

Im Namen des Volkes

## Urteil

Der 5. Senat des Landessozialgerichts Baden-Württemberg in Stuttgart hat auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11.06.2014 für Recht erkannt:

**Die Berufung der Beigeladenen zu 2.) gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 29.05.2013 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Klägerin in ihrer bei der Beigeladenen zu 1.) ausgeübten Tätigkeit als mitarbeitende Gesellschafterin und Prokuristin seit dem 30.12.2008 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.**

**Die Beigeladene zu 2.) erstattet der Klägerin ihre außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens.**

**Die Revision wird zugelassen.**

### Tatbestand

Im Streit steht, ob die Klägerin in ihrer Tätigkeit als mitarbeitende Gesellschafterin und Prokuristin der Beigeladenen zu 1.) seit dem 18.12.2008 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die 1961 geborene Klägerin ist seit 1978 Mitglied der Beklagten. Sie ist seit 1984 bei der Beigeladenen zu 1.) als gelernte Reiseverkehrskauffrau tätig. Sie ist Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1.), einem Unternehmen der Reiseverkehrsbranche mit derzeit rund 60 Mitarbeitern und vier Filialen. Das Unternehmen ging aus einem im Jahr 1949 von den Schwiegereltern der Klägerin gegründeten Reisebüro hervor. Seit 1980 besteht es in der Rechtsform einer GmbH. Bis zum Eintritt der Klägerin in die Gesellschaft war ihr Ehemann, E. A. R., Alleingesellschafter. Durch notariell beurkundeten Schenkungs- und Übertragungsvertrag vom 18.12.2008 erhielt sie 40 % der Gesellschaftsanteile mit Nennwert von 52.000 €. Ihr Ehemann verfügt über einen Anteil von 60 % an den Stammeinlagen. Der Klägerin wurde

Einzelprokura erteilt. Ihr Ehemann ist alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit.

Im Gesellschaftsvertrag, zuletzt geändert durch Beschluss vom 18.12.2008, ist u.a. geregelt, dass der Gesellschafter E. A. R. das unentziehbare Sonderrecht hat, das Amt des Geschäftsführers zu bekleiden, solange er Gesellschafter der GmbH ist (§ 14 Abs. 5). Weiter ist geregelt, dass Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der anwesenden bzw. vertretenen Stimmen gefasst werden (je 50 € Stammkapital gewähren eine Stimme), soweit das Gesetz keine höhere Mehrheit vorschreibt; die Beschlussfassung über die Auflösung der Gesellschaft sowie die Änderung des Unternehmensgegenstandes sind einstimmig zu fassen (§ 15 Abs. 5).

Unter dem 30.12.2008 schlossen die Klägerin und ihr Ehemann einen „Stimmbindungsvertrag“. In der Vorbemerkung heißt es, die Klägerin solle aus erbrechtlicher Sicht mindestens 50 % der Geschäftsanteile an der Gesellschaft halten, eine entsprechende Übertragung sei im Dezember 2008 aus Erbschaftsteuerrechtlichen Gründen jedoch nicht sinnvoll gewesen. Gesellschaftsrechtlich solle die Klägerin jedoch schon zum jetzigen Zeitpunkt so gestellt werden, als ob sie bereits mit mindestens 50 % an der Gesellschaft beteiligt wäre. Unter § 1 ist vereinbart, dass die Vertragsparteien ab sofort bei sämtlichen Gesellschafterbeschlüssen der Gesellschaft übereinstimmend mit „ja“ oder mit „nein“ stimmen oder sich übereinstimmend der Stimme enthalten. Die Klägerin hat bei jedem Gesellschafterbeschluss bei der Stimmabgabe die Stimmführerschaft; ihr Ehemann ist verpflichtet, gemäß dem Abstimmungsverhalten der Klägerin die ihm aus den von ihm mittelbar oder unmittelbar gehaltenen Geschäftsanteilen zustehenden Stimmen abzugeben (§ 2 Abs. 1). E. A. R. bevollmächtigt die Klägerin, die ihm aus den von ihm mittelbar oder unmittelbar gehaltenen Geschäftsanteilen zustehenden Stimmrechte bei jedem Gesellschafterbeschluss in seinem Namen und für ihn verbindlich auszuüben (§ 2 Abs. 2). Der Vertrag läuft auf unbestimmte Zeit und endet automatisch, sobald die Klägerin mit mindestens 50 % Geschäftsanteilen mittelbar oder unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt ist; die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen; das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt hiervon unberührt (§ 3 Abs. 1). Änderungen und Ergänzungen des Vertrages bedürfen der Schriftform (§ 4 Abs. 1).

Unter dem 05.01.2009 schlossen die Klägerin und die Beigeladene zu 1.) einen „Anstellungsvertrag“. In der Vorbemerkung heißt es u.a., dass das bestehende Arbeitsverhältnis nunmehr vertraglich fixiert werden solle. Nach § 1 ist die Klägerin leitende Angestellte im Sinne von § 5 Abs. 3 und 4 Betriebsverfassungsgesetz. Sie ist für die Leitung der Finanzbuchhaltung

und Personalbuchhaltung, die Leitung der Finanzen im Allgemeinen und die Vertretung der Geschäftsführung zuständig. Sie kann als Prokuristin die Gesellschaft alleine vertreten. Die Arbeitszeit richtet sich nach den Aufgaben und Erfordernissen der Gesellschaft und beträgt wöchentlich mindestens 50 Stunden; an eine bestimmte Arbeitszeit ist die Klägerin nicht gebunden; sie ist hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit frei (§ 1 Abs. 2). Das Arbeitsverhältnis läuft auf unbestimmte Zeit; die Kündigung ist schriftlich auszusprechen (§ 2). Die Vergütung beträgt ab dem 01.01.2009 brutto 5.000 €; die Klägerin hat keinen Anspruch auf betriebsübliche Nebenleistungen und die Vergütung von Überstunden (§ 3 Abs. 1). Die Gesellschaft schließt in Abstimmung mit der Klägerin eine Direktversicherung ab (§ 3 Abs. 2). Die Klägerin erhält einen Dienstwagen (§ 3 Abs. 3). Reisekosten werden erstattet (§ 3 Abs. 4). Ihr steht ein Urlaubsanspruch von 30 Tagen zu (§ 4 Abs. 1). Nach Krankheitsbeginn hat die Klägerin unverzüglich eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen; der Vergütungsanspruch besteht sechs Wochen in vollem Umfang fort, im Übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen (§ 4 Abs. 2). Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 5 Abs. 2).

Am 20.01.2009 beantragte die Beigeladene zu 1.) bei der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Baden-Württemberg die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Klägerin. In der Anlage des Antrags ist u.a. angegeben, dass die Klägerin nicht weisungsgebunden sei und ihre Tätigkeit frei bestimmen und gestalten könne, wobei die Gestaltung von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig sei. Personal könne sie selbständig einstellen bzw. entlassen. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet. Die Vergütung werde als Betriebsausgabe verbucht. Sie sei nicht am Gewinn beteiligt. Die Gesellschaft werde nach außen von der Klägerin und ihrem Ehemann vertreten. Darlehen oder Bürgschaften habe die Klägerin der GmbH nicht gewährt. Vertraglich sei ein Stimmrecht mit einfacher Mehrheit vereinbart. Die Klägerin könne nicht durch Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Die Tätigkeit der Klägerin sei aufgrund von familienhaften Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu den anderen Gesellschaftern geprägt.

Die DRV Baden-Württemberg leitete den Antrag an die Beklagte weiter. Nach Anhörung der Beteiligten stellte die Beklagte mit Bescheiden vom 17.03.2009 gegenüber der Klägerin und der Beigeladenen zu 1.) fest, dass die Tätigkeit der Klägerin als Prokuristin bei der Beigeladenen zu 1.) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde und der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliege.

Aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung von 40 % habe sie keinen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungen der GmbH. Die Beschäftigung als Prokuristin sei typischerweise eine abhängige sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in leitender Funktion.

Hiergegen legte die Beigeladene zu 1.) mit Schreiben vom 18.03.2009 Widerspruch ein und machte u.a. geltend, die Klägerin trage ein eigenes Unternehmerrisiko. Sie sei mit 40 % an der GmbH beteiligt und erhalte mit 5.000 € eine verhältnismäßig geringe Grundvergütung. Sie beziehe zusätzlich eine vom unternehmerischen Erfolg abhängige variable Vergütung in Form von Gewinnausschüttungen, die ein Vielfaches der Grundvergütung ausmachten. Außerdem habe sie als Prokuristin maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft. Hinzu komme die familienrechtliche Bindung, die ihr einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft einräume. Es bestehe kein Weisungsrecht der Gesellschaft ihr gegenüber. Der Umstand, dass sie ein regelmäßiges Gehalt erhalte, von dem Lohnsteuer einbehalten und welches als Betriebsausgabe verbucht werde, sei kein Indiz für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Sie verfüge über besondere Erfahrungen und Branchenkenntnisse, die für die wirtschaftliche positive Entwicklung der Gesellschaft entscheidend seien.

Mit Widerspruchsbescheid vom 30.10.2009 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Schon die Regelungen des Anstellungsvertrags deuteten auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis hin. Zudem fehle der Klägerin als Minderheitengesellschafterin die erforderliche Rechtsmacht in der Gesellschaft. Ein Ausnahmefall, in dem auch bei geringer Kapitalbeteiligung Selbständigkeit angenommen werden könne, liege nicht vor. Die Klägerin sei bislang nicht zur (weiteren) Geschäftsführerin bestellt worden. Es sei auch nicht ersichtlich, dass sie den Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer dominiere. Im Übrigen sei zu beachten, dass die Klägerin die Gesellschaftsanteile im Wege eines „Schenkungs- und Übertragungsvertrages“ von ihrem Ehemann erhalten habe. Nach § 2 dieses Vertrages könne die Schenkung aber unter bestimmten Umständen rückgängig gemacht werden, etwa wenn die Klägerin ohne Zustimmung ihres Ehemannes über den geschenkten Geschäftsanteil verfüge. Diese erhebliche Einschränkung lasse der Klägerin keinen Raum für unternehmerisches Handeln. Auch Weisungsfreiheit führe nicht immer zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Gerade bei Diensten höherer Art folge oft bereits aus der Arbeitsleistung selbst die weitgehende Unabhängigkeit von direkten Weisungen. Dies sei auch hier der Fall. Im Übrigen sei eine eigenverantwortliche Ausübung der Tätigkeit im betreffenden Zuständigkeitsbereich in Familienbetrieben üblich. Auch die Branchenkenntnisse der Klägerin rechtfertigten keine andere Beurteilung. Soweit die Klägerin

als Prokuristin tätig sei, sei damit zwar eine hervorgehobene Stellung verbunden. Dies allein reiche für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit jedoch nicht aus.

Am 02.12.2009 hat die Klägerin beim Sozialgericht Freiburg (SG) Klage erhoben und zur Begründung vortragen lassen, die sozialversicherungsrechtliche Bewertung der Beklagten sei unzutreffend. Ein Prokurist, der ein eigenes Unternehmerrisiko trage und maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübe, sei selbständig. Die steuerrechtliche Einordnung sei nicht maßgebend. Die Klägerin trage ein eigenes Unternehmerrisiko, da sie 40 % der Gesellschaftsanteile trage und eine verhältnismäßig geringe Grundvergütung von 5.000 € erhalte. Daneben erhalte sie eine variable Vergütung in Form von Gewinnausschüttungen. Die letzten Jahre gemittelt, werde die Klägerin auf ihre Kapitalbeteiligung in den nächsten Jahren pro Jahr ca. 200.000 € Gewinnausschüttung erhalten. Die Ausschüttungen würden also ca. 300 % des Festgehalts ausmachen. Zudem habe die Klägerin maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft. Sie verfüge in Bezug auf satzungsändernde Maßnahmen über eine Sperrminorität. Darüber hinaus gestatte ihr tatsächlicher Einfluss auf die Gesellschaft, ihr nicht genehme Weisungen zu verhindern. Aufgrund der familienrechtlichen Bindung werde das Weisungsrecht nicht ausgeübt. Die Klägerin tätige ihre Aufgaben und Geschäfte in ihrem Bereich wie ein Alleininhaber der GmbH. Ein Direktionsrecht werde ihr gegenüber nicht ausgeübt. Auch ein formales, gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht in Bezug auf einzelne, wichtige Geschäfte werde nicht ausgeübt. Darüber hinaus stünde der Klägerin aufgrund des Stimmbindungsvertrages die Stimmherrschaft in der Gesellschaft zu. Sie könne also tatsächlich ihr nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern. Bereits aus diesem Grund sei Selbständigkeit anzunehmen. Ferner liege das Knowhow für die Personalbuchhaltung und die Finanzen allein bei der Klägerin. Damit verfüge sie über die maßgeblichen Branchenkenntnisse. Das Arbeitsverhältnis sei schließlich auch tatsächlich so ausgestaltet, dass die Klägerin ihre Tätigkeit vollständig frei und unabhängig von den anderen Gesellschaftern und Geschäftsführern ausübe. Es bestünden keine tatsächlichen oder vertraglichen Restriktionen bzgl. Ort, Zeit, Umfang und Dauer ihrer Tätigkeit. Der Umfang der Wochenarbeitszeit von 50 Stunden und die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf das Wohl der Gesellschaft seien typisch für einen selbständigen Unternehmer. Es sei vollkommen normal, dass die Klägerin auch am Wochenende und auch bis spät in die Nacht – je nach Erfordernis – für die Gesellschaft tätig sei. Seitens der Arbeitnehmer der Beigeladenen zu 1.) werde die Klägerin als „Chefin“ gesehen. Der Ehemann der Klägerin sei während des Jahres geschäftlich sehr viel unterwegs und die bestehenden vier Filialen würden allein von der Klägerin geführt. Der Umstand, dass die Klägerin ein regelmäßiges Gehalt beziehe, von dem Lohnsteuer abgeführt und welches als Betriebsausgabe verbucht werde, sei

kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Zur Abgeltung der Arbeitsleistung als arbeitender Gesellschafter-Prokurist müsse eine Vergütung bezahlt werden, auch um zu verhindern, dass diese als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert werde. Aus steuerlichen Gründen müsse mit dem Gesellschafter-Prokuristen ein formaler Arbeitsvertrag geschlossen werden.

Die Beklagte hat erwidert, auch der erstmals im Klageverfahren vorgelegte Stimmbindungsvertrag ändere ihre Auffassung nicht. Unabhängig davon, dass diese Vereinbarung nicht notariell beurkundet und ins Handelsregister eingetragen worden sei, habe das Bundessozialgericht (BSG) im Urteil vom 08.08.1990 (Az. 11 RAr 77/89) ausgeführt, dass auch dann keine abhängige Beschäftigung vorliege, wenn ein Gesellschafter von seinen Rechten tatsächlich keinen Gebrauch mache und die Entscheidung anderen überlasse.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG am 28.02.2013 hat der Ehemann der Klägerin, als Vertreter der Beigeladenen zu 1.) angegeben, dass mit der Stimmbindungsvereinbarung sichergestellt werden sollte, dass die Klägerin sofort ohne Einwirkungen Dritter, selbständig und aktiv das Unternehmen leiten könne. Sie könne bei seinem Ausfall das Unternehmen alleine weiter führen. Die Beteiligten haben daraufhin einen widerruflichen Vergleich geschlossen, wonach die Klägerin keiner Versicherungspflicht unterliegt und die Kosten des Verfahrens aufgeteilt werden sollten. Die Beklagte hat den Vergleich widerrufen.

Mit Urteil vom 29.05.2013 hat das SG den Bescheid vom 17.03.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30.10.2009 aufgehoben und festgestellt, dass keine Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Bescheid sei zwar formal rechtmäßig. Die Beklagte habe als zuständige Behörde nach § 28h Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) entschieden. Ein Verfahren nach § 7a Abs. 1 SGB IV liege nicht vor. Eine Weiterleitung an die Beigeladene zu 2.) hätte nicht erfolgen müssen. Die Beklagte habe jedoch zu Unrecht die Versicherungspflicht der Klägerin festgestellt. Die Klägerin sei zwar nicht Geschäftsführerin, sondern lediglich Prokuristin. Sie verfüge auch nur über eine Minderheitenbeteiligung. Aufgrund der Stimmbindungsvereinbarung sei sie jedoch in der Lage, die Gesellschaft zu beherrschen und alle ihr nicht genehmen Entscheidungen zu verhindern. Von einer Nichtigkeit der Vereinbarung könne nicht ausgegangen werden. Sie sei insbesondere nicht formunwirksam. Nach § 15 Abs. 3 GmbHG bedürfe zwar die Abtretung von Geschäftsanteilen

durch Gesellschafter eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages. Der notariellen Form bedürfe auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet werde. Der Stimmbindungsvertrag beinhalte in der Vorbemerkung einen Hinweis auf die Absicht, der Klägerin künftig einen Geschäftsanteil von 50 % zu verschaffen. Eine Verpflichtung hierzu begründe er jedoch selbst nicht. Bei dem Vertrag handele es sich auch nicht um eine Nebenpflicht aus einem Treuhandverhältnis (unter Verweis auf BGH Urt. v. 25.01.2006 – B 12 KR 30/04 R), sondern um eine isolierte und eigenständige Stimmrechtsvereinbarung. Eine solche könne formlos geschlossen werden (unter Verweis auf Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn. 113; OLG Köln BB 1993, 317; Piehler DStR 1992, 16 54). Der Anstellungsvertrag beinhalte zwar Regelungen hinsichtlich Arbeitszeit, Vergütung, Urlaub und Krankheit, die für Arbeitsverhältnisse üblich seien. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich insbesondere aufgrund der der Klägerin als Gesellschafterin zustehenden Rechtsmacht ergeben, würden jedoch eindeutig die für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Merkmale überwiegen.

Am 17.07.2013 hat die Beigeladene zu 2.) gegen das ihr am 27.06.2013 zugestellte Urteil beim Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt und zur Begründung ausgeführt, das SG ginge fehl in der Annahme, dass die Klägerin aufgrund des Stimmbindungsvertrages in der Lage sei, die Gesellschaft zu beherrschen und alle ihr nicht genehmen Entscheidungen zu verhindern. Das BSG habe in seiner jüngsten Rechtsprechung nochmals bestätigt (unter Verweis auf Urt. v. 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R und B 12 R 14/10 R), dass die bloße Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich sei, solange es nicht auch wirksam abgedungen sei. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages könne nur durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, müsse notariell beurkundet und in das Handelsregister eingetragen werden. Das BSG habe ausdrücklich entschieden, dass der Verzicht auf das Weisungsrecht durch Gesellschafterbeschluss nicht ausreiche, da dieser rechtlich und tatsächlich jederzeit im Konfliktfall widerrufen werden könne. Gleiches gelte für den vorliegenden Stimmbindungsvertrag, der rechtlich und tatsächlich abgeändert bzw. gekündigt werden könne. Gleichwohl vereinbarungswidrig getroffene Gesellschafterbeschlüsse seien rechtlich wirksam. Eine Vereinbarung zur Stimmrechtsbindung sei, sofern sie im Widerspruch zum Gesellschaftsvertrag stehe, nicht anders zu beurteilen als eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende Handhabung. Die im Gesellschaftsvertrag verankerte Rechtsmacht bleibe unangetastet. In seiner Entscheidung vom 18.12.2001 (B 12 KR 10/01) habe das BSG Vergleichbares zu einer (widerruflichen) Stimmrechtsvollmacht entschieden. Das LSG Nordrhein-Westfalen habe mit Urt. v. 10.11.2011 – L 16 (5) KR 222/08 entschieden, dass bloße Koalitionen unter den Gesellschaftern – typischerweise bei Abstimmungen in einzelnen Fragen

innerhalb der Gesellschafterversammlung – ohne förmliche Stimmrechtsbindung für den sozialversicherungsrechtlichen Status nicht entscheidend seien. Es komme vielmehr darauf an, ob der für die Gesellschaft Tätige selbst die Stimmrechtsmehrheit besitze oder wenigstens eine Sperrminorität. Zudem werde zur rechtlichen Wertung einer Stimmrechtsvereinbarung als allein schuldrechtliche Verpflichtung ohne Einfluss auf die gesellschaftliche Wirksamkeit einer pflichtwidrigen Stimmabgabe auf das Urt. d. Sozialgerichts Berlin vom 29.01.2013 (Az. S 89 KR 1834/07) verwiesen.

Die Beigeladene zu 2.) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 29.05.2013 aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte und die Beigeladenen zu 1.) und 3.) haben keine Anträge gestellt.

Zur Begründung hat die Klägerin ausgeführt, das SG habe zutreffend festgestellt, dass die Klägerin ihre Tätigkeit sozialversicherungsfrei ausübe. Das von der Beigeladenen zu 2.) in Bezug genommene Urteil des BSG vom 18.12.2001 betreffe eine Stimmrechtsvollmacht. Der Sachverhalt sei damit nicht vergleichbar. Die Vollmacht sei nach §§ 167, 168 BGB jederzeit widerruflich. Für den Stimmbindungsvertrag gelte dies gerade nicht. Auch der Verweis auf die im Gesellschaftsrecht geltenden Formvorschriften gehe fehl, da sich aus Literatur und Rechtsprechung unzweifelhaft ergebe, dass Stimmbindungsverträge zwar schriftlich, aber ohne notarielle Beurkundung wirksam abgeschlossen werden könnten. Auch der dem Urteil des BSG vom 29.08.2012 (B 12 KR 25/10 R) zugrundeliegende Sachverhalt sei nicht vergleichbar. Dort habe ein bloßer Verzicht auf das Weisungsrecht vorgelegen. Die Beigeladene zu 2.) gehe fehl in der Annahme, die Stimmbindungsvereinbarung könne rechtlich und tatsächlich abgeändert bzw. gekündigt werden. Eine einvernehmliche Änderung könne auch bei einer Satzung jederzeit erfolgen. Eine einseitige Lösung von der Vereinbarung sei dagegen nicht möglich. Die ordentliche Kündigung sei gerade ausgeschlossen worden. Soweit die Beigeladene zu 2.) auf das Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 10.11.2011 – L 16 (5) KR 22/08 verweise, müsse sie konsequenterweise zur Selbständigkeit gelangen. Denn eine förmliche Stimmrechtsbindung – wie es das LSG verlange – liege hier durch einen entsprechenden schriftlichen beidseitigen Vertrag vor. Schließlich gehe die Beigeladene zu 2.) auch unzutreffend davon aus, ein Verstoß gegen die Vereinbarung führe nicht zur Unwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses. Der

Verstoß habe vielmehr die Mangelhaftigkeit des Beschlusses zur Folge (unter Verweis auf BGH NJW 1983, 1910; BGH NJW 1987, 1890; OLG Hamm NZG 2000, 1036).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten, des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung der Beigeladenen zu 2.) ist gem. §§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne Zulassung durch das SG statthaft und auch sonst zulässig. Sie ist aber nicht begründet. Das SG hat der Klage zu Recht stattgegeben. Der angefochtene Bescheid vom 17.03.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30.10.2009 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Klägerin unterliegt in der bei der Beigeladenen zu 1.) ausgeübten Tätigkeit als mitarbeitende Gesellschafterin und Prokuristin seit dem 30.12.2008 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Der Tenor des Urteils des SG war im Wege eines Maßgabeurteils hinsichtlich der Tätigkeit der Klägerin und des Beginns der fehlenden Versicherungspflicht (Unterzeichnung des Stimmbindungsvertrags) zu konkretisieren.

Der Bescheid der Beklagten vom 17.03.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30.10.2009 ist nicht bereits formell rechtswidrig.

Gem. § 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV entscheidet die Einzugsstelle – die die Krankenversicherung durchführende Krankenkasse (§ 28h Abs. 1 i. V. § 28i SGB IV) – über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. In diesem Verfahren können Feststellungen nicht nur von Amts wegen, sondern auch auf Antrag von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern getroffen werden (vgl. BSG Urt. v. 23.09.2003 - B 12 RA 3/02 R; LSG Berlin-Brandenburg Urt. 15.08.2007 - L 31 KR 128/07; LSG Baden-Württemberg Urt. v. 19.02.2008 - L 11 KR 5528/07). Um ein solches Verfahren handelt es sich vorliegend. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2.) wurde nicht begründet. Es liegt kein Fall des § 7a SGB IV vor. Gem. § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet (fakultatives

Statusfeststellungsverfahren). Die Beigeladene zu 1.) hatte den Antrag nicht an die Beigeladene zu 2.) gerichtet und auch sonst nicht zu erkennen gegeben, dass sie die Feststellung der DRV Bund begehrt. Die Beklagte hatte den Antrag auch nicht wegen § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV an diese weiterzuleiten. Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren des § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV betrifft in der Praxis besonders prekäre Sachverhalte, in denen von Amts wegen bei einer zentralen Stelle (Clearing-Stelle der Deutschen Rentenversicherung Bund) für alle Sozialversicherungszweige umfassend (vgl. etwa § 336 Sozialgesetzbuch Drittes Buch <SGB III> zum Leistungsrecht der Arbeitsverwaltung) eine verbindliche Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status erfolgen soll (vgl. BT-Drs. 15/5251, S. 4, 5). Der „prekäre Sachverhalt“ (etwa die Eigenschaft als Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH oder Ehegatte des Arbeitgebers) muss sich - so § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV - aus der „Meldung des Arbeitgebers“ ergeben. Dieses Tatbestandsmerkmal wird ausdrücklich durch die als Klammerverweisung gefasste Bezugnahme auf § 28a SGB IV, der die Meldepflicht des Arbeitgebers und die Modalitäten und den Inhalt der Arbeitgebermeldung im einzelnen festlegt, konkretisiert. Damit sind andere Quellen für die Feststellung der genannten „prekären Sachverhalte“ ausgeschlossen. Eine über den (engen) Wortlaut hinausgehende entsprechende Anwendung des § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV, etwa auf sonstige Mitteilungen, wie Antragsschriftsätze oder zur Statusfeststellung eingereichte Fragebögen, kommt auch im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Vorschrift nicht in Betracht (Urt. d. Senats vom 16.06.2010 - L 5 KR 5179/08). Vorliegend ist bereits fraglich, ob ein „prekärer Sachverhalt“ im Sinne des § 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV vorliegt, da das Anstellungsverhältnis der Klägerin zur GmbH und nicht zu ihrem Ehemann bestünde. Ob der Mehrheitsgesellschafter in einem solchen Fall als Arbeitgeber im Sinne des § 28a SGB IV anzusehen ist, kann hier unentschieden bleiben (s. dazu LSG Baden-Württemberg Urt. v. 04.12.2012 – L 11 R 44/11). Denn jedenfalls ergab sich die Eigenschaft der Klägerin als Ehefrau des Mehrheitsgesellschafters der Beigeladenen zu 1.) nicht aus einer „Meldung des Arbeitgebers“ i.S.v. § 28a SGB IV, sondern aus dem Antrag auf Statusfeststellung, so dass keine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2.) begründet wurde.

Der angefochtene Bescheid ist auch hinreichend bestimmt und enthält keine isolierte Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung. Gem. § 33 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen muss im Einzelfall zumindest durch Auslegung vor dem Hintergrund der den Beteiligten bekannten Umstände zu erschließen sein, auf welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten sich die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung beziehen soll. Notwendig ist regelmäßig die Angabe einer

bestimmbaren Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG Urt. v. 11.03.2009 – B 12 R 11/07 R, juris; Urt. v. 04.06.2009 – B 12 R 6/08 R, juris). Außerdem darf sich weder die im Anfrageverfahren (§ 7a SGB IV) noch die im Einzugsstellenverfahren (§ 28h SGB IV) ergehende Entscheidung auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG Urt. v. 11.03.2009 – B 12 R 11/07 R, juris). Die Beklagte hat diese Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt. Sie hat die von der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1.) als Prokuristin ausgeübte Tätigkeit hinreichend bestimmt bezeichnet und sich nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt, sondern festgestellt, dass für die in abhängiger Beschäftigung verrichtete Tätigkeit Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung besteht.

Der angefochtene Bescheid ist jedoch materiell rechtswidrig. Die Klägerin übt ihre Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1.) als mitarbeitende Gesellschafterin und Prokuristin seit dem 30.12.2008 nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus und unterliegt deshalb nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch, § 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, § 25 Abs. 1 SGB III).

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, 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 dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und die Weisungsgebundenheit zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (BSG Urt. v. 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R, juris). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG Urt. v. 19.06.2001 – B 12 KR 44/00 R, juris). Demgegenüber ist eine

selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Letzteres besteht in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen. Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rspr. des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit (zuletzt z.B. Urt. v. 04.09.2013 – L 5 R 4751/11, juris).

Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben; zu diesen gehört, unabhängig von ihrer Ausübung, auch die einem Beteiligten zustehende (nicht wirksam abbedungene) Rechtsmacht. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG Urt. v. 25.01.2006 – B 12 KR 30/04 R; Urt. v. 19.06.2001 – B 12 KR 44/00 R, jeweils juris, m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung vgl. zuletzt BSG Urt. v. 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R, juris). Die Zuordnung nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d.h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht (ebenso die Behörde) insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb - der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend - voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik

entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (so BSG Urt. v. 24.05.2012 – B 12 KR 14/10 R und – B 12 KR 24/10 R, jeweils juris).

Nach den genannten Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Familienangehörigen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Familiäre Bindungen schließen das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht von vornherein aus. Unschädlich ist vor allem, dass die Abhängigkeit des Beschäftigten bei familiärer Verbundenheit im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und Weisungsrechte deshalb möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (BSG Urt. v. 17.12.2002 – B 7 AL 34/02 R, juris, m.w.N.). Das sozialversicherungspflichtige abhängige Beschäftigungsverhältnis in Familienunternehmen ist darüber hinaus abzugrenzen von der nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit; hierfür sind ebenfalls alle Umstände des Einzelfalles maßgeblich (Urteil d. Senats v. 17.12.2002 – B 7 AL 34/02 R, m.w.N.). Danach setzt ein Beschäftigungsverhältnis neben der Eingliederung des Familienangehörigen in den Betrieb mit einem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass ein Entgelt gezahlt wird, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt. Es muss über freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehen. Abzustellen ist weiter darauf, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Ist all das der Fall, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Familienangehörige, auch der Ehegatte, auf das Entgelt wirtschaftlich angewiesen ist, wenngleich dies die Abhängigkeit des Beschäftigten indizieren kann (vgl. BSG Urt. v. 19.02.1987 - 12 RK 45/85, SozR 2200 § 165 Nr. 90; BSG Urt. v. 23.06.1994 – 12 RK 50/93, juris). Indizwirkung kann auch der Höhe des gezahlten Entgelts zukommen (BSG Urt. v. 17.12.2002 – B 7 AL 34/02 R, juris). Allerdings schließt eine - auch erheblich - untertarifliche Bezahlung des Verwandten ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus (vgl. auch BSG Urt. v. 12.09.1996 – 7 RAR 120/95, juris; zu alledem auch Senatsurteile v. 30.07.2008 – L 5 KR 5339/08 und v. 04.02.2009 – L 5 KR 2219/08).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Dies ist grundsätzlich neben seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich. Allerdings schließt ein rechtlich maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft auf Grund der Gesellschafterstellung ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinne aus, wenn der Gesellschafter damit

Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG Urt. v. 25.01.2006 – B 12 KR 30/04 R, GmbHR 2006, 645 m.w.N.). Eine derartige Rechtsmacht haben GmbH-Gesellschafter regelmäßig dann, wenn sie zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft sind und mindestens 50 % des Stammkapitals innehaben (BSG Urt. v. 20.03.1984 - 7 RAr 70/82, SozR 4100 § 168 Nr. 16). Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung geringer ist, kann sich aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Rechtsmacht ergeben, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann (sog. Sperrminorität, BSG Urt. v. 08.08.1990 - 11 RAr 77/89, SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; Urt. v. 18.04.1991 - 7 RAr 32/90, SozR 3-4100 § 168 Nr. 5 jeweils m.w.N.). Ein GmbH-Gesellschafter, der in der GmbH angestellt und nicht zum Geschäftsführer bestellt ist, besitzt allein aufgrund seiner gesetzlichen Gesellschaftsrechte nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben oder abzuschwächen. Vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ist die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Angestellten der GmbH nämlich Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung (vgl. BSG Urt. v. 17.05.2001 – B 12 KR 34/00 R, juris; BSG Urt. v. 23.06.1994 - 12 RK 72/92, juris). Der mitarbeitende Gesellschafter ist grundsätzlich rechtlich an die Weisungen des Geschäftsführers gebunden. Dieser führt die laufenden Geschäfte der GmbH, zu denen auch die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber den Beschäftigten der GmbH gehört. Einschränkungen können sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, in dem z.B. die Gesellschafterversammlung Weisungsrechte gegenüber Beschäftigten allgemein oder im Einzelfall an sich ziehen oder sich vorbehalten kann (BSG Urt. v. 17.05.2001 – B 12 KR 34/00 R, juris).

Fehlt eine Rechtsmacht, besteht aber ein so weitreichender tatsächlicher Einfluss, dass der Betroffene im Unternehmen "schalten und walten" kann wie er will, die Inhaber des Unternehmens persönlich dominiert oder diese von ihm wirtschaftlich abhängig sind, hat das BSG in seiner älteren Rechtsprechung Selbständigkeit angenommen, insbesondere im Fall eines (Fremd-)Geschäftsführers einer GmbH, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist (BSG Urt. v. 15.12.1971 – 3 RK 67/68, SozR Nr. 68 zu § 165 RVO; Urt. v. 24.06.1982 – 12 RK 45/80, juris; Urt. v. 08.12.1987 – 7 RAr 25/86, juris; Urt. v. 05.02.1998 – B 11 AL 71/97 R, SozR 3-4100 § 168 Nr. 22; Urt. v. 14.12.1999 – B 2 U 48/98 R, juris; Urt. v. 17.05.2001 – B 12 KR 34/00 R, juris; Urt. v. 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R, juris; Urt. v. 06.03.2003 – B 11 AL 25/02 R, juris), aber auch im Fall eines neben seinem Ehegatten gleichberechtigt mitarbeitenden Gesellschafters (BSG Urt. v. 17.05.2001 – B 12 KR 34/00 R, juris). In seiner neueren Rechtsprechung hat das BSG allerdings Zweifel an dieser "Überlagerungsrechtsprechung"

geäußert und die Bedeutung der Rechtsmacht im Unternehmen für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung hervorgehoben (vgl. BSG Urt. v. 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R und – B 12 R 14/10 R, jeweils juris); es spreche einiges dafür, der aus gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben entspringenden Rechtsmacht als Teil der tatsächlichen Verhältnisse maßgebende Bedeutung beizumessen, da entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer abhängigen Beschäftigung auch im Zusammenhang mit Familiengesellschaften die Möglichkeit sei, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden (BSG, a.a.O.). Unerheblich ist in jedem Fall, dass eine bestehende Rechtsmacht mit daraus folgenden Weisungsrechten mangels tatsächlichen Anlasses in der Geschäftspraxis nicht ausgeübt wird, solange sie nur aufrechterhalten bleibt und von ihr bei gegebenem Anlass, etwa bei einem familiären Zerwürfnis Gebrauch gemacht werden kann. Eine (bloße) "Schönwetter-Selbstständigkeit" (so BSG, a.a.O.) ist mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht hinnehmbar.

Davon ausgehend ist die Tätigkeit der Klägerin als mitarbeitende Gesellschafterin und Prokuristin bei der Beigeladenen zu 1.) ab dem 30.12.2008 nach ihrem Gesamtbild als selbstständige Erwerbstätigkeit einzustufen.

Die Klägerin verfügt zwar nur über eine Beteiligung an der Beigeladenen zu 1.) von 40 % und ist selbst nicht Geschäftsführerin. Grundsätzlich wäre nach der zitierten Rechtsprechung des BSG in einem solchen Fall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen, da der Geschäftsführer die laufenden Geschäfte führt und damit Weisungen, auch an den Prokuristen, erteilt. Aufgrund der Minderheitenbeteiligung und fehlenden Sperrminorität könnte der bloß mitarbeitende Gesellschafter den Weisungen nicht entgegentreten. Die Klägerin verfügt vorliegend jedoch über eine entsprechende Rechtsmacht aufgrund des wirksam abgeschlossenen Stimmbindungsvertrags. Nach § 1 der getroffenen Vereinbarung stimmen die Gesellschafter „ab sofort“ bei sämtlichen Gesellschafterbeschlüssen der Gesellschaft übereinstimmend mit „ja“ oder mit „nein“ oder enthalten sich übereinstimmend der Stimme. Die Klägerin hat dabei - auch für gesellschaftsvertragsändernde Beschlüsse - die Stimmführerschaft; ihr Ehemann ist verpflichtet, gemäß dem Abstimmungsverhalten der Klägerin die ihm aus den von ihm mittelbar oder unmittelbar gehaltenen Gesellschaftsanteilen zustehenden Stimmen abzugeben (§ 2 Abs. 1). In § 2 Abs. 2 der Vereinbarung bevollmächtigt der Ehemann die Klägerin darüber hinaus zur Ausübung seines Stimmrechts.

Stimmbindungsvereinbarungen sind grundsätzlich rechtlich zulässig (ganz h.M., BGH Urt. v. 29.05.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 47 Rn. 113; Drescher in MüKomm, GmbHG, § 47 Rn. 231; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 47 Rn. 38). Stimmbindungsvereinbarungen, in denen sich - wie hier - ein Gesellschafter unabhängig von einer konkreten Beschlusslage generell zu einem bestimmten Stimmverhalten verpflichtet, etwa um Mehrheitsverhältnisse unter den Gesellschaftern oder die Interessenwahrnehmung einer Gesellschaftsgruppe dauerhaft sicherzustellen, sind sogar in der Praxis häufig anzutreffen (OLG Köln Urt. v. 25.07.2002 - 18 U 60/02, juris-Rn. 63). Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit der hier getroffenen Vereinbarung liegen nicht vor. Das GmbHG enthält keine diesbezüglichen Verbote (Drescher in MüKomm, GmbHG, § 47 Rn. 237). An eine besondere Form (etwa notarielle Beurkundung) sind solche Vereinbarungen nicht gebunden (Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 47 Rn. 113 m.w.N.; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 47 Rn. 38). Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass bindungswidrig abgegebene Stimmen gültig sind und bleiben, die Stimmbindung also keinen unmittelbaren Einfluss auf die Willensbildung in der Gesellschaft entfaltet (vgl. Hüffer in Hachenburg, GmbHG, § 47 Rn. 68; Römermann in Michalski, GmbHG, § 47 Rn. 484ff.). Die Vereinbarung von Verhaltens- und Unterlassungspflichten bei der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung stellt keine satzungsändernde Regelung i.S.v. § 53 Abs. 2 GmbHG dar, auch wenn deren Durchsetzung unter Umständen mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln zugelassen wird (vgl. BGH Urt. v. 07.06.1993 - II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, juris-Rn. 15; zur Durchsetzbarkeit s.u.). Formfreiheit gilt selbst dann, wenn die Vereinbarung zwar selbst keine Satzungsänderung darstellt, sich aber auf eine solche bezieht (BGH Urt. v. 07.02.1983 - II ZR 25/82, ZIP 1983, 432; OLG Köln Urt. v. 25.07.2002 - 18 U 60/02, juris; Drescher in MüKomm, GmbHG, § 47 Rn. 249). Auch § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, der die notarielle Form für die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils vorschreibt, ist nicht einschlägig. Der Ehemann der Klägerin hat sich in der Vereinbarung weder ausdrücklich noch zwangsläufig verpflichtet, der Klägerin (weitere) Geschäftsanteile zu übertragen. Es handelt sich vorliegend nicht um ein Treuhandverhältnis (zu einem solchen BSG Urt. v. 25.01.2006 - B 12 KR 30/04 R, juris-Rn. 27).

Die hier getroffene Vereinbarung ist auch nicht im Hinblick auf den mit ihr bewirkten Umfang der Einflussnahme der Klägerin auf die Gesellschaft als formbedürftig anzusehen. Zwar wird der Klägerin aufgrund der ihr eingeräumten Stimmführerschaft, der Stimmvollmacht ihres Ehemannes und der Erstreckung auch auf gesellschaftsvertragsändernde Beschlüsse die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses gleich einem Alleingesellschafter eingeräumt.

Diese Verschiebung der Rechtsmacht weicht grundlegend von der nach dem Schenkungs- und Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Verteilung der Rechtsmacht in der GmbH ab. Die Verschiebung von Mehrheiten unter den Gesellschaftern außerhalb der Satzung durch Stimmbindungsvereinbarungen ist aber nicht untypisch, sondern gerade gewollt und gesellschaftsrechtlich nicht unzulässig (s.o.), selbst im Sinne einer „Schattenordnung“, der unter Umständen eine höhere Bindungswirkung zukommt als dem Gesellschaftsvertrag (vgl. hierzu kritisch Drescher in MüKomm, GmbHG, § 47 Rn. 250; ablehnend im Fall einer Stimmbindungsvereinbarung zugunsten eines Dritten: Hess. LSG Urt. v. 28.10.2004 - L 14 KR 186/01, juris). Eine notarielle Beurkundung war auch nicht zur Bekräftigung des Rechtsbindungswillens der Gesellschafter zu fordern. Diese Möglichkeit hätte der Klägerin und ihrem Ehemann zwar offen gestanden (vgl. LSG Berlin-Brandenburg Urt. v. 07.05.2012 - L 1 KR 338/10, juris), eine Verpflichtung hierzu bestand indes nicht. Die Klägerin und ihr Ehemann haben ihren Bindungswillen hier darin zum Ausdruck gebracht, dass sie sich auf unbestimmte Zeit bzw. bis zur Übertragung weiterer Gesellschaftsanteile durch schriftlichen Vertrag hinsichtlich der Ausübung ihrer Stimmrechte gebunden und die ordentliche Kündigung des Vertrages ausdrücklich ausgeschlossen haben.

Mit der Stimmbindungsvereinbarung vom 30.12.2008 wird der Klägerin die statusrelevante Rechtsmacht, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich zu beeinflussen und ihr nicht genehme Weisungen zu verhindern, zuteil. Grundsätzlich haben solche Vereinbarungen wegen ihres rein schuldrechtlichen Charakters zwar nicht zur Folge, dass vereinbarungswidrig zustande gekommene Gesellschafterbeschlüsse mangelhaft sind (ganz h.M., z.B. Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 47 Rn. 117 m.w.N.; Drescher in MüKomm, GmbHG, § 47 Rn. 250; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 47 Rn. 39b). Nach der Rechtsprechung des BGH gilt ausnahmsweise dann aber anderes, wenn sich alle Gesellschafter der Bindung unterworfen haben (BGH Urt. v. 20.01.1983 – II ZR 243/81, NJW 1983, 1910; BGH Urt. v. 27.10.1986 – II ZR 240/85, NJW 1987, 1890; s. auch BGH Beschl. v. 15.03.2010 - II ZR 4/09, juris-Rn. 8; ebenso unter Verweis auf die BGH-Rspr.: OLG Hamm Urt. v. 12.04.2000 - 8 U 165/99, juris; OLG Karlsruhe Urt. v. 30.12.1998 - 14 U 31/98, juris; vgl. auch OLG Stuttgart Urt. v. 07.02.2001 - 20 U 52/97, juris-Rn. 299). In einem solchen Fall ist der vereinbarungswidrig zustande gekommene Gesellschafterbeschluss ausnahmsweise gegenüber der Gesellschaft anfechtbar (str. in der Literatur, i.E. wie der BGH: Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 47 Rn. 118, der Mangelhaftigkeit des Beschlusses annimmt; Drescher in MüKomm, GmbHG, § 47 Rn. 250; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 47 Rn. 124: nur aus prozessökonomischen Gründen vertretbar; Römermann in Michalski, GmbHG, § 47 Rn.

535: nur in extrem gelagerten, durchgriffsähnlichen Ausnahmefällen; so auch: Hüffer in Hachenburg, GmbHG, § 47 Rn. 83). Die Anfechtbarkeit gegenüber der Gesellschaft wird damit begründet, dass kein Grund bestehe, die vertragswidrig überstimmten Gesellschafter auf den umständlichen Weg einer Klage gegen die Mitgesellschafter zu verweisen, um durch deren Verurteilung zu einer gegenteiligen Stimmabgabe den Beschluss aus der Welt zu schaffen (BGH Urt. v. 20.01.1983 – II ZR 243/81, NJW 1983, 1910). So liegt der Fall hier. Alle Gesellschafter, die Klägerin und ihr Ehemann, haben sich der Stimmbindung unterworfen. Ein dagegen verstößender Gesellschafterbeschluss könnte von der Klägerin im Wege einer Anfechtungsklage angegriffen und beseitigt werden. Damit aber hat sie eine Rechtsmacht inne, die es ihr ermöglicht, maßgeblich auf die Geschicke der Gesellschaft einzuwirken. Aufgrund ihrer Stimmführerschaft kann sie nicht nur etwaige Weisungen ihre Tätigkeit betreffend unterbinden, sondern auch ihrem Ehemann Weisungen erteilen. Da sich ihre Befugnis zur Ausübung ihrer Stimmführerschaft auch auf gesellschaftsvertragsändernde Beschlüsse erstreckt, ist es ihr sogar möglich, das in § 14 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages vorgesehene unentziehbare Sonderrecht ihres Ehemann als Geschäftsführer aufzuheben.

Haben sich demnach - wie hier - alle Gesellschafter einer GmbH außerhalb der Satzung durch Vertrag verpflichtet, Gesellschafterbeschlüsse nur übereinstimmend zu fassen, haben Minderheitsgesellschafter die Rechtsmacht, ihnen nicht genehme Beschlüsse und Weisungen der Gesellschafterversammlung abzuwenden (ebenso Sächsisches LSG Urt. v. 04.03.2014 – L 1 KR 9/11, juris; a.A. LSG Hamburg Urt. v. 07.08.2013 - L 2 R 31/10, juris-Rn. 28). Die damit begründete Rechtsmacht geht weit über die Einflussmöglichkeiten der Betroffenen hinaus, deren Status in den von der Beklagten angeführten Entscheidungen des BSG und LSG Nordrhein-Westfalen zur Beurteilung stand. Es handelt sich vorliegend weder um einen bloßen, durch Gesellschafterbeschluss erklärten Verzicht auf Weisungen (so in BSG Urt. v. 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R, juris) noch um eine widerrufliche Stimmbindungsvollmacht (so in BSG Urt. v. 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R, juris). Es handelt sich auch nicht nur um eine „Koalition unter Gesellschaftern [...] ohne förmliche Stimmrechtsbindung“ [so in LSG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 10.11.2011 – L 16 (5) KR 222/08]. Die Ernsthaftigkeit des Willens wird vielmehr dadurch bekräftigt, dass die Vereinbarung auf unbestimmte Zeit bzw. bis zur Übertragung der Gesellschaftsanteile abgeschlossen und die ordentliche Kündigung ausgeschlossen wurde. Die Mitunternehmerschaft der Klägerin wird auch gelebt; nach außen - etwa auf der Homepage - tritt die Klägerin als gleichberechtigte Mitinhaberin der GmbH auf, sie wird im Betrieb als „Chefin“ angesehen und führt die bestehenden vier Filialen in den - häufigen - Abwesenheitszeiten des Ehemannes allein.

Der so begründete Einfluss der Klägerin auf die Beigeladene zu 1.) führt auch zu einem entsprechenden Unternehmerrisiko. Unternehmerrisiko trägt, wer eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einsetzt, so dass der Erfolg des Einsatzes der sachlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist (BSG Urt. v. 04.06.1998 – B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 13 m.w.N.). Die Klägerin partizipiert nicht nur über ihren Gesellschaftsanteil von 40 % an Gewinn und Verlust der GmbH. Sie hat aufgrund der Stimmbindungsvereinbarung insbesondere maßgeblichen Einfluss auf die Gewinnverteilung, die nach § 15 Abs. 1b des Gesellschaftsvertrages der von ihr beherrschten Gesellschafterversammlung obliegt.

Der Senat verkennt nicht, dass auch Gesichtspunkte für eine abhängige Beschäftigung sprechen. So enthält der „Anstellungsvertrag“ arbeitnehmertypische Regelungen wie Zahlung eines festen Monatsgehalts, Reisekostenerstattung und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Zudem wird vom Gehalt Lohnsteuer abgeführt und es wird auch (steuerrechtlich) als Betriebsausgabe geltend gemacht. Dass dieser Vertrag - wie offen eingeräumt wird - allein aus steuerlichen Gründen abgeschlossen wurde, führt nicht zu seiner Unbeachtlichkeit. Solange der Vertrag gegenüber dem Finanzamt als gültig ausgegeben wird, kann für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nichts anderes gelten. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung kommt den für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Indizien aber gegenüber der dargestellten Verteilung der über den Stimmbindungsvertrag hergestellten Rechtsmacht im Unternehmen und dem entsprechenden Unternehmerrisiko geringeres Gewicht zu, weshalb es beim Gesamtbild einer selbständigen Tätigkeit bleibt.

Zusammenfassend stellt der Senat fest, dass bei einer Gesamtschau aller für und gegen eine abhängige Beschäftigung bzw. selbständige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkte die Anhaltspunkte für eine selbständige Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1.) überwiegen. Aufgrund der ab dem 30.12.2008 gültigen Stimmbindungsvereinbarung ist von einer selbständigen Tätigkeit und damit fehlenden Versicherungspflicht auszugehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der streitigen Rechtsfragen zugelassen.