

## S 25 KR 285/13

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
SG Frankfurt (HES)  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
25  
1. Instanz  
SG Frankfurt (HES)  
Aktenzeichen  
S 25 KR 285/13  
Datum  
24.01.2017  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 8 KR 142/17  
Datum  
21.03.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
1. Die Klagen werden abgewiesen.

2. Die Klägerin zu 2) trägt die Kosten des Verfahrens. Im Übrigen haben die Beteiligten einander keine Kosten zu erstatten.

3. Für das Verfahren der Klägerin zu 2) wird der Streitwert auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

### Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger zu 1) in dem Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 20. März 2012 in seiner Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter sowie seit 21. März 2012 als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 2) der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Der Kläger zu 1), geboren 1978, ist Kraftfahrzeugmechaniker und war als selbstständiger Unternehmer im Online-Handel tätig. Er war bis Juni 2009 bei der Beigeladenen zu 3) gesetzlich krankenversichert und bei der Beigeladenen zu 4) pflegeversichert. Seitdem ist er bei einem privaten Versicherungsunternehmen krankenversichert. Mit notariellem Gesellschaftsvertrag vom 18. Dezember 2009 gründete er zusammen mit Herrn C. C. die zu 2) klagende GmbH. Auf das Stammkapital in Höhe von 25.000,00 EUR übernahmen der Kläger zu 1) einen Geschäftsanteil von 10.000,00 EUR (40 %) und Herr C. einen Geschäftsanteil von 15.000,00 EUR (60 %). Gegenstand des im Handelsregister beim Amtsgericht Hanau (Registerblatt xxx1) eingetragenen Unternehmens ist der Handel mit Ersatzteilen für Kraftfahrzeuge im Internet sowie alle damit im Zusammenhang stehende Dienst-, Service- und Werkleistungen. In § 5 des Gesellschaftsvertrags wird bestimmt, dass die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer hat. Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, vertritt dieser die Gesellschaft alleine. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, erfolgt die Vertretung durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung kann auch bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer jeder einzelne Geschäftsführer zur Alleinvertretung der Gesellschaft ermächtigt werden. Einzelnen Geschäftsführern kann Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) erteilt werden. Wegen der weiteren Bestimmungen des Vertrags wird Bezug genommen auf Blatt 19 bis 25 der Verwaltungsakte der Beklagten. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 18. Dezember 2009 wurde Herr C. zum alleinigen, alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer mit der Befugnis, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen, bestellt.

Dem Kläger zu 1) war auf der Grundlage eines Anstellungsvertrags vom 10. Januar 2011 in dem Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 12. März 2012 die verantwortliche Leitung als System- und Webadministrator und die organisatorische und personelle Leitung des Versandwesens der Klägerin zu 2) übertragen. Das "Arbeitsverhältnis" bezog sich auf eine Tätigkeit am Firmensitz der Gesellschaft in C-Stadt (§ 2) und begann unbefristet am 1. Januar 2011 (§ 3). Die regelmäßige Arbeitszeit betrage 40 Stunden wöchentlich, Beginn und Ende der Arbeitszeit bleibe dem "Arbeitnehmer" überlassen (§ 4). § 5 regelte die Vergütung des Klägers zu 1). Danach erhielt er ein monatliches Bruttogehalt in Höhe von 1.000,00 EUR, ein 13. Monatsgehalt zahlbar mit der Novembervergütung und für das jeweilige Geschäftsjahr eine Tantieme in Höhe von 5 % des Jahresüberschusses vor Steuern und nach Verrechnung eines vorhandenen Verlustvortrages, jedoch begrenzt auf 25 % des Bruttoeinkommens. Des Weiteren war ein Anspruch auf einen kalenderjährlichen Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen eingeräumt, dessen zeitliche Wahl mit dem Arbeitgeber abzustimmen war (§ 7). Der Kläger zu 1) war nach § 8 verpflichtet, unter Angabe der Gründe jede Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Im Falle einer länger als drei Kalendertage dauernden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit musste spätestens am darauffolgenden Arbeitstag eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer vorgelegt werden. Der Arbeitgeber sollte berechtigt sein, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Die vereinbarte Vergütung sollte bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit für die Dauer von drei

Monaten weitergezahlt werden. Gemäß § 9 war die Übernahme jeder entgeltlichen oder unentgeltlichen Nebentätigkeit anzuzeigen. Eine Änderung der Privatanschrift war unaufgefordert und umgehend mitzuteilen (§ 10). Weitere Vertragsbestimmungen betrafen Regelungen über die Freistellung bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses (§ 11), die Rückgabe von Firmeneigentum (§ 12) und Geheimhaltungspflichten (§ 13). Wegen der Vertragsbestimmungen im Einzelnen wird Bezug genommen auf Blatt 6 bis 8 der Verwaltungsakte der Beklagten.

Mit Wirkung zum 21. März 2012 wurde der Kläger zu 1) zum weiteren alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreiten Geschäftsführer der Klägerin zu 2) bestellt.

Grundlage der Tätigkeit des Klägers zu 1) als Geschäftsführer der Klägerin zu 2) ist der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag (GF-Vertrag) vom 21. März 2012. Danach führt er die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und des Anstellungsvertrags (§ 1 GF-Vertrag). Er ist, auch wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, alleingeschäftsführungs- und alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit (§ 8 GF-Vertrag). An eine bestimmte Arbeitszeit ist er nicht gebunden, hat jedoch zur Verfügung zu stehen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert (§ 9 GF-Vertrag). In § 2 GF-Vertrag wurde ein festes Grundgehalt in Höhe von monatlich 1.000,00 EUR, ein 13. Monatsgehalt zahlbar mit der Novembervergütung und für das jeweilige Geschäftsjahr eine Tantieme in Höhe von 5 % des Jahresüberschusses vor Steuern und nach Verrechnung eines vorhandenen Verlustvortrages, jedoch begrenzt auf 25 % des Bruttoeinkommens vereinbart. Ferner wurde ihm der Ersatz von Reisekosten und sonstigen Auslagen (§ 3 GF-Vertrag), die private Nutzung eines Firmenwagens (§ 4 GF-Vertrag), ein Anspruch auf eine angemessene und ausreichende Altersversorgung (§ 5 GF-Vertrag), die Weiterzahlung der Vergütung im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Monaten (§ 6 GF-Vertrag) und ein Anspruch auf einen jährlichen bezahlten Urlaub von 30 Arbeitstagen ohne Mitrechnung von Samstagen (§ 7 GF-Vertrag) zugestanden. Gemäß § 10 GF-Vertrag sollte der Vertrag am "01. August 2010" beginnen und auf unbestimmte Zeit geschlossen werden. Nach der Kündigungsregelung des § 11 GF-Vertrag kann der Vertrag von beiden Parteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Das Recht zur fristlosen Kündigung bleibt unberührt. Nach der weiteren Vertragsbestimmung des § 12 Abs. 1 GF-Vertrag bedürfen Vertragsänderungen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform. Wegen der Vertragsbestimmungen im Einzelnen wird Bezug genommen auf Blatt 45 bis 47 der Verwaltungsakte der Beklagten.

Am 3. Mai 2012 beantragten die Kläger bei der Beklagten im Rahmen des Antragsverfahrens nach [§§ 7a ff.](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) die Feststellung, dass aufgrund der Tätigkeit des Klägers zu 1) ein Beschäftigungsverhältnis nicht vorliegt. In einem von ihm mit Datum vom 25. April 2012 unterschriebenen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH gab der Kläger zu 1) an, er sei seit 1. Januar 2011 in der GmbH beschäftigt und seit 21. März 2012 alleinvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer der Klägerin zu 2). Gesellschafterbeschlüsse würden mit einfacher Mehrheit gefasst. Das Stimmrecht werde nicht aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung zugunsten eines Dritten ausgeübt und er könne Gesellschafterbeschlüsse nicht durch Sonderrechte herbeiführen oder verhindern. Der GmbH habe er ein Darlehen in Höhe von 53.800,00 EUR gewährt. Beide Gesellschafter-Geschäftsführer verfügten über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen fachlichen und kaufmännischen Branchenkenntnisse. Seine Tätigkeit sei nicht - aufgrund von familienhaften Rücksichtnahmen - durch ein gleichberechtigtes Miteinander zu anderen Gesellschaftern geprägt. Die tatsächliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit betrage 40 bis 50 Stunden. Er unterliege nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Seine Tätigkeit in der Gesellschaft könne er ohne Einschränkungen frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung seiner Tätigkeit sei abhängig von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens. Personal könne er selbstständig einstellen und entlassen. Seinen Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Seine Abberufung/Kündigung sei zu jeder Zeit möglich. Weiter sind folgende Angaben gemacht worden: Es sei eine Kündigungsfrist von drei Monaten vereinbart. Eine monatliche gleichbleibende Vergütung unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens werde in Höhe von 1.000,00 EUR gezahlt. Im Falle der Arbeitsunfähigkeit werde diese Vergütung für drei Monate weitergezahlt. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet und die Vergütung werde als Betriebsausgabe gebucht. Er sei am Gewinn beteiligt beziehungsweise erhalte erfolgsabhängige Bezüge.

Nach Anhörung der Kläger (Anhörungsschreiben vom 27. September 2012) stellte die Beklagte mit Bescheiden vom 22. Oktober 2012 gegenüber den Klägern fest, der Kläger zu 1) übe seine Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter bei der Klägerin zu 2) vom 1. Januar 2011 bis "12. März 2012" im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Versicherungspflicht beginne am 1. Januar 2011. Mit weiteren Bescheiden vom 22. Oktober 2012 stellte die Beklagte gegenüber den Klägern fest, der Kläger zu 1) übe seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2) seit dem "13. März 2012" im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Versicherungspflicht bestehe weiter ab "13. März 2012". Zur Begründung ihrer Entscheidung führte die Beklagte jeweils aus, nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen würden die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Aufgrund seines Kapitaleinsatzes von 40 % des Gesamtkapitals und des daraus resultierenden Stimmrechtsanteils könne der Kläger zu 1) die Geschicke der Gesellschaft nicht maßgeblich beeinflussen und keine Entscheidungen verhindern. Trotz weitgehender Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Tätigkeit bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie sich in eine von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Selbst bei Belassung großer Freiheiten unterliege der Kläger zu 1) der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung. Besondere Branchenkenntnisse stünden der Beurteilung der Tätigkeit als abhängige Beschäftigung nicht entgegen. Auch durch die Gewährung eines Darlehens erhalte er keinen gesicherten weitergehenden Einfluss auf die Belange der GmbH. Des Weiteren trage der Kläger zu 1) angesichts der Zahlung fester Bezüge kein eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Die zusätzlich gewährte Gewinnbeteiligung in Form von Tantiemen sei einem Wagniskapital nicht gleichzusetzen, sondern Ausdruck eines auch bei Arbeitnehmern verbreiteten leistungsorientierten Vergütungsbestandteiles.

Hiergegen legten die Kläger mit Schreiben vom 21. November 2012 jeweils Widerspruch ein. Sie machten geltend, der Kläger zu 1) stehe als Gesellschafter-Geschäftsführer nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass eine qualifizierte Minderheitsbeteiligung von über 25 % eher gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, weil in grundlegenden Entscheidungen auf Gesellschafterebene die gleichberechtigte Mitbestimmung des Minderheitsgesellschafters gesichert sei. Das "Beschäftigungsverhältnis" des Klägers zu 1) sei auch dadurch geprägt, dass er ganz wesentlich an der Finanzierung der GmbH beteiligt sei.

Neben seinem vollständig in bar eingezahlten Kapitalanteil habe er aufgrund verschiedener, teilweise nur mündlich getroffener Darlehensvereinbarungen Zahlungen in Höhe von insgesamt mehr als 56.000,00 EUR an die Gesellschaft geleistet. Aus diesen ungesicherten und mit gesetzlicher Kündigungsfrist kündbaren Darlehen resultiere sowohl ein erheblicher faktischer Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft als auch ein typisches Unternehmerrisiko. Ein durchaus unternehmerähnliches wirtschaftliches Risiko des Klägers zu 1) ergebe sich aus der Einkommensgestaltung. Zwischen den persönlich eng befreundeten Gesellschaftern bestehe die Vereinbarung, die Bezüge des Klägers zu 1) an den Unternehmenserfolg anzupassen. Dementsprechend sei sein Gehalt ab März 2011 auf 1.914,76 EUR brutto und ab September 2012 auf 3.914,76 EUR brutto angehoben worden. Eine weitere Beteiligung am Ergebnis der Gesellschaft erfolge über das Gewinnbezugsrecht. Des Weiteren könne der Kläger zu 1) nicht einem weisungsgebundenen Arbeitnehmer gleichgestellt werden, da er das Warenwirtschaftssystem der GmbH maßgeblich mitentwickelt habe und er als einziger Mitarbeiter dieses System bedienen könne. Der nahezu ausschließlich aus dem Handel von Motorradteilen im Internet bestehende Geschäftsbetrieb der Gesellschaft wäre in der praktizierten Form ohne das Warenwirtschaftssystem nicht umsetzbar. Es wäre weder für Mitarbeiter der Gesellschaft noch für außenstehende Dritte möglich, sich mit zumutbarem Aufwand in die Bedienung dieses Systems einzuarbeiten. In seinem Tätigkeitsfeld sei der Kläger zu 1) in keiner Weise weisungsgebunden.

Die Beklagte wies die Widersprüche der Kläger mit zwei jeweils gleichlautenden Widerspruchsbescheiden vom 18. Juni 2013 gegenüber den Klägern als unbegründet zurück. Zur Begründung ihrer Entscheidungen führte im Wesentlichen aus: In einer Kapitalgesellschaft bestimmten die Kapitalgeber (Gesellschafter) über die Geschicke des Unternehmens. Grundsätzlich erfolge dies über Gesellschafterbeschlüsse. Nur diejenigen könnten maßgebenden Einfluss geltend machen, die über die Mehrheit der zum Erreichen der Sperrminorität benötigten Kapitalanteile verfügen, da sich die Stimmrechte zur Beschlussfassung nach der Kapitalbeteiligung richte. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden. Hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Geschäftsführung sei eine weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen. Trotzdem bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sich der Geschäftsführer in eine von den Gesellschaftern vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Durch das Entgegenkommen des Mehrheitsgesellschafters und die eventuell abweichend gelebte Praxis in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte seien die formellen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag nicht überlagert oder gar aufgehoben. Offensichtlich sei aufseiten des Mehrheitsgesellschafters die dazu erforderliche Satzungsänderung nicht gewollt. Die seitens der Gesellschafterversammlung rechtlich bestehende Rechtsmacht zur Beschlussfassung sei Teil der tatsächlichen Verhältnisse und als schwerwiegendes Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung eines mitarbeitenden GmbH-Gesellschafters zu werten. Zur sozialrechtlichen Beurteilung sei es unerheblich, aus welchen Gründen keine höhere Beteiligung gewählt wurde. Es sei davon auszugehen, dass der Mitgesellschafter bewusst nicht formell auf die per Gesellschaftsvertrag geregelten Stimmrechte zur Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung verzichte, die sich aus seinen Kapitalanteilen ergeben. Kein geeignetes Abgrenzungskriterium sei der angeblich fehlende Interessengegensatz im Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnis. Ein solcher könne zum Beispiel auch fehlen, wenn der Arbeitnehmer - ohne Gesellschafter zu sein - durch eine Zielvereinbarung am Unternehmenserfolg beteiligt werde (Verweis auf Bundessozialgericht (BSG), Urteile vom 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) - [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#) und [B 11 a AL 45/06 R](#)). Indiziell sprächen bei Gesellschafter-Geschäftsführern die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) und die Alleinvertretungsberechtigung gegen die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, würden aber nicht zwingend auf eine selbstständige Tätigkeit hindeuten (BSG, Urteil vom 6. März 2003 [B 11 AL 25/02 R](#) - [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Nicht entscheidend sei, ob der Auftraggeber die Rechtsmacht gebrauche, um Einfluss auf die Tätigkeit zu nehmen und vom Weisungsrecht Gebrauch zu machen. Es genüge bereits deren Existenz zum Entstehen einer abhängigen Beschäftigung, denn zur Beurteilung sei nur in dem Umfang auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen, die sich im Rahmen des rechtlich Zugelassenen bewegen. Auch jedem Arbeitnehmer sei ein gewisser Freiraum bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit eingeräumt. Die Tätigkeit des Klägers zu 1) sei, entsprechend der eines Arbeitnehmers, im Wesentlichen durch Vorgaben des Auftraggebers geprägt, also überwiegend fremdbestimmt. Ein wesentlicher Gestaltungsspielraum bezüglich der zu erbringenden Dienstleistung sei somit nicht gegeben. Dieser reduziere sich auf die Annahme eines Vertrages, der die Erbringung einer überwiegend fremdbestimmten Dienstleistung beinhalte. Dem Kläger zu 1) sei zwar zuzugestehen, dass er in weiten Teilen eigenverantwortlich arbeite und zwischen der Firma und ihm ein weitreichendes Vertrauensverhältnis bestehe. Dies könne sogar so weit gehen, dass er für das Unternehmen nur schwer ersetzbar sein möge. Daraus resultiere aber keineswegs eine selbstständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne. In der eigenständigen Erfüllung sei keine unternehmerische Tätigkeit zu sehen, da die eigenständige Arbeitsorganisation und ausführung auch bei anderen Berufsgruppen vorausgesetzt werde. Personen, die in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stünden, würden in erster Linie ihr Fachwissen und die eigene Arbeitskraft einsetzen und situationsbedingt entsprechend der ihnen übertragenen Aufgabe handeln. Die fachliche und berufliche Qualifikation des Klägers zu 1) stelle eine zwingende Zugangsvoraussetzung dar, um überhaupt Leistungen im jeweiligen Bereich ausführen zu können. Die fachliche Überlegenheit für sich allein lasse nicht den Schluss auf eine selbstständige Tätigkeit zu. Eigenverantwortung bezüglich der übertragenden Aufgabe werde vom Arbeitgeber bei jedem Beschäftigten erwartet oder gar vorausgesetzt. Des Weiteren führte die Beklagte aus, der Kläger zu 1) trage kein erhebliches Unternehmerrisiko. Die Belastung mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft spreche nur dann für Selbstständigkeit, wenn ihr eine größere Freiheit bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehe oder diese zu höheren Verdienstmöglichkeiten führe. Die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als abhängig Beschäftigter anzusehen sei, mit zusätzlichen Risiken rechtfertige nicht die Annahme von Selbstständigkeit. Die gewährten Darlehen seien auf das gesteigerte beiderseitige Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zurückzuführen und nicht von der Mitarbeit im Unternehmen abhängig. Dadurch werde der Kläger zu 1) weder am Unternehmensgewinn noch -Verlust beteiligt noch stehe das Risiko des Verlustes im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft. Der Kläger zu 1) habe auch nicht die Möglichkeit, die maßgebliche Richtung des Unternehmens dadurch vorzugeben, dass er ankündige, die Darlehen zeitnah fällig zu stellen. Die behauptete Handlungsunfähigkeit hätte er genauso zu tragen wie das Unternehmen. Abgesehen davon bestehe gemäß [§ 488 Abs. 3 BGB](#) eine dreimonatige Kündigungsfrist. Das private Risiko, dass das Darlehen nicht zurückgezahlt werde, sei strikt von dem Unternehmerrisiko zu trennen, das zum Beispiel darin bestehen würde, weitere Einlagen oder freiwillige Nachschüsse mit der Gefahr des Verlustes zu erbringen. Die nachrangige Gläubigerstellung im Insolvenzverfahren gemäß [§ 32a](#) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) zeige, dass das Darlehen selbst in einer "Krise der Gesellschaft" einer Einlage nicht gleichgestellt sei. Die Gesellschafter-Darlehensgeber würden als nachrangige Gläubiger vor den Gesellschaftern befriedigt, soweit diese noch auf einen Liquidationserlös hofften ([§ 199 Satz 2](#) Insolvenzordnung InsO). Daran zeige sich gerade, dass das Gesellschafter-Darlehen kein dem Unternehmerrisiko unterliegendes Eigenkapital sei. Der Kläger könne aufgrund seiner Kapitalbeteiligung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke und den üblichen Geschäftsbetrieb der GmbH ausüben. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liege bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht maßgebend beteiligt sei, ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor. Das Einbringen von

Branchenkenntnissen, Vertrauenswürdigkeit, Zuverlässigkeit und qualitativ hochwertiges Arbeiten seien grundsätzliche Anforderungen an einen leitenden Angestellten. Allein aus der weisungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit im Tagesgeschäft könne nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Geschäftsführer ohne maßgebende Kapitalbeteiligung ansonsten in einer nicht von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebes eingegliedert sei und auch nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe, sodass er, selbst bei Belassung großer Freiheiten, der Überwachung durch die Gesellschafter unterliege. Unter diesen Vorzeichen würden Alleinvertretungsberechtigung sowie die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) lediglich Kennzeichen des eigenverantwortlichen Arbeitens eines leitenden Angestellten darstellen. Dabei sei unerheblich, ob die Gesellschafter im Alltag der GmbH im Wesentlichen keine Weisungen hinsichtlich der Ausübung der Geschäftsführung erteilen, denn zu den tatsächlichen Verhältnissen gehöre - unabhängig von ihrer Ausübung - auch die vorhandene Rechtsmacht, das Weisungsrecht wahrzunehmen. Die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers verfeinere sich dabei, wie für Dienste höherer Art charakteristisch, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess des Unternehmens. Dem stehe nicht entgegen, dass Geschäftsführer, gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern Funktionen eines Arbeitgebers wahrnehmen, denn auch wer selbst Arbeitgeberfunktionen ausübt, könne seinerseits - als leitender Angestellter - bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Dagegen spreche auch nicht, dass Teile der Vergütung erfolgsabhängig gewährt werden, da dies für abhängig Beschäftigte in vielen Branchen üblich sei. Im Geschäftsführervertrag seien zudem - wie für abhängig Beschäftigte typisch - die monatlich gleichbleibende Höhe der Vergütung, der Anspruch auf Jahresurlaub und die Lohnfortzahlung im Urlaubsfall festgelegt. Durch Gesellschafterbeschluss jederzeit zulässige Änderungen des Anstellungsvertrages, die in Bezug auf die Ausgestaltung der Tätigkeit auch zu Zuungunsten des Klägers zu 1) ausfallen könnten, könne er aufgrund seiner Kapitalanteile nicht verhindern. Darüber hinaus trage der Kläger zu 1) aufgrund der vereinbarten festen Höhe der monatlichen Grundvergütung kein erhebliches unternehmerisches Risiko. Unbeachtlich sei, dass der Kläger zu 1) parallel noch ein Einzelunternehmen führe, da grundsätzlich jede Tätigkeit gesondert zu beurteilen sei.

Hiergegen hat sowohl der Kläger zu 1) ([S 25 KR 285/13](#) und S 25 KR 286/13) als auch die Klägerin zu 2) (S 25 KR 303/13 und S 25 KR 302/13) am 16. Juli 2013 beim Sozialgericht Frankfurt am Main Klage erhoben. Sie sind unter Wiederholung des Vorbringens im Vorverfahren der Ansicht, der Kläger zu 1) führe seine Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter ab 1. Januar 2011 beziehungsweise als Gesellschafter-Geschäftsführer ab 21. März 2012 im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit aus.

Aufgrund des Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 9. Juli 2013 wurde der Gesellschaftsvertrag durch Einführung von § 6 a geändert. Danach ist die Gesellschafterversammlung beschlussfähig, wenn sie ordnungsgemäß einberufen ist und mindestens 75 % des Stammkapitals vertreten sind (Abs. 2 Satz 1). Alle Beschlüsse der Gesellschaft werden mit 2/3 Mehrheit der in der Gesellschafterversammlung abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht durch Gesetz oder Satzung andere Mehrheitsverhältnisse vorgeschrieben sind. Davon ausgenommen ist der Beschluss über eine etwaige Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund, dieser kann mit einfacher Mehrheit gefasst werden (Abs. 3). Gemäß § 6 a Abs. 4 gewährt jeder Euro eines Geschäftsanteils bei der Beschlussfassung eine Stimme.

Die Kläger beantragen,

1. die Bescheide der Beklagten vom 22. Oktober 2012 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 18. Juni 2013 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger zu 1) aufgrund seiner Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter der Klägerin zu 2) vom 1. Januar 2011 bis 20. März 2012 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt,
2. die Bescheide der Beklagten vom 22. Oktober 2012 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 18. Juni 2013 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger zu 1) aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Klägerin zu 2) ab 21. März 2012 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,  
die Klagen abzuweisen.

Sie hält die angefochtenen Entscheidungen aus den Gründen der Widerspruchsbescheide für zutreffend. Ergänzend verweist sie auf die Urteile des BSG vom 29. Juli 2015 ([B 12 KR 23/13 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 24 = [BSGE 119, 216-224](#); [B 12 R 1/15 R](#) - Juris) und vom 19. August 2015 ([B 12 KR 9/14 R](#) - Juris).

Das Gericht hat mit Beschlüssen vom 12. Dezember 2013 die Verfahren [S 25 KR 285/13](#) und S 25 KR 303/13 sowie die Verfahren S 25 KR 286/13 und S 25 KR 302/13 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und die Verfahren [S 25 KR 285/13](#) und S 25 KR 286/13 jeweils zum Führenden bestimmt.

Mit weiteren Beschlüssen vom 12. Dezember 2013 hat das Gericht die Bundesagentur für Arbeit, die AOK - Die Gesundheitskasse in Hessen und die AOK - Die Gesundheitskasse in Hessen - Pflegekasse zu den Verfahren beigegeben.

Die Beigeladenen haben von einer Stellungnahme abgesehen.

Mit Beschluss vom 24. Januar 2017 hat das Gericht die Verfahren [S 25 KR 285/13](#) und S 25 KR 286/13 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und das Verfahren [S 25 KR 285/13](#) zum Führenden bestimmt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie des Beteiligtenvorbringens wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigegebenen Verwaltungsakte der Beklagten, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

Entscheidungsgründe:

Die Kammer konnte über die Klage auch in Abwesenheit der Beigeladenen aufgrund mündlicher Verhandlung entscheiden, da sie auf diese Möglichkeit in der schriftlichen Terminladung hingewiesen worden sind ([§§ 110 Abs. 1 Satz 2, 124 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG).

Die form- und fristgerecht erhobenen Klagen sind zulässig. Sie sind jedoch sachlich nicht begründet. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten vom 22. Oktober 2012 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 18. Juni 2013 sind rechtmäßig und verletzen die Kläger nicht in ihren Rechten. Der Kläger zu 1) steht seit 1. Januar 2011 bei der Klägerin zu 2) in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und unterliegt der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Dies ist von der Beklagten in den Widerspruchsbescheiden zutreffend ausgeführt worden. Die Kammer schließt sich diesen Ausführungen vollinhaltlich an, nimmt hierauf Bezug und sieht insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen von einer Darstellung der Entscheidungsgründe gemäß [§ 136 Abs. 3 SGG](#) ab.

Das Vorbringen der Kläger führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Kammer sieht unter den maßgebenden Umständen des vorliegenden Streitfalls ein die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung begründendes abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers zu 1) bei der Klägerin zu 2) als gegeben an. Das Gesamtbild seiner Tätigkeit weist den Kläger zu 1) als einen in persönlicher Abhängigkeit beschäftigten Arbeitnehmer und nicht als einen selbstständigen Unternehmer aus. Nach Würdigung aller Umstände des vorliegenden Falles überwiegen hier die für eine persönliche Abhängigkeit des Klägers zu 1) sprechenden Merkmale gegenüber den Tatsachen, die für eine selbstständige Unternehmertätigkeit sprechen könnten.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung – SGB VI -, [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung - SGB III -). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung sowie eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (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 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, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. BSG, Urteile vom 30. Oktober 2013 - [B 12 KR 17/11 R](#) - Juris Rdnr. 23; vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - [BSGE 111, 257](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 17, Rdnr. 15; vom 27. Juli 2011 - SozR 4-2400 § 28e Nr. 4 RfNr. 17; vom 25. Januar 2006 [SozR 4-2400 § 7 Nr. 6](#) Rdnr. 14 m.w.N.; vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 8/01 R](#) [SozR 3-2400 § 7 Nr. 19](#) Seite 69 f.; vom 4. Juni 1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) Seite 31 f.; vom 8. August 1990 - [11 RA R 77/89](#) - SozR 3-2400 Nr. 4 Seite 13, jeweils m.w.N.; vom 22. Februar 1996 - [12 RK 6/95](#) - [BSGE 78, 34](#), 36 = [SozR 3-2940 § 2 Nr. 5](#) Seite 26 f. m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es im Rahmen des rechtlich zulässigen tatsächlich vollzogen wird (vgl. BSG, Urteil vom 30. April 2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 21 Rdnr. 14; BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - [BSGE 111, 257](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr. 17, Rdnr. 16 m.w.N.). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung 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.

Nach diesen Grundsätzen war der Kläger zu 1) in dem Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 20. März 2012 als System- und Webadministrator und Leiter des Versandwesens bei der Klägerin zu 2) als Arbeitnehmer abhängig beschäftigt. Der mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH, der weniger als 50% der Anteile hält, ist regelmäßig rechtlich nicht in der Lage, ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Mithin ist bei ihm aufgrund seiner Weisungsgebundenheit nach [§ 37 Abs. 1](#), [§ 47 Abs. 1 GmbHG](#) im Grundsatz von einer abhängigen Beschäftigung im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) und damit vom Bestehen der Sozialversicherungspflicht auszugehen. Der Kläger zu 1) war nicht als Geschäftsführer der Klägerin zu 2) angestellt und tätig. Schon deshalb waren seine rechtlichen Möglichkeiten im Hinblick auf seine behaupteten Gestaltungsmöglichkeiten und Freiheiten bei der Unternehmensleitung von vornherein beschränkt, da - vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag - nicht er, sondern der Geschäftsführer die laufenden Geschäfte der Klägerin zu 2) als GmbH führte und er als Angestellter dessen Weisungen unterworfen war (vgl. BSG, Urteil vom 29. Juni 2016 [B 12 R 5/14 R](#) -, Rdnr. 36, Juris). Am daraus indiziell folgenden Vorliegen von Beschäftigung ändert auch die Stellung des Klägers zu 1) als Gesellschafter der Klägerin zu 2) nichts. Der Kläger zu 1) verfügte nur über 40 v. H. der Gesellschaftsanteile und war damit Minderheitsgesellschafter. Da er nicht Geschäftsführer der Klägerin zu 2) war, unterlag er bei seiner Tätigkeit dem Weisungsrecht des Geschäftsführers. Ein Minderheitsgesellschafter besitzt in der Regel aber nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben oder abzuschwächen. Er ist insbesondere nicht in der Lage, Abweichungen von der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung herbeizuführen, die die Dienstaufsicht über die Angestellten vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag der laufenden Geschäftsführung dem Geschäftsführer als dem zuständigen Organ zuweist (vgl. BSG Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - Juris Rdnr 23 m. w. N.; BSG, Urteil vom 29. Juni 2016 - [B 12 R 5/14 R](#) -, Rdnr. 37, Juris).

Nach den oben genannten Grundsätzen ist der Kläger zu 1) auch seit dem 21. März 2012 als Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2) als Arbeitnehmer abhängig beschäftigt. Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vom 21. März 2012 enthält zahlreiche Elemente, wie sie für ein Arbeitsverhältnis typisch und für das Gesamtbild einer Beschäftigung wesentlich mitbestimmend sind und erlaubt eine Zuordnung des Vertragsverhältnisses zum Typus der abhängigen Beschäftigung. Das Weisungsrecht des Mehrheitsgesellschafters wird darin nicht aufgehoben. Danach führt der Kläger zu 1) die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und des

Anstellungsvertrags (§ 1 GF-Vertrag). Er ist, auch wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, alleingeschäftsführungs- und alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit (§ 8 GF-Vertrag). An eine bestimmte Arbeitszeit ist er zwar nicht gebunden, hat jedoch zur Verfügung zu stehen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert (§ 9 GF-Vertrag). Er erhält für seine Tätigkeit ein festes monatliches Grundgehalt, zusätzlich ein 13. Monatsgehalt zahlbar mit der Novembervergütung und für das jeweilige Geschäftsjahr eine Tantieme in Höhe von 5 % des Jahresüberschusses vor Steuern und nach Verrechnung eines vorhandenen Verlustvortrages, jedoch begrenzt auf 25 % des Bruttoeinkommens (§ 2 GF-Vertrag). Ferner wird ihm der Ersatz von Reisekosten und sonstigen Auslagen (§ 3 GF-Vertrag), die private Nutzung eines Firmenwagens (§ 4 GF-Vertrag) und ein Anspruch auf eine angemessene und ausreichende Altersversorgung (§ 5 GF-Vertrag) zugestanden. Auch hat er einen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen ohne Mitrechnung von Samstagen (§ 7 GF-Vertrag) und einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 6 GF-Vertrag). Nach der Kündigungsregelung des § 11 GF-Vertrag ist das unbefristete Vertragsverhältnis von beiden Parteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende kündbar, das Recht zur fristlosen Kündigung bleibt unberührt. Nach der weiteren Vertragsbestimmung des § 12 Abs. 1 GF-Vertrag bedürfen Vertragsänderungen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform. Damit liegen typische Elemente eines Arbeitsverhältnisses im Sinne von [§ 7 Abs. 1 S 1 SGB IV](#) vor. Dass der Kläger zu 1) vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit ist (§ 8 GF-Vertrag), spricht - wie das BSG bezogen auf Geschäftsführer wiederholt entschieden hat (vgl. Urteil vom 11. November 2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 28, Rdnr. 18; Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - [BSGE 111, 257](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 17, Rdnr. 27 m.w.N.) - nicht für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit. Das Alleinvertretungsrecht und auch eine Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot sind nicht untypisch und deuten deshalb nicht zwingend auf eine selbstständige Tätigkeit (BSG, Urteil vom 6. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) - [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#) Rdnr. 11; BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) - [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#) Rdnr. 17). Im Übrigen ist die Wahrnehmung von Handlungsfreiheiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Sie werden dennoch im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie - wie hier - fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (stRspr seit BSG, Urteil vom 29. März 1962 - [3 RK 74/57](#) - [BSGE 16, 289](#), 294 = SozR Nr. 30 zu § 165 RVO und BSG, Urteil vom 28. April 1964 - [3 RK 68/60](#) - [BSGE 21, 57](#), 58 f = SozR Nr. 2 zu § 2 AVG Seite 4; in jüngerer Zeit z. B. BSG, Urteil vom 3. Februar 1994 - [12 RK 84/92](#) - [SozR 3-2940 § 3 Nr. 2](#) Seite 9 m. w. N.; BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - [11 RAr 47/88](#) - [BSGE 66, 168](#) = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#) und BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#) Seite 80). Die Vereinbarungen des Geschäftsführervertrags entsprechen somit jenen, die im Arbeitsleben für abhängige Beschäftigungsverhältnisse angestellter Geschäftsführer üblich sind und weisen nicht auf eine Selbstständigkeit des Klägers zu 1) hin.

Der Kläger zu 1) übt seine Tätigkeit als Geschäftsführer für die Klägerin zu 2) im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus. Ihm fehlt die für einen "selbstständigen" Geschäftsführer erforderliche Rechtsmacht. Der Gesellschafter-Geschäftsführer, der weniger als 50&8201;% der Anteile hält, ist ebenso wie der Fremd-Geschäftsführer regelmäßig rechtlich nicht in der Lage, ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Mithin ist bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer, der weniger als 50&8201;% der Anteile an der GmbH hält, ebenso wie bei einem Fremd-Geschäftsführer aufgrund seiner Weisungsgebundenheit nach [§ 37 Abs. 1](#), [§ 47 Abs. 1 GmbHG](#) im Grundsatz von einer abhängigen Beschäftigung im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) und damit vom Bestehen der Sozialversicherungspflicht auszugehen.

Auch im Falle eines Gesellschafter-Geschäftsführers schließt dessen Organstellung eine Weisungsunterworfenheit im Verhältnis zu einer als GmbH verfassten Gesellschaft und deren Gesellschafterversammlung nicht aus. Er ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt; maßgebend ist vielmehr vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter. Ist die Tätigkeit eines Gesellschafters in der Gesellschaft zu bewerten, so gilt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. Urteil vom 11. November 2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 28 m.w.N.), dass ein maßgeblicher rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ausschließt, wenn der Gesellschafter damit Einzelweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte. Eine derartige Rechtsmacht haben GmbH-Gesellschafter regelmäßig dann, wenn sie zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft sind und zumindest 50 % des Stammkapitals innehaben (BSG, Urteil vom 20. März 1984 - [7 RAr 70/82](#) - [SozR 4100 § 168 Nr. 16](#); Urteil vom 18. April 1991 [7 RAr 32/90](#) - [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#)). Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung geringer ist, kann die Arbeitnehmereneigenschaft fehlen, wenn sich aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die Rechtsmacht ergibt, dass der Gesellschafter - Geschäftsführer mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann (sogenannte Sperrminorität, vgl. BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 - [B 12 KR 34/00 R](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#); BSG, Urteil vom 18. April 1991 - [7 RAr 32/90](#) - [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#)). Eine Sperrminorität liegt dann vor, wenn der Gesellschafter - Geschäftsführer nach dem Gesetz und den Abreden des Gesellschaftsvertrags Einzelweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG, Urteil vom 8. August 1990 - [11 RAr 77/89](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); BSG, Urteil vom 23. Juni 1994 - [B 12 RK 72/92](#) - [NJW 1994, 2974](#)). Dagegen steht eine nur partielle Sperrminorität (z. B. bezüglich der Unternehmenspolitik und Auflösung der Gesellschaft), die im Übrigen Weisungen an den Geschäftsführer nicht ausschließt, einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen (BSG, Urteil vom 24. September 1992 - [7 RAr 12/92](#) - [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8](#) Seite 16).

Der Kläger zu 1) verfügt als Gesellschafter der Klägerin zu 2) nur über einen Anteil am Stammkapital von 40 % und damit angesichts seines 60 % der Anteile haltenden Mitgesellschafters C. C. nicht über die Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung. Gesellschafterbeschlüsse wurden bis 8. Juli 2013 mangels anderweitiger Regelung im Gesellschaftsvertrag mit einfacher Mehrheit gefasst ([§ 47 Abs. 1 GmbHG](#)). Zugleich gab der Gesellschaftsvertrag keine Regelung für Gesellschafterbeschlüsse vor, die dem Kläger zu 1) eine Sperrminorität vermittelt hätte. Damit verfügte der Kläger zu 1) weder über eine Stimmenmehrheit noch über eine allgemeine Sperrminorität in der Gesellschafterversammlung. Mit seinem Geschäftsanteil von 40 % konnte er grundsätzlich Gesellschafterbeschlüsse, für die die einfache Mehrheit ausreicht, nicht verhindern. Nach [§ 46 GmbHG](#) obliegen den Gesellschaftern die maßgeblichen Entscheidungen im Zusammenhang mit Jahresabschlüssen und der Kontrolle der Geschäftsführertätigkeit; daneben existieren weitere gesetzliche Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung (vgl. die Aufzählung in Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 46 Rdnr. 48 ff). Der Gesellschafter C. C. hatte in der Gesellschafterversammlung aufgrund seiner höheren Einlage eine Stimmenmehrheit bei Entscheidungen über die gesetzlich vorgeschriebenen Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung. Der Kläger zu 1) konnte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung weder herbeiführen noch verhindern. Entscheidungen der Gesellschafterversammlung über die Struktur der GmbH, ihre operative Ausrichtung und die Geschäftsführertätigkeit des Klägers zu 1) konnten ohne seine Zustimmung beschlossen werden. Auch eine Teilung, Vereinigung, entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung oder Abtretung von Geschäftsanteilen sowie jede Sicherungsübereignung, Verpfändung oder sonstige Belastung von Geschäftsanteilen einschließlich der Bestellung eines Nießbrauchs konnten alleine durch Entscheidung des Mehrheitsgesellschafters ohne die Zustimmung des Klägers zu 1) erfolgen. Ebenso konnte der

Kläger zu 1) insbesondere seine Abberufung als Geschäftsführer (vgl. [§ 46 Nr. 5 GmbHG](#)) und die Kündigung seines Geschäftsführervertrages durch die Gesellschafterversammlung nicht verhindern.

Der abhängigen Beschäftigung des Klägers zu 1) steht nicht entgegen, dass er nach seinem Vortrag seine Tätigkeit als Geschäftsführer weisungsfrei und völlig selbstständig ausübe. Denn es kommt maßgeblich auf die Rechtsmacht an, mit der die Gesellschafterversammlung ihm im Falle von Meinungsverschiedenheiten Weisungen erteilen kann. Über eine derartige im Gesellschaftsrecht verwurzelte Rechtsmacht verfügte der Kläger zu 1) bis 8. Juli 2013 als Minderheitsgesellschafter ohne Sperrminorität nicht, um seine Interessen gegen den Willen des anderen Gesellschafters durchzusetzen beziehungsweise um ihm unliebsame Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Nach § 1 GF-Vertrag führt der Kläger zu 1) die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und des Anstellungsvertrags. Eine weitere Regelung zum Weisungsrecht der Klägerin zu 2) ergibt sich aus [§ 37 GmbHG](#). Danach ist der Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang seiner Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind. Einer darüber hinausgehenden Regelung im Gesellschaftsvertrag beziehungsweise Geschäftsführervertrag bedarf es nicht (Beck scher Online-Kommentar, [§ 37 GmbHG](#), Rdnr. 15 m.w.N.). Zudem unterliegt der Kläger zu 1) nach [§ 46 Nr. 6 GmbHG](#) der Prüfung und Überwachung durch die Gesellschaft.

Weitreichende Befugnisse des Klägers zu 1) bei der Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit führen ebenso wenig zur Annahme von Selbstständigkeit wie sein Vortrag, dass er in seiner Tätigkeit keinen tatsächlichen Weisungen oder einer Überwachung des Mehrheitsgesellschafters unterliege. Denn ausschlaggebend ist die Weisungsgebundenheit des Klägers zu 1) in seiner Funktion als Geschäftsführer der zu 2) klagenden GmbH gegenüber der Gesellschafterversammlung und die Rechtsmacht des Mehrheitsgesellschafters C. C., selbst dann, wenn diese nicht ausgeübt wird. Aus der faktischen Nichtwahrnehmung eines Weisungs-, Aufsichts- oder Überwachungsrechts kann nicht auf einen rechtswirksamen Verzicht auf diese Rechte geschlossen werden. (vgl. BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 24, Rdnr. 24 f.; Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 R 1/15 R](#) - Juris).

Den Klägern kann auch nicht darin gefolgt werden, dass der Kläger zu 1) nicht abhängig beschäftigt sei, weil ohne seine Branchenkenntnisse, sein besonderes Fachwissen und seine Erfahrung das Unternehmen nicht geführt werden könne und es somit seinem Mitgesellschafter praktisch unmöglich sei, von seiner formalen Rechtsmacht Gebrauch zu machen. Die fachlichen Kenntnisse des Klägers zu 1) mögen zwar der Grund für seine Anstellung als Geschäftsführer gewesen sein, ändern aber nichts an seiner Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb der Klägerin zu 2). Denn wie ausgeführt, ist maßgeblich die zustehende Rechtsmacht und nicht die tatsächliche Ausübung, solange die Rechtsmacht nicht abbedungen ist (vgl. BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 R 1/15 R](#) - Juris, Rdnr. 22).

Auch eine von den Klägern angeführte faktische Machtposition des Klägers zu 1) rechtfertigt nicht die daraus von den Klägern gezogene Annahme einer selbstständigen Tätigkeit, da dies nicht von den rechtlichen Verhältnissen gedeckt ist. Die für das Leistungsrecht der Arbeitsförderung und das Recht der Unfallversicherung entwickelte sogenannte "Kopf und Seele"-Rechtsprechung, wonach für einen Fremdgeschäftsführer einer Familiengesellschaft und ausnahmsweise auch für einen Angestellten unterhalb der Geschäftsführerebene, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, eine Ausnahme von der Beschäftigtenstellung in Betracht kommen soll, wenn er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne dass ihn der oder die Gesellschafter daran hinderten, ist für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht heranzuziehen (BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 24, Rdnr. 29; BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 R 1/15 R](#) - Juris; BSG, Urteil vom 11. November 2015 - [B 12 R 2/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 27, Rdnr. 42).

Eine andere Beurteilung folgt für die Zeit ab 9. Juli 2013 auch nicht daraus, dass der Kläger zu 1) gemäß des mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 9. Juli 2013 eingefügten § 6 a des Gesellschaftsvertrags eine eingeschränkte Sperrminorität hat. Danach ist die Gesellschafterversammlung beschlussfähig, wenn sie ordnungsgemäß einberufen ist und mindestens 75 % des Stammkapitals vertreten sind (Abs. 2 Satz 1). Alle Beschlüsse der Gesellschaft werden mit 2/3 Mehrheit der in der Gesellschafterversammlung abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht durch Gesetz oder Satzung andere Mehrheitsverhältnisse vorgeschrieben sind. Davon ausgenommen ist der Beschluss über eine etwaige Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund, dieser kann mit einfacher Mehrheit gefasst werden (Abs. 3). Gemäß § 6 a Abs. 4 gewährt jeder Euro eines Geschäftsanteils bei der Beschlussfassung eine Stimme. Eine eingeschränkte Sperrminorität, die - wie vorliegend - nicht auf alle Angelegenheiten der GmbH Anwendung findet, schließt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht aus (BSG, Urteil vom 24. September 1992 - 7 Rar 12/92 - [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8](#)). Die Regelung des § 6 a Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags der Klägerin zu 2) betrifft nicht "alle" Angelegenheiten der Gesellschaft. Der Kläger zu 1) ist daher nicht in der Lage, sich "umfassend" gegenüber Weisungen des Mehrheitsgesellschafters in Bezug auf Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit zur Wehr zu setzen. Ihm wird dadurch keine derart weitgehende Rechtsmacht eingeräumt, dass er jegliche Weisungen durch den Mehrheitsgesellschafter verhindern könnte, da er die Kündigung seines eigenen Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund nicht verhindern kann. Keine entscheidungserhebliche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass § 6 a Abs. 3 Satz 1 der Satzung die Zustimmung des Klägers zu 1) zu einer ordentlichen Kündigung seines eigenen Anstellungsvertrags (§ 11 GF-Vertrag) erfordert. Denn die gegebenenfalls bestehende ordentliche Unkündbarkeit steht der Annahme einer abhängigen Beschäftigung ohnehin nicht entgegen (vgl. BSG, Urteil vom 29. Juni 2016 - [B 12 R 5/14 R](#) -, Rdnr. 39, Juris).

Schließlich trägt der Kläger zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Klägerin zu 2) kein erhebliches unternehmerisches Risiko. Aus der Art der Entlohnung des Klägers zu 1) kann ein wirtschaftliches Risiko nicht hergeleitet werden. Nach § 2 GF-Vertrag hat er einen Anspruch auf ein festes Grundgehalt, ein 13. Monatsgehalt und eine Tantieme in Höhe von 5 % des Jahresüberschusses vor Steuern und nach Verrechnung eines vorhandenen Verlustvortrages, jedoch begrenzt auf 25 % des Bruttoeinkommens. Auch eine fest vereinbarte Vergütung nach Auftragslage und Leistungsfähigkeit des Unternehmens stellt kein Indiz für Selbstständigkeit dar und ist auch bei abhängig Beschäftigten nicht unüblich (Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 3. Dezember 2015 - L 8 KR 418/14). Darüber hinaus enthält der Geschäftsführervertrag keine Klausel, nach denen der Kläger zu 1) in seiner Position als Geschäftsführer verpflichtet wäre, etwa im Falle einer wirtschaftlichen Krise, Kapital in die Klägerin zu 2) einzubringen. Der Arbeitseinsatz des Klägers zu 1) kann dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden (vgl. BSG, Urteil vom 19. Juni 2001 - [B 12 KR 44/00 R](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 18](#)).

Dass der Kläger zu 1) der Klägerin zu 2) ein Darlehen in Höhe von 53.800,00 EUR gewährt hat, begründet kein mit der Geschäftsführertätigkeit verbundenes Unternehmerrisiko. Die Darlehensgewährung ist nicht fester Bestandteil des Vertragsverhältnisses

zwischen den Klägern. Dem Ausfallrisiko stehen keine größeren Freiheiten des Klägers zu 1) in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs bei Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüber. Auch sind Darlehen des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber nicht gänzlich ungewohnt (vgl. zur Darlehensgewährung BSG, Urteil vom 11. November 2015 [B 12 KR 10/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 28; BSG, Urteil vom 11. November 2015 - [B 12 R 2/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 27).

Da aus den vorstehend dargelegten Gründen der Kläger zu 1) bei der Klägerin zu 2) in einem abhängigen, die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung begründenden Beschäftigungsverhältnis steht, waren die Klagen abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht für das Verfahren der Klägerin zu 2) auf [§ 197 a SGG](#) und [§§ 161 Abs. 1, 154 Abs. 1](#) und [162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), für das Verfahren des Klägers zu 1) auf [§ 193 SGG](#).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§§ 63 Abs. 2, 52 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Insoweit war der Auffangstreitwert festzusetzen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2019-09-11