

Verkündet am 15.02.2012

127726

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

# LANDESSOZIALGERICHT FÜR DAS SAARLAND

## IM NAMEN DES VOLKES

# **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

- Klägerin und Berufungsbeklagte Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Beklagte und Berufungsklägerin -

# beigeladen: 2. 3. 4.

hat der 2. Senat des Landessozialgerichts für das Saarland auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 2012 durch

den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Betz, die Richter am Landessozialgericht Rauch und Kirchdörfer sowie die ehrenamtlichen Richter Woll und Sick

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten werden das Urteil des Sozialgerichts für das Saarland vom 15.04.2011 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Beteiligten haben einander für beide Instanzen keine Kosten zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin in der Zeit vom 01.12.2007 bis 31.03.2010 bei der Beigeladenen zu 3) sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

geborene Klägerin war bis zum 31.03.2010 bei der Beklagten Die am gesetzlich krankenversichert. Die Beigeladene zu 3) ist eine GmbH, deren Alleingesellschafter zunächst der Vater der Klägerin war. Gegenstand des Unternehmens ist der Vertrieb von Produkten der Automobilbranche. Am 01.12.2007 schenkte der Vater der Klägerin 30 % der Gesellschaftsanteile. Zu diesem Zeitpunkt wurde die Klägerin auch neben ihrem Vater Geschäftsführerin der Firma (Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrag vom 26.11.2007). Sowohl der Vater als auch die Klägerin waren von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Die Klägerin erhielt ein festes Monatsgehalt von 3.400,00 € sowie Weihnachts- und Urlaubsgeld jeweils in Höhe eines Monatsgehaltes (§ 5 Geschäftsführervertrag). Im Krankheitsfall bestand ein Gehaltsanspruch für die Dauer von 6 Wochen. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug 60 Stunden; es bestand ein Urlaubsanspruch von 30 Wochentagen (§ 4 Geschäftsführer-Die Klägerin war verantwortlich für den Vertrieb und Projektleitung-Anlagenbau. Für den kaufmännischen Bereich, auch die Personalangelegenheiten, war die Gesellschafterversammlung zuständig. Im Übrigen unterlag die Klägerin den Weisungen der Gesellschafterversammlung (§ 1 Geschäftsführervertrag).

Ab dem 07.08.2008 erhielten die Klägerin 49% und der Vater 51 % der Gesellschaftsanteile. Laut § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages vom 07.08.2008 werden Gesellschafterbeschlüsse mit einer Mehrheit von 51 % der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit vorsehen. Die Beschlussfassung über die Änderung der Satzung und die Auflösung der Gesellschaft bedarf immer einer Mehrheit von ¾ des Stammkapitals.

Geschäftsführer der Gesellschaft waren weiterhin die Klägerin und ihr Vater. Nach dem Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrag vom 07.08.2008 erhielt die Klägerin ein festes Monatsgehalt von 4.500,00 €, eine Weihnachtsgratifikation sowie Urlaubsgeld; ferner wurde ihr eine gewinnabhängige Tantieme zugesichert (§ 6 Geschäftsführervertrag). Im Krankheitsfall bestand ein Gehaltsanspruch für die Dauer von 6 Wochen, anschließend war ein monatlicher Zuschuss zum Krankengeld in Höhe der Differenz zwischen bezogenem Krankengeld und dem zuletzt erhaltenen Betrag des Grundgehaltes vorgesehen (§ 6 Nr. 6 Geschäftsführervertrag). Der Anspruch auf Jahresurlaub betrug 30 Arbeitstage (§ 9 Geschäftsführervertrag).

Mit Bescheid vom 07.05.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.02.2009 entschied die Beklagte, dass die Klägerin ab dem 01.12.2007 als Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 3) abhängig beschäftigt sei und als Arbeitnehmerin grundsätzlich kranken-, pflege-, renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig sei. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, Beschlüsse der Gesellschaft seien mit einfacher Mehrheit der Stimmen gefasst worden. Die Klägerin sei lediglich mