

L 8 R 988/15

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 40 R 922/14
Datum
19.10.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 988/15
Datum
11.05.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 19.10.2015 geändert und die Klage abgewiesen.
Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) die Versicherungspflicht des Klägers in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) seit dem 5.3.2014 in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die Beigeladene zu 1), eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts (AG) Köln unter HRB 000 (vor Sitzverlegung eingetragen im Handelsregister des AG München, HRB 001), wurde durch notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag (GesV) vom 29.11.2012 gegründet. Ihr Unternehmensgegenstand ist das Verwalten eigenen Vermögens, der Erwerb und das Halten von Beteiligungen an Unternehmen, die im Bereich Medien und Dienstleistungen tätig sind, sowie die Erbringung von Managementleistungen bei solchen Unternehmen (Ziff. 2.1 GesV).

Die Beigeladene zu 1) ist alleinige Gesellschafterin der V Gesellschaft für Medienanalyse mbH (HRB 002, AG Köln, vormals firmierend unter N-Beteiligungsgesellschaft mbH; im Folgenden: Tochtergesellschaft). Die Umfirmierung der Tochtergesellschaft erfolgte im Zuge einer am 10.1.2013 erfolgten Verschmelzung der V Gesellschaft für Medienanalyse mbH (HRB 003, AG Köln) als übertragender Rechtsträger mit der N-Beteiligungsgesellschaft mbH (HRB 002, AG Köln) als übernehmendem Rechtsträger. Der Kläger war alleinvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreiter Geschäftsführer des übertragenden Rechtsträgers. Zu dieser Tätigkeit als Geschäftsführer erließ die Beklagte einen Bescheid vom 18.1.2008, in dem sie feststellte, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der V Medienanalyse GmbH seit dem 16.5.2007 im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit und damit nicht in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgeübt werde. Infolge der Verschmelzung erfolgte die Löschung des übertragenden Rechtsträgers im Handelsregister. Der Kläger war zudem alleinvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer des übernehmenden Rechtsträgers. Zwischen der Tochtergesellschaft als beherrschter Gesellschaft und der Muttergesellschaft, der Beigeladenen zu 1), besteht ein Ergebnisabführungsvertrag vom 12.7.2013 (eingetragen am 25.7.2013 in das Handelsregister des AG Köln, HRB 002).

Das Stammkapital der Beigeladenen zu 1) beträgt 26.882,00 Euro und ist aufgeteilt in 25.000 A-Geschäftsanteile im Nennbetrag zu je 1,00 Euro und 1.882 B-Geschäftsanteile im Nennbetrag zu je 1,00 Euro (Ziff. 4 GesV). Der Kläger verfügt über 4.000 A-Geschäftsanteile und damit über 15,99 % der Stimmrechte. Dies gilt gleichermaßen für die H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft mbH als weiterer Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1). Daneben existieren vier weitere Gesellschafter.

Die Rechte und Pflichten der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) ergeben sich aus dem Gesetz, dem Gesellschaftsvertrag, dem Geschäftsführerdienstvertrag, einer etwaigen Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und den Weisungen des Gesellschafterausschusses (Ziff. 6.2 GesV).

Die Beschlüsse der Gesellschafter werden, soweit das Gesetz, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag nicht eine andere Mehrheit vorschreiben, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (Ziff. 8.6 Satz 1 GesV). Je 1,00 Euro der Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft, das auf die A-Geschäftsanteile entfällt, gewährt 100 Stimmen (Ziff. 8.6 Satz 2 GesV). Je 1,00 Euro der Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft, das auf die B-Geschäftsanteile entfällt, gewährt eine Stimme (Ziff. 8.6. Satz 3 GesV).

Nach Ziff. 8.7 GesV bedürfen die darin genannten Beschlussgegenstände eines Gesellschafterbeschlusses mit einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen. Zu diesen Beschlussgegenständen gehören z. B. Satzungsänderungen, die Auflösung der Gesellschaft, die Abberufung und Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages von Gesellschafter-Geschäftsführern in den zwischen den Gesellschaftern vereinbarten Fällen sowie Bestellung und Abberufung, Abschluss und Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages eines Fremdgeschäftsführers, auch in Tochtergesellschaften.

Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens 75 % des Stammkapitals vertreten sind (Ziff. 8.4 Satz 1 GesV). Kommt eine beschlussfähige Gesellschafterversammlung nicht zustande, so ist auf Verlangen der Geschäftsführung oder eines Gesellschafters eine neue Gesellschafterversammlung mit derselben Tagesordnung einzuberufen, die ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist, wenn in der Einladung hierauf ausdrücklich hingewiesen wurde und die neue Gesellschafterversammlung nicht später als 6 Wochen nach der nicht beschlussfähigen Versammlung stattfindet (Ziff. 8.4 Satz 2 GesV).

Ziff. 9 GesV enthält Regelungen zu einem Gesellschafterausschuss, der die Geschäftsführung überwacht und dem, soweit hierfür nicht eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist, die Zustimmung zu den in der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung genannten Geschäftsführungsmaßnahmen sowie die Ausübung des Weisungsrechtes der Gesellschafter obliegt (Ziff. 9.3 GesV).

Auf den weiteren Inhalt des GesV wird verwiesen.

Der Kläger und Herr H T wurden zu gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern der Beigeladenen zu 1) bestellt. Später erfolgte jeweils die Einräumung von Einzelvertretungsberechtigung und die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) (eingetragen am 7.10.2015 in das Handelsregister des AG Köln, HRB 000).

Am 27.12.2012 schloss der Kläger mit der Beigeladenen zu 1), damals noch unter C Vermögensverwaltung GmbH firmierend, einen Dienstvertrag (DV), der ihn u.a. verpflichtete, Weisungen der Gesellschafterversammlung bzw. des Gesellschafterausschusses zu befolgen (§ 1 Abs. 1 Satz 3), seine ganze Arbeitskraft der Beigeladenen zu 1) und ihren im Sinne der [§§ 15 ff Aktiengesetz \(AktG\)](#) verbundenen Unternehmen zur Verfügung zu stellen und seine Verfügbarkeit nach den geschäftlichen Erfordernissen auszurichten (§ 1 Abs. 5). Der DV enthält u.a. Regelungen zu einem festen, in 12 monatlichen Teilbeträgen auszuzahlenden Jahresgehalt von 181.500,00 Euro brutto, das einmalig zum 1.10.2014 um 10 % erhöht wird (§ 3 Abs. 1 und 2), zu einem Tantiemenanspruch (§ 3 Abs. 3 bis 7), zu Ansprüchen auf Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 Abs. 8) und bezahltem Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen (§ 5). Auf den weiteren Inhalt des DV wird Bezug genommen.

Unter dem 7.10.2013 schlossen der Kläger und die weitere Gesellschafterin, die H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft mbH, deren alleiniger Gesellschafter der weitere Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1), H T, ist, eine Stimmbindungsvereinbarung, in der sie in § 1 vereinbarten, dass die Vertragsparteien in Zukunft bei allen Gesellschafterbeschlüssen bezogen auf die ihnen jeweils zustehenden A-Shares übereinstimmend mit Ja oder Nein stimmen oder sich übereinstimmend der Stimme enthalten und die B-Shares keiner Bindung nach dieser Vereinbarung unterliegen. Der Vertrag wurde für die Dauer von zunächst drei Jahren, beginnend ab dem 1.9.2013, geschlossen (§ 4 Satz 1) und war nach Maßgabe der Regelungen in § 4 Sätze 2 und 3 kündbar. Auf den weiteren Inhalt dieses Stimmbindungsvertrages wird Bezug genommen.

Am 28.11.2013 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status mit dem Begehren, nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) festzustellen, dass eine Beschäftigung nicht vorliegt. Zur Begründung verwies er auf den Stimmbindungsvertrag vom 7.10.2013. Nach diesem Vertrag stehe beiden Gesellschaftern eine umfassende Sperrminorität zu. So sei die Gesellschafterversammlung nur beschlussfähig, wenn mindestens 75 % des Stammkapitals vertreten seien. Nach Ziff. 8.7 GesV bedürften wesentliche Beschlussgegenstände eines Gesellschafterbeschlusses, welcher mit einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen zu fassen sei. Er trage in vollem Umfang ein unternehmerisches Risiko. Er habe neben den weiteren Gesellschaftern der Beigeladenen zu 1) dieser ein Gesellschafterdarlehen gewährt. Er und die H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft mbH hätten der Beigeladenen zu 1) ein Darlehen in Höhe von jeweils 3.200.000,00 Euro gewährt. Herr T und er verfügten allein über die notwendige fachliche Qualifikation und Branchenkenntnis.

Mit gleichlautenden, an den Kläger und die Beigeladene zu 1) adressierten Schreiben vom 6.12.2013 hörte die Beklagte diese zu der Absicht an, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen das Bestehen eines gesonderten Arbeitsvertrages, der die Mitarbeit in der Gesellschaft regle, sowie die Zahlung einer regelmäßigen Vergütung. Des Weiteren könne der Kläger mangels Stimmenmehrheit keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben. Merkmale für Selbständigkeit lägen insoweit vor, als der Kläger einzelvertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot gem. [§ 181 BGB](#) befreit sowie aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlung indirekt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt sei. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwogen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

In seiner Stellungnahme vom 20.12.2013 machte der Kläger geltend, es bestehe schon kein gesonderter Arbeitsvertrag, sondern ein Geschäftsführerdienstvertrag. Der Geschäftsführer einer GmbH sei nach der ständigen Rechtsprechung kein Arbeitnehmer. Der Vertragsschluss als solcher könne nicht für eine abhängige Beschäftigung sprechen, da ganz typisch und schon aus steuerlichen Gründen jeder Geschäftsführer einen Anstellungsvertrag mit der geführten Gesellschaft und daneben auch jeder Selbständige mit jedem seiner Kunden einen Vertrag über die zu erbringenden Leistungen abschließe. Die Beklagte lasse seine Sperrminorität außer Betracht, die für die Feststellung einer selbständigen Tätigkeit ausreiche. Aufgrund des mit der H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft mbH abgeschlossenen Stimmbindungsvertrages habe er es in der Hand, der gemeinschaftlichen Zustimmung einer Beschlussvorlage zu widersprechen. Hierdurch käme es jedenfalls nicht zu einer Einigung zwischen den Parteien mit der Folge, dass kein Beschluss die erforderlichen 75 % gegen seinen Willen erreichen könne, die auch schon für die Beschlussfähigkeit erforderlich seien. Damit könnte er insbesondere seine Abberufung und Kündigung verhindern. Weitere Merkmale für Selbständigkeit seien von der Beklagten nicht berücksichtigt worden. Der Kläger sei hinsichtlich Art, Ort, Zeit und Inhalt der Arbeitsleistung frei und weder arbeitsvertraglich noch durch Weisungen in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Weiter verfüge er allein neben Herrn T über die notwendigen Branchenkenntnisse für die Führung der Gesellschaft, während alle anderen Gesellschafter lediglich als Investoren an der Beigeladenen zu 1) beteiligt seien. Er

und Herr T seien "Kopf und Seele" der Beigeladenen zu 1). Auf die Darlehensgewährung durch den Kläger an die Beigeladene zu 1) werde erneut hingewiesen. Diese begründe ein erhebliches unternehmerisches Risiko. Nach der Gesamtwürdigung überwiegen die Merkmale für eine selbständige Tätigkeit deutlich.

Mit Bescheid vom 14.2.2014 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) seit 27.12.2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde, in dem ab dem 27.12.2012 Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. In der Kranken- und Pflegeversicherung bestehe keine Versicherungspflicht. Zwar spreche für eine selbständige Tätigkeit, dass der Kläger einzelvertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot gem. [§ 181 BGB](#) befreit sowie aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlung indirekt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt sei und angabegemäß keine Weisungen durch die Beigeladene zu 1) hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit erhalte. Jedoch sprächen mehrere Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis: Es bestehe ein gesonderter Dienstvertrag, der die Mitarbeit in der Gesellschaft regle. Der vorgelegte Dienstvertrag enthalte arbeitsvertragstypische Regelungen zum Urlaubsanspruch und über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Arbeitsunfähigkeit. Es werde für die Tätigkeit eine regelmäßige Vergütung gezahlt. Der Kläger könne kraft seines Anteils am Stammkapital keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Auf die weitere Begründung dieses Bescheides wird verwiesen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger am 20.3.2014 Widerspruch. Er wiederholte und vertiefte sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trug er vor, die Regelungen zum Urlaubsanspruch und zur Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall seien nicht arbeitsvertragstypisch. Nach § 5 DV sei er in der Bestimmung und Gestaltung seiner Urlaubszeit frei. § 3 Abs. 8 DV sehe im Gegensatz zur arbeitsrechtlich auf sechs Wochen begrenzten Entgeltfortzahlung eine solche für 12 Monate vor. Denn als Selbständiger sei er nicht wie ein Arbeitnehmer abgesichert, für den im Anschluss an die Entgeltfortzahlung die gesetzliche Krankenversicherung eintrete. Da er aber als Dienstleister auf seine Leistungsfähigkeit zur Gewinnerzielung in erheblichem Umfang angewiesen sei, sichere die Regelung im DV ein für die selbständige Tätigkeit typisches Risiko in eben diesem Umfang ab. Zur weiteren Absicherung der Sperrminorität sei unter dem 5.3.2014 ein geänderter Stimmbindungsvertrag geschlossen worden. Dieser sei nun zunächst auf fünf Jahre fest geschlossen und nicht ordentlich kündbar. Während seiner Laufzeit vermittele er jedem Vertragspartner eine Sperrminorität in der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1), denn inhaltlich sehe der überarbeitete Stimmbindungsvertrag vor, dass die Vertragsparteien in der Gesellschafterversammlung nur einheitlich abstimmen könnten. Gleichzeitig hätten sich die Vertragsparteien im Rahmen des Stimmbindungsvertrages gegenseitig bevollmächtigt, sich bei der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung zu vertreten, sodass hierdurch - wie auch durch die empfindliche Vertragsstrafenregelung sowie die zusätzlich drohende Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz - auch faktisch die Abstimmung aller Gesellschafter-Geschäftsführer sichergestellt werden könne.

Der zwischen dem Kläger und der H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft mbH am 5.3.2014 geschlossene Stimmbindungsvertrag enthält in § 1 eine unveränderte Regelung zur einheitlichen Stimmabgabe. § 2 regelt die Festlegung des Abstimmungsverhaltens und die Bevollmächtigung der Vertragsparteien zur gegenseitigen Vertretung bei der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung. Nach § 4 Satz 1 wird dieser Vertrag zunächst für die Dauer von fünf Jahren, beginnend ab dem 1.9.2013, geschlossen, wobei eine ordentliche Kündigung mit Wirkung zu einem Zeitpunkt vor Ablauf der Befristung beidseitig ausgeschlossen ist (§ 4 Satz 2). Auf den weiteren Inhalt des Stimmbindungsvertrages wird Bezug genommen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 3.6.2014 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Auf die Begründung des Widerspruchsbescheides wird verwiesen.

Mit seiner zum Sozialgericht (SG) Köln erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiter verfolgt. Er hat sein bisheriges Vorbringen wiederholt und noch einmal herausgestellt, dass er einen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen könne und insbesondere eine Sperrminorität hinsichtlich solcher Beschlüsse der Gesellschafterversammlung besitze, die sein Anstellungsverhältnis als Geschäftsführer zur Gesellschaft betreffen. Er verfüge über eine umfassende Sperrminorität. Aufgrund seines Anteils am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) und der Stimmrechtsvereinbarungen könnten gegen seinen Willen keine Beschlüsse über die Ziff. 8.7 GesV genannten Gegenstände gefasst werden. Eine ordentliche Abberufung oder Kündigung des Geschäftsführerdienstverhältnisses sei gegen seinen Willen nicht möglich. Für die Statusbeurteilung sei rechtlich unerheblich, dass er seine Abberufung aus wichtigem Grund nicht verhindern könne.

Die Klägerin hat beantragt,

unter Aufhebung des Bescheides vom 14.2.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3.6.2014 festzustellen, dass er als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat auf den Widerspruchsbescheid verwiesen. Ergänzend hat sie geltend gemacht, dass die an dem Stimmbindungsvertrag beteiligten Gesellschafter auch nicht gemeinsam über eine umfassende Sperrminorität verfügten.

Die Beigeladene zu 1) hat sich dem Vorbringen des Klägers angeschlossen.

Das SG Köln hat mit Urteil vom 19.10.2015 unter Abänderung des Bescheides vom 14.2.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3.6.2014 festgestellt, dass der Kläger als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) seit dem 5.3.2014 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliege. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe dieses Urteils wird Bezug genommen.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 26.10.2015 zugestellte Urteil am 17.11.2015 Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt sie vor, nach den

zuletzt ergangenen Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 29.7.2015, 19.8.2015 und 11.11.2015 komme für die Weisungsgebundenheit und Eingliederung eines GmbH-Geschäftsführers der Rechtsmacht die maßgebliche Bedeutung zu. Eine Rechtsmachtverschiebung werde durch eine Stimmrechtsvereinbarung nicht bewirkt. Beachtenswerte wirtschaftliche Einflussmöglichkeiten aufgrund eines Darlehens würden vom Kläger nicht konkret vorgetragen. Selbst durch eine Darlehenskündigung ausgelöste wirtschaftliche Turbulenzen änderten nichts an in der in letzter Konsequenz fehlenden Rechtsmacht (BSG, Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#)). Der Kläger habe nur ein Haftungs- und Ausfallrisiko, wie es mit jeder Darlehensgewährung verbunden sei, übernommen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 19.10.2015 zu ändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Zur Erwiderung auf das Berufungsvorbringen trägt er vor, in den von der Beklagten zitierten BSG-Entscheidungen sei auch maßgeblich darauf abgehoben worden, dass keinerlei wirtschaftliches Risiko im Sinne einer echten Unternehmereigenschaft bei den dort Betroffenen vorhanden gewesen sei. Er - der Kläger - trage dagegen vorliegend mit einem ungesicherten Darlehen über 3,2 Mio. Euro auch in besonderer Weise ein unternehmerisches Risiko. Aufgrund einer von ihm geleisteten Zuzahlung in die Kapitalrücklage der Beigeladenen zu 1) in Höhe von 477.600,00 Euro betrage sein Investment insgesamt 3.682.000,00 Euro, die ungesichert der Gesellschaft zur Verfügung stünden. Das Darlehen nebst aufgelaufenen Zinsen in Höhe von 648.739,28 Euro stehe der Beigeladenen zu 1) noch voll und uneingeschränkt zur Finanzierung zur Verfügung. Er habe in erheblicher Form eigenes Kapital und eigene Arbeitskraft mit dem Risiko des Totalverlustes eingesetzt. Er sei neben Herrn T der alleinige Geschäftsführer, der eine Berufung von neuen Geschäftsführern vornehmen und/oder seine Abberufung verhindern könne.

Auf Nachfrage des Senats hat der Kläger mitgeteilt, dass er Tantiemen, die jeweils erfolgsbezogen nach der Entwicklung der Beigeladenen zu 1) ermittelt und in der Folge zur Auszahlung gebracht worden seien, in Höhe von 75.000,00 Euro im November 2014, 39.000,00 Euro im April 2015, 75.000,00 Euro im Oktober 2015 und 69.000,00 im Januar 2016 erhalten habe.

Der Senat hat schließlich noch folgende Unterlagen beigezogen, auf deren Inhalt Bezug genommen wird:

- Geschäftsordnung für Geschäftsführungsmaßnahmen (s. Ziff. 9.3 GesV)
- Geschäftsordnung für den Gesellschafterausschuss (s. Ziff. 9.4 GesV)
- Geschäftsordnung für den Beirat (s. Ziff. 10.6 GesV)
- Gesellschaftervereinbarung v. 20.12.2012 (§ 6 Abs. 2 DV)
- Gesellschafterdarlehensvertrag vom 20.12.2012

In dem Termin zur mündlichen Verhandlung am 11.5.2016 haben die Vertreter der Beklagten erklärt:

"Wir ändern den Bescheid vom 14.2.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3.6.2014 dahingehend, dass festgestellt wird, dass der Kläger in seiner Beschäftigung als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt."

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

Entscheidungsgründe:

I. Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 4) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit den ordnungsgemäßen Terminnachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

II. Die Berufung der Beklagten 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 der Beklagten am 26.10.2015 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen am 17.11.2015 eingegangen.

III. Die Berufung der Beklagten ist auch begründet. Der Bescheid vom 14.2.2014 in der Gestalt der Widerspruchsbescheides vom 3.6.2014 und des Bescheides vom 11.5.2016 beschwert den Kläger nicht im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG. Denn er ist im Hinblick auf die - im Berufungsverfahren nur streitige - Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in der Zeit ab dem 5.3.2014 rechtmäßig.

Einer Entscheidung der Beklagten stand ihr Bescheid vom 18.1.2008 nicht entgegen, da dieser Regelungen zu einem anderen Rechtsverhältnis, nämlich dem des Klägers zur - infolge Verschmelzung gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Umwandlungsgesetz erloschenen - V Gesellschaft für Medienanalyse mbH, und nicht zur Beigeladenen zu 1) enthält.

Die Beklagte kann sich als Ermächtigungsgrundlage auf § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV stützen. Danach können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Abs. 2 SGB IV die Beklagte (§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

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

[SGB III]).

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

Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, das heißt den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#); BSG, Urteil v. 19.8.2015, [B 12 KR 9/14 R](#), jeweils juris).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f); Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#); Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), jeweils juris).

Dabei fällt zunächst nicht maßgeblich ins Gewicht, dass es sich bei dem Kläger um einen Gesellschafter-Geschäftsführer und damit gesellschaftsrechtlich betrachtet um ein Organ der Beigeladenen zu 1) handelt.

Denn die vorgenannten Grundsätze sind auch bei Organen juristischer Personen anzuwenden (statt vieler: BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 20). Der Geschäftsführer einer GmbH ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er in der Regel im Alltagsgeschäft keinen Einzelweisungen Dritter bezüglich Zeit, Art und Ort der Beschäftigung unterliegt oder gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Unerheblich ist auch, dass er gemäß [§ 5 Abs. 1 Satz 3](#) Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) nicht als Arbeitnehmer gilt. Denn nur in besonderen Ausnahmefällen hat der Gesetzgeber derartige Personen vom Kreis der Beschäftigten bzw. der Versicherungspflichtigen ausgenommen, nämlich z.B. Vorstände von Aktiengesellschaften nach [§§ 1 Satz 4 SGB VI](#), [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#) [zu stellvertretenden Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und Vorstandsmitglieder großer Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit: [§ 94 AktG](#) und [§ 34](#) des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen (VAG)]; BSG, Urteil v. 27.3.1980, [12 RAR 1/79](#), [BB 1980, 1473](#)]. Dieser Vorschriften bedürfte es nicht, wenn leitende Angestellte oder Organe juristischer Personen bereits aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen nicht als Beschäftigte anzusehen wären (BSG, Urteil v. 8.12.1987, 7 Rar 25/86, USK 87170, 826; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [a.a.O.](#)).

Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (BSG, Urteil v. 6.3.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 1 m.w.N.; Senat, Urteil v. 2.4.2014, [L 8 R 530/13](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#), jeweils juris). 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, Urteil v. 8.8.1990, 11 Rar 77/89, SozR 3-2400 § 7 Nr. 4). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte, die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, Urteil v. 6.2.1992, [7 RAR 134/90](#), SozR 3-4100 § 104 Nr. 8).

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats und unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Kläger auch seit dem 5.3.2014 bei der Beigeladenen zu 1) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig war bzw. ist, da die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände in der Gesamtabwägung überwiegen.

a) Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Geschäftsführertätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit ausgeführt wurde, ist der DV. Dieser hat nach seinem Inhalt maßgebliche arbeitsvertragstypische Elemente zum Gegenstand und ist Ausdruck der der Gesellschafterversammlung bzw. dem Gesellschafterausschuss der Beigeladenen zu 1) allein obliegenden abstrakten Rechtsmacht.

Nach dem Inhalt des Vertrages sprechen für eine abhängige Beschäftigung und damit für eine Eingliederung in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) und eine Weisungsabhängigkeit von ihr, dass der Geschäftsführer die Weisungen der Gesellschafterversammlung bzw. des Gesellschafterausschusses zu befolgen hat (§ 1 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1 DV). Für die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinaus gehenden Maßnahmen bedarf er der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. des Gesellschafterausschusses (§ 1 Abs. 2 Satz 3 DV). Arbeitnehmertypisch ist die Regelung, dass der Kläger ausschließlich der Beigeladenen zu 1) und ihren im Sinne der [§§ 15 ff AktG](#) verbundenen Unternehmen mit seiner ganzen Arbeitskraft zur Verfügung steht und seine Verfügbarkeit nach den geschäftlichen Erfordernissen ausrichten wird (§ 1 Abs. 5 DV). Flankierend zu dieser Regelung bedarf eine Nebentätigkeit des Klägers, die nicht dem Wettbewerbsverbot nach § 7 DV unterliegt, der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. des Gesellschafterausschusses, die insbesondere versagt werden kann, wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, dass infolge der Nebentätigkeit der Arbeitseinsatz des Geschäftsführers für die Gesellschaft beeinträchtigt wird (§ 1 Abs. 6 DV). Arbeitnehmertypisch erhält der Kläger ein Festgehalt (§ 3 Abs. 1 und 2 DV), Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 Abs. 8 DV), sonstige Leistungen, Spesen, Aufwendungsersatz (§ 4 DV) sowie einen bezahlten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen (§ 5 DV). Zwar ist der Geschäftsführer grundsätzlich in der Bestimmung seiner Urlaubszeit frei (§ 5 Satz 2 DV). Er wird diese jedoch rechtzeitig mit seinen Mitgeschäftsführern abstimmen und die Urlaubsplanung an den betrieblichen Erfordernissen ausrichten (§ 5 Satz 3 DV). Für Selbständigkeit typische Freiheiten bestanden damit nicht.

§ 1 Abs. 4 DV bestimmt, dass der Geschäftsführer die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne des arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften war. Diese Regelung verdeutlicht die Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation, nämlich die der Beigeladenen zu 1) in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die vertraglichen Regelungen zur Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall gewähren dem Kläger zu 1) arbeitnehmertypische Rechte, die ihm kraft Gesetzes als Geschäftsführer einer GmbH nicht zustehen würden. Denn der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aus [§ 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz \(EFZG\)](#) steht nur Arbeitnehmern zu ([§ 1 Abs. 1 EFZG](#)), zu denen nur Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten zählen ([§ 1 Abs. 2 EFZG](#)), mithin "klassische" Arbeitnehmer, dagegen nicht Geschäftsführer wie der Kläger.

Auch wenn es - was der Kläger geltend macht - arbeitsvertragsuntypisch ist, einen Anspruch auf Vergütungsfortzahlung für die Dauer von 12 Monaten einzuräumen, ist diese Regelung - was vom Kläger auch eingeräumt wird - darauf gerichtet, dem Kläger eine Absicherung für den Krankheitsfall zu verschaffen, die sich an der Absicherung eines Arbeitnehmers mit Ansprüchen auf Entgeltfortzahlung und Krankengeld orientiert. Diese Regelung ist daher nicht Ausdruck eines mit einer Selbständigkeit verbundenen Risikos, sondern Folge der Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung wegen des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenzen (vgl. [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch \(SGB V\)](#)), aufgrund deren mangels Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung ein Krankengeldanspruch gem. [§ 44 SGB V](#) nicht besteht. Gerade diese Orientierung an der Absicherung von Arbeitnehmern unterstreicht, dass der DV in der Gesamtbewertung ein Beschäftigungsverhältnis zum Gegenstand hat.

Dies gilt auch im Hinblick auf die Regelungen zum Tantiemenanspruch in § 3 Abs. 3 bis 8 DV, die indiziell für Selbständigkeit sprechen. Denn Tantiemenzahlungen kommt grundsätzlich nur Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit 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 (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), mwN, juris, Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#) juris). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit vielmehr gering.

