftsführer - die notwendige Branchenkenntnis in das Unternehmen einbringen. In solchen Fällen ist ein stark abgeschwächtes Weisungsrecht für die ausgeübte Tätigkeit ebenso wie z. B. bei der Wahrnehmung von Tätigkeiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Dennoch werden auch Tätigkeiten für leitende Angestellte im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgen. 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 (BSG, Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), a.a.O.; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), a.a.O.; jeweils m.w.N.). Allein weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbständigen (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); Senat, Urteil vom 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), jeweils a.a.O.).

Vorliegender Fall ist geradezu das klassische Beispiel der Abhängigkeit eines Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers von den kapitalgebenden Mehrheits-Gesellschaftern. Dem Kläger war und ist es nur möglich, im Rahmen der von diesen bereitgestellten finanziellen Mittel die Geschäfte der Beigeladenen zu 1) zu führen. Dass er diese nicht dominierte, zeigt überdeutlich der Wechsel in der Gesellschafterstruktur im Juli 2014. Dieser Wechsel wurde erforderlich, weil die Gesellschafterin CDMI nicht mehr bereit war, weitere finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen. Sie konnte damit offensichtlich hierzu von dem Kläger nicht bewegt werden. Die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs der Beigeladenen zu 1) war im Jahr 2014 davon abhängig, dass diese mit neuen finanziellen Mittel ausgestattet wurde, die im Wesentlichen von den Gesellschaftern XAnge und T Technologies GmbH aufgebracht wurden.

Es ist schließlich nicht ersichtlich, dass die von dem Kläger wahrgenommene Tätigkeit ein derart spezielles Fachwissen erfordert, dass eine solche Qualifikation auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nicht durch die Beschäftigung eines anderen "Entwicklers von interaktiven Entertainmentprodukten für jugendliche Zielgruppen" oder anderer Kaufleute bzw. IT-Fachleute beschafft werden könnte, zumal die Beigeladene zu 1) bisher nur Verluste und keine Gewinne erwirtschaftet hat. Dass die "Unternehmensidee" offenbar maßgeblich von dem Kläger zusammen mit Herrn T entwickelt worden ist, ändert hieran nichts. Die Anhörung des Klägers und des Geschäftsführers T der Beigeladenen zu 1) vor dem Senat hat bestätigt, dass die Umsetzung der Ideen des Klägers in technischer Hinsicht maßgeblich von Mitarbeitern der Beigeladenen zu 1) vorgenommen bzw. verantwortet wird. So wird der technische Bereich von Herrn C, dem technischen Leiter (CTO), verantwortet. Für die Umsetzung der Ideen zuständig ist die Entwicklungsabteilung der Beigeladenen zu 1), deren Leiter Herr S1 ist, dem die Funktion eines Chefentwicklers zukommt. Diese beiden Positionen unterstreichen die Spezialisierung und Arbeitsteilung im Unternehmen der Beigeladenen zu 1).

Für eine selbständige Tätigkeit des Klägers sprechende Gesichtspunkte sind nicht in einem Maße gegeben, dass diese im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung die für ein Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale überwögen.

Soweit der Kläger alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit ist, ist das für einen abhängig beschäftigten Geschäftsführer nicht untypisch und deutet deshalb nicht zwingend auf eine selbständige Tätigkeit hin (BSG, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#); BSG, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#); Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris).

Der Senat vermochte auch nicht festzustellen, dass den Kläger ein eigenes Unternehmerrisiko trifft. Nach den vom BSG entwickelten

Grundsätzen (BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), a.a.O., m.w.N.) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Dies ist jedoch nur dann ein Hinweis auf eine Selbstständigkeit, wenn dem unternehmerischen Risiko größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen.

Die eigene Arbeitskraft setzt der Kläger nicht mit ungewissem Erfolg ein. Er erhält nach Ziffer 6.1 des Anstellungsvertrages eine monatlich gleichbleibende und von der Ertragslage der Gesellschaft unabhängige Vergütung in Höhe von 7.500,00 Euro. Auch wenn ausweislich der vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen ab August 2011 eine Absenkung auf 7.310,00 Euro, ab Februar 2013 wieder eine Erhöhung auf 7.500,00 Euro und ab Juni 2013 eine Absenkung auf 6.750,00 Euro und von Juli bis Dezember 2014 eine Reduzierung auf 5.000,00 Euro erfolgt ist, ändert dies nichts. Denn nur in untergeordnetem Umfang gab es Anpassungen, die jeweils nur von vorübergehender Dauer waren. Die ausschließliche oder überwiegende Verknüpfung mit dem wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit des Klägers gab es weder in zeitlicher noch in betragsmäßiger Hinsicht. Soweit Ziffer 6.1 des Anstellungsvertrages neben der Festvergütung einen Anspruch des Klägers auf Zahlung einer variablen Vergütung bis maximal 30.000,00 Euro statuiert, folgt hieraus kein unternehmerisches Risiko, welches im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung die für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sprechenden Merkmale maßgeblich relativieren würde. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit der Gewährung einer Tantieme Bedeutung nur als (ein) Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen kann, jedoch nicht allein entscheidend ist (BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), juris). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme auch an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die hier im Vordergrund stehende Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit eher gering (BSG, a.a.O.). Bei der Gewichtung der in Ziffer 6.1 des Anstellungsvertrages enthaltene Regelung zur Gewährung einer variablen Vergütung für die Abwägung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit ist zunächst beachtlich, dass der Kläger eine regelmäßige Grundvergütung in einer Höhe erhält, die dem erfolgsbasierten Vergütungselement eine insgesamt nur untergeordnete Bedeutung zukommen lässt. Bei der Gewichtung dieses Merkmals für die Gesamtabwägung aller für und gegen die Annahme einer Beschäftigung sprechender Indizien hat der Senat auch den Umstand berücksichtigt, in welcher Höhe dem Kläger in dem maßgebenden Zeitraum tatsächlich eine variable Vergütung zugeflossen ist. Nach den vom Kläger vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen erhielt er im Streitzeitraum folgende als "Bonus" bezeichnete Zahlungen: 14.000,00 Euro (01/2011), 10.000,00 Euro (02/2012), 10.000,00 Euro (5/2012), die den nach Ziffer 6.1 statuierten Maximalbetrag nicht erreichten. Soweit die Beigeladene zu 1) in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten mit der Gefahr einer Insolvenz geriete, trafe den Kläger das damit einhergehende Arbeitgeberinsolvenzrisiko wie jeden Arbeitnehmer auch.

Hinsichtlich des Einsatzes eigenen Kapitals ist ein wesentliches Risiko des Klägers gleichfalls nicht ersichtlich. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Kläger nach Ziffer 10 des Anstellungsvertrages Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen hat. Die von dem Kläger der Gesellschaft gewährten Darlehen vom 20.2.2007 über 50.000,00 Euro, noch validiert mit 25.544,55 Euro, sowie vom 31.7.2014 über 35.000,00 Euro berechtigen nach Überzeugung des Senates gleichfalls nicht zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Zwar kann die Gewährung eines Darlehens außerhalb von Zeiten einer gesellschaftlichen Krise ein Indiz für eine Selbstständigkeit darstellen (BSG, Urteil vom 17.5.2001, [B 12 KR 34/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#)). Entscheidend kommt es aber immer auf die Umstände des Einzelfalles, insbesondere auf die Höhe und die Umstände der Darlehensgewährung, an (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 10.12.2009, [L 5 R 124/09](#); Senat, Urteil vom 4.7.2012, [L 8 R 670/11](#); juris). Dem Klägervortrag folgend befand sich die Beigeladene zu 1) ständig in einer schwierigen Situation. So hat sie bisher nur Verluste erwirtschaftet. Im ersten Halbjahr des Jahres 2014 war sogar fraglich, ob der Geschäftsbetrieb überhaupt fortgesetzt werden konnte. Die Übernahme des neuerlichen Darlehens war nach dem glaubhaften Vorbringen des Klägers im Verhandlungstermin der beabsichtigten Sanierung der Beigeladenen zu 1) geschuldet. Da die Darlehensgewährung nicht mit einer Ausweitung der Einflussmöglichkeiten des Klägers und damit gesteigerter unternehmerischer Freiheiten verbunden war, ist sie letztlich kein entscheidend für Selbstständigkeit sprechendes Indiz (vgl. hierzu auch Senat, Urteil vom 4.7.2012, [L 8 R 670/12](#) unter Hinweis auf LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.2.2010, [L 5 KR 3/09](#)). Zudem kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass zwar Darlehen von insgesamt ca. 60.000,00 Euro vom Kläger gewährt wurden, er demgegenüber allerdings Brutto-Jahresgehälter von 43.526,80 Euro (5-12/2007), 107.814,26 Euro (2008), 99.462,72 Euro (2009), 91.962,72 Euro (2010), 108.534,84 Euro (2011), 113.316,56 Euro (2012), 90.340,20 Euro (2013) und 59.773,83 (1-9/2014), also insgesamt 714.731,93 Euro erhielt, was das durch die Darlehensgewährung eingegangene Risiko deutlich relativiert. Auch die von dem Kläger übernommenen Bürgschaften bewirken kein unternehmerisches Risiko, weil hierin kein Kapitaleinsatz, sondern ein Haftungsrisiko liegt.

Auch wenn die Zahlung des Geschäftsführergehaltes steuerlichen Vorteilen geschuldet ist, insbesondere mit der Zahlung einer üblichen Vergütung auf Grundlage eines Geschäftsführeranstellungsvertrages eine verdeckte Gewinnausschüttung vermieden werden soll, ist es rechtlich nicht möglich, die Rechtswirkungen einer getroffenen Vertragsregelung nach Maßgabe ihrer jeweiligen Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken.

Die für eine selbständige Tätigkeit sprechende und in Ziffer 5.1 Satz 1 des Anstellungsvertrages - allerdings nur scheinbar - vertraglich gewährleistete Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitszeit rechtfertigt im Fall des Klägers ebenfalls nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. So schränkt Ziffer 5.1 Satz 2 des Anstellungsvertrages diese Dispositionsbefugnis des Klägers bereits wesentlich ein. Hiernach ist der Kläger nämlich verpflichtet, bei der Einteilung seiner Arbeitszeit auf die Belange der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert.

Für Selbstständigkeit sprechende Gesichtspunkte sind somit nur in derartig geringem Maße vorhanden, dass die maßgeblich für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale der Weisungsgebundenheit und Eingliederung in einen fremden Betrieb den Ausschlag geben für das Ergebnis der Gesamtabwägung.

Schließlich fehlen die Voraussetzungen für die Verlagerung des Beginns der Versicherungspflicht i. S. v. [§ 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV](#). Diese Vorschrift lautet:

"Wird der Antrag nach Absatz 1 innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte

1. zustimmt und

2. er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht."

In dem Zeitraum ab dem 25.11.2010 bis zur Bekanntgabe des Bescheides vom 24.3.2011 lag keine ausreichende Absicherung des am 7.12.1975 geborenen Klägers zur Altersvorsorge vor. Eine Absicherung zur Altersvorsorge liegt vor, wenn eine private Lebens- bzw. Rentenversicherung für den Fall des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres abgeschlossen worden ist, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht (Pietrek in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 7a SGB IV](#), Rn. 133). Die private Kapitalversicherung auf den Erlebensfall war nicht für den Fall des Erlebens eines höheren Alters als des 60. Lebensjahres abgeschlossen worden, da diese zum 1.8.2035 und damit vor Vollendung des 60. Lebensjahres des Klägers am 7.12.2035, 24.00 Uhr, fällig wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#). Die Aufhebung des angefochtenen Bescheides hinsichtlich der Feststellung der Pflegeversicherungspflicht und des Zeitraums vom 1.8. bis 24.11.2010 stellt ein Teil-Obsiegen des Klägers dar, was es rechtfertigt, der Beklagten die Erstattung von 10 % seiner außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#) liegen nicht vor. Die Entscheidung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des BSG.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-06-16