In den Regelungen zur Direktversicherung in § 4 Abs. 5 DV schließlich ist explizit von "Arbeitgeber" und "arbeitgeberfinanzierter Altersversorgung" die Rede.

Die Regelungen zur Alleinvertretung und zur Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) (§ 1 Abs. 3 DV) betreffen nicht das Rechtsverhältnis des Klägers zur Beigeladenen zu 1) als Muttergesellschaft, sondern dasjenige zur Tochtergesellschaft, sodass diese Gesichtspunkte nicht als Indizien für Selbständigkeit bezogen auf die streitgegenständliche Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) bewertet werden können.

b) Auf der beschriebenen vertraglichen Grundlage war der Kläger nicht in seinem eigenen, sondern in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Beigeladenen zu 1), tatsächlich tätig. Die alleinige Betriebs- bzw. Unternehmensinhaberin war die Beigeladene zu 1), die als GmbH juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit ist und deshalb unabhängig von den als Gesellschaftern dahinterstehenden juristischen oder natürlichen Personen und deren verwandtschaftlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen betrachtet werden muss (BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 17). Während dieser Tätigkeit war der Kläger daher vollständig in den fremden Betrieb und folglich in eine ihm einseitig vorgegebene Organisation eingegliedert (vgl. BSG, Urteil v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 17 m.w.N.). Eine andere Betrachtungsweise würde die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH in unzulässiger Weise hinweg fingenieren.

Die Eingliederung des Klägers wird in besonderer Weise dadurch unterstrichen, dass der Kläger zur Vertretung der Beigeladenen zu 1) zunächst nur gemeinsam mit dem Mitgeschäftsführer H T berechtigt war. § 1 Abs. 4 DV verdeutlicht ebenfalls die Eingliederung des Klägers in eine fremde Betriebsorganisation. Denn danach nimmt der Kläger als Geschäftsführer die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahr. Er ist damit Teil der personellen Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 1).

Die Eingliederung des Klägers in die personellen, organisatorischen und gesellschaftsrechtlichen Strukturen der Beigeladenen zu 1) wird durch die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Beigeladenen zu 1) in vielfältiger Hinsicht betont. So hat die Geschäftsführung mit den anderen Organen der Beigeladenen zu 1), im Besonderen mit dem Gesellschafterausschuss, zusammenzuarbeiten (Ziff. 1.2). Im Innenverhältnis sind die Geschäftsführer gemeinschaftlich für die Geschäftsleitung der Beigeladenen zu 1) verantwortlich (Ziff. 2.1). Zu diesem Zweck arbeiten sie eng miteinander zusammen und informieren sich über alle wesentlichen Maßnahmen, Geschäfte und Ereignisse, die sich auf ihren jeweiligen Geschäftsbereich beziehen (Ziff. 2.1). Beschlüsse der Geschäftsführung werden generell in Versammlungen nach Maßgabe der Regelungen der Ziff. 3 gefasst. Des Weiteren gibt es vielfältige Zustimmungserfordernisse, Informations- und Berichtspflichten (Ziff. 4 und 5).

c) Der Kläger übte seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer auch im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) nach Weisungen aus. Er besaß im Streitzeitraum ab dem 5.3.2014 keine im Gesellschaftsrecht wurzelnde Rechtsmacht, jederzeit unliebsame Entscheidungen abzuwehren.

aa) Der Kläger unterlag nach §§ 37 Abs. 1, 46 des Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung der Klägerin. Nach [§ 47 Abs. 1 GmbHG](#) erfolgen die von den Gesellschaftern in der Angelegenheit der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen durch Beschlussfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

Dieser gesetzlichen Konzeption entsprechend werden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (Ziff. 8.6 GesV). Je 1,00 Euro der Beteiligung am Stammkapital der Beigeladenen zu 1), das auf die A-Geschäftsanteile entfällt, gewährt 100 Stimmen. Je 1,00 Euro der Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft, das auf die B-Geschäftsanteile entfällt, gewährt eine Stimme (Ziff. 8.6 GesV). Aufgrund seiner A-Geschäftsanteile von 15,99 % des Stammkapitals stand dem Kläger im Streitzeitraum daher nicht die abstrakte Rechtsmacht zu, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung jederzeit abzuwehren.

Allein war er aufgrund seiner Beteiligung am Stammkapital von 15,99 % auch rechtlich nicht jederzeit in der Lage, Beschlüsse zu den Gegenständen zu verhindern, die gem. Ziff. 8.7 GesV eine qualifizierte Mehrheit von 75 % erfordern. Ebenso war der Kläger allein nicht in der Lage, die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung gem. Ziff. 8.4 GesV zu verhindern.

Schließlich unterlag der Kläger auch den Weisungen des Gesellschafterausschusses, der die Geschäftsführung überwacht (Ziff. 9.3 Satz 1 GesV). Dieser Gesellschafterausschuss besteht aus fünf Mitgliedern, von denen zwei von den Gesellschaftern Joachim Fuß, P N - dem Kläger - und H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft mbH, den sog. Altgesellschaftern, und drei von den übrigen Gesellschaftern, den sog. Neuinvestoren, bestellt werden. Nach Ziff. 6 der Geschäftsordnung für den Gesellschafterausschuss werden Beschlüsse, soweit der Gesellschaftsvertrag oder die Geschäftsordnung nicht anderes bestimmt, mit einfacher Mehrheit gefasst (Ziff. 6.1 Satz 2), wobei jedes Mitglied eine Stimme hat (Ziff. 6.3 Satz 1). Der Kläger besitzt daher kraft seines Stimmrechts - auch nicht zusammen mit dem weiteren Altgesellschafter - nicht die rechtliche Möglichkeit, jederzeit Weisungen des Gesellschafterausschusses zu verhindern.

bb) Die Stimmbindungsverträge vom 7.10.2013 und 5.3.2014 verschaffen dem Kläger ebenfalls nicht diese Rechtsmacht, da sie aus wichtigem Grund fristlos kündbar waren bzw. sind (vgl. BSG, Urt. v. 11.11.2015, [B 12 KR 13/14 R](#), juris).

Darüber hinaus vermitteln die Stimmbindungsverträge dem Kläger - zusammen mit einem weiteren Gesellschafter - ohnehin keine umfassende Sperrminorität, sondern allenfalls eine partielle bezogen auf die - wenn auch - bedeutsamen Beschlussgegenstände, die gem. Ziff. 8.7 GesV eine qualifizierte Mehrheit von 75 % erfordern. Der Kläger konnte somit nicht jederzeit Weisungen der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1) an sich verhindern. Bei der statusrechtlichen Beurteilung von Geschäftsführern einer GmbH steht eine lediglich partielle Sperrminorität, die im Übrigen Weisungen an den Geschäftsführer nicht ausschließt, der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, denn die höchstrichterliche Rechtsprechung fordert hinsichtlich einer relevanten Rechtsmachtverschiebung, dass der Betroffene ihm nicht genehme Weisungen "jederzeit" abwenden kann (BSG, Urteil v. 24.9.1992, [7 AR 12/92](#); BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8 S. 16](#); BSG, Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), [ZIP 2006, 678](#); BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 R 14/10 R](#); BSG, Beschluss v. 31.3.2014, [B 12 R 53/13 B](#); Senat, Urteil v. 2.7.2014, [L 8 R 777/12](#); Senat, Urteil v. 3.9.2014, [L 8 R 55/13](#); Senat, Urteil v. 27.8.2014, [L 8 R 337/13](#), jeweils juris). Im Übrigen schränken die Stimmbindungsverträge nicht nur die Stimmrechte der weiteren Gesellschafterin, der H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft, ein, sondern ebenso die des Klägers in derselben Weise, der damit allein nicht in der Lage war bzw. ist, in den Katalogfällen der Ziff. 8.7 GesV ohne Mitwirkung der weiteren Gesellschafterin sein Stimmrecht in der Weise auszuüben, dass die qualifizierte Mehrheit von 75 % erreicht werden kann.

Selbst zusammen mit der weiteren Gesellschafterin, der H T Beteiligungs- und Beratungsgesellschaft, verfügte bzw. verfügt der Kläger nicht über die Rechtsmacht, jederzeit die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1) und dadurch ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Es kann zwar die Beschlussfähigkeit der ersten Gesellschafterversammlung, die gem. Ziff. 8.4 Satz 1 GesV beschlussfähig ist, wenn mindestens 75 % des Stammkapitals vertreten sind, zusammen mit der weiteren Gesellschafterin verhindert werden, jedoch die darauf folgende nicht. Denn Ziff. 8.4 Satz 2 GesV bestimmt für diesen Fall, dass auf Verlangen der Geschäftsführung oder eines Gesellschafters eine neue Gesellschafterversammlung mit derselben Tagesordnung einzuberufen ist, die ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist, wenn in der Einladung hierauf ausdrücklich hingewiesen wurde und die neue Gesellschafterversammlung nicht später als 6 Wochen nach der nicht beschlussfähigen Versammlung stattfindet.

cc) Besondere Umstände des Einzelfalles, die ausnahmsweise eine faktische Weisungsfreiheit des Klägers im Streitzeitraum begründen könnten, sind nach den Feststellungen des Senats ebenfalls nicht gegeben.

Die behauptete besondere Branchenkenntnis des Klägers ist ebenfalls nicht geeignet, eine sozialversicherungsrechtlich relevante Weisungsfreiheit zu begründen. Dies gilt bereits deshalb, weil diese nach den eigenen Angaben des Klägers nicht bei ihm monopolisiert ist, sondern Herr H T über eine eben solche Branchenkenntnis verfügt. Sollte der Kläger im Konfliktfall mit seinen Kenntnissen aus der Geschäftsführung oder gar aus der Gesellschaft ausscheiden, stünden dieser die erforderlichen Branchenkenntnisse immer noch in Person des Mitgeschäftsführers H T zur Verfügung.

Darüber hinaus stellt dieser Aspekt schon keinen besonderen Umstand des Einzelfalles dar. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, dass jeder Geschäftsführer für seinen Geschäftsbereich ein besonderes Fachwissen und spezielle Kenntnisse und Erfahrungen einbringt, die ihn befähigen, in seinem Zuständigkeitsbereich für die Gesellschaft erfolgreich tätig zu sein (Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris). 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 leitender Angestellter im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes. 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 v. 17.10.2012, [a.a.O.](#)).

Soweit sich der Kläger zusammen mit Herrn H T als "Kopf und Seele" der Beigeladenen zu 1) sieht, ist dies statusrechtlich nicht relevant (BSG, Urt. v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#); Urt. v. 11.11.2015, [B 12 R 2/14 R](#); jeweils juris).

d) Für eine selbständige Tätigkeit des Klägers sprechende Gesichtspunkte sind nicht in einem solchen Maße gegeben, dass diese im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung aller abgrenzungsrelevanter Umstände die für ein Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale überwiegen.

aa) Der Kläger konnte seine Tätigkeit aufgrund der vorstehenden Ausführungen zu seinen vertraglichen Verpflichtungen, zur Eingliederung und zu seiner Weisungsgebundenheit nicht - wie für eine selbständige Tätigkeit typisch - im Wesentlichen frei bestimmen.

bb) Für eine eigene Betriebsstätte des Klägers ist nichts ersichtlich.

cc) Ein wesentliches unternehmerisches Risiko bestand für den Kläger im Rahmen der zu beurteilenden Rechtsbeziehung mit der Klägerin ebenfalls nicht.

Maßgebendes Kriterium für ein unternehmerisches Risiko ist nach den von dem BSG entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BSG, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) S. 36 m.w.N.; BSG, Urteil v. 25.1.2011, [B 12 KR 17/00 R](#), SozR 2001, 329, 331; BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris, Rdnr. 27; BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), USK 2011-125, juris Rdnr. 25 f.), der sich der Senat in seiner ständigen Rechtsprechung bereits angeschlossen hat (vgl. nur Senat, Urteil v. 22.4.2015, [L 8 R 680/12](#)), ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft (vgl. schon BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17 S. 37; BSG SozR -3-2400 § 7 Nr. 13 S. 36 m.w.N.; BSG Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris Rdnr. 27; BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), USK 2011-125, juris Rdnr. 25 f.) oder größere Verdienstmöglichkeiten gegenüberstehen (vgl. BSG [SozR 2400 § 2 Nr. 19](#), S. 30; BSG, Urteil v. 25.1.2001, [B 12 KR 17/00 R](#), SozVers. 2001, 329, 332; zuletzt BSG, Urteil v. 31.3.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), juris, Rdnr. 27).

(1) Seine Arbeitskraft setzt der Kläger nicht mit der Gefahr des Verlustes ein. Er kann eine Festvergütung nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 und 2 DV in der im Tatbestand genannten Höhe beanspruchen. Gegen das Risiko eines krankheitsbedingten Entgeltausfalls ist der Kläger nach Maßgabe des § 3 Abs. 8 DV geschützt. Ein Urlaubsabgeltungsanspruch für nicht genommenen Urlaub besteht nach Maßgabe des § 5 DV. Schließlich erhält der Kläger sonstige Leistungen, Spesen und Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 4 DV.

(2) Die Ausübung der Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) hat auch einen relevanten eigenen, mit einem etwaigen Verlustrisiko verbundenen Kapitaleinsatz des Klägers nicht erfordert.

(a) Hinsichtlich seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) besteht ein solches lediglich in Höhe der Stammeinlage. Dieses war gesellschaftertypisch und nicht mit einem ihm eingeräumten weiteren Gestaltungsspielraum verbunden.

(b) Die Darlehensgewährung in Höhe von 3.200.000,00 Euro nebst aufgelaufenen Zinsen und die Zuzahlung in die Kapitalrücklage in Höhe von 477.600,00 Euro stellen keinen statusrechtlich relevanten Kapitaleinsatz des Klägers dar (vgl. BSG, Urt. v. 11.11.2015, [B 12 R 2/14 R](#), juris). Denn dieser steht schon in keinem Zusammenhang mit seiner Geschäftsführertätigkeit, sondern resultiert allein aus seiner Gesellschafterstellung. Zudem setzten neben dem Kläger alle weiteren Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) Kapital in einer Höhe entsprechend ihrer Beteiligungsquote am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) ein. Schließlich verschaffte dieser Kapitaleinsatz dem Kläger keine größeren Einwirkungsmöglichkeiten in der Beigeladenen zu 1).

dd) Aus dem Bescheid vom 18.1.2008 ist für den Kläger kein für Selbständigkeit sprechender Gesichtspunkt herzuleiten, da die rechtliche Stellung des Klägers bei einer Tochtergesellschaft, die möglicherweise eine selbständige war, keine rechtlichen Auswirkungen auf die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) als Muttergesellschaft haben kann, da die Tochtergesellschaft nicht die Muttergesellschaft beherrscht, sondern umgekehrt die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft, wie dies vorliegend durch einen Ergebnisabführungsvertrag dokumentiert wird (vgl. auch Senat, Urt. v. 3.9.2014, [L 8 R 296/13](#), juris).

ee) Die im Tatbestand dargestellten Tantiemenzahlungen ab 2014 stellen ein für Selbständigkeit sprechendes Indiz dar. Wie bereits unter III. 2. a) zum Tantiemenanspruch gem. § 3 Abs. 3 bis 8 DV ausgeführt, kommt diesem Indiz grundsätzlich nur Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit 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 (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), mwN, juris, Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#) juris). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit eher gering (BSG a.a.O.).

ff) Die dem Kläger zu einem späteren Zeitpunkt eingeräumte Einzelvertretungsbefugnis und die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) sind für Selbständigkeit sprechende Kriterien, die allerdings nur untergeordnete Bedeutung haben, da diese Befugnisse auch häufig abhängig beschäftigten Fremdgeschäftsführern eingeräumt werden (vgl. zur Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot gem. [§ 181 BGB](#) BSG, Urt. v. 11.11.2015, [B 12 KR 10/14 R](#), mwN, juris)

e) In der Gesamtabwägung sprechen die für die Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung zur selbständigen Tätigkeit maßgeblichen Gesichtspunkte der Eingliederung und Weisungsabhängigkeit sowie die inhaltliche Ausgestaltung des Dienstvertrages und der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers zur Beigeladenen zu 1). Die für

Selbständigkeit sprechenden Gesichtspunkte der Tantiemenzahlung, der Einzelvertretungsbefugnis und Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) sind demgegenüber von geringerem Gewicht und können die Gesamtabwägung in vorliegendem Verfahren nicht entscheidend beeinflussen.

3. Tatbestände, die zur Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung führen könnten, sind nicht ersichtlich.

4. Die Voraussetzungen eines späteren Beginns der Versicherungspflicht gem. [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) liegen nicht vor. Die Antragstellung erfolgte nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit, die zum 27.12.2012 erfolgte, sondern erst am 28.11.2013, also ca. 11 Monate später.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus den [§§ 183, 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2016-12-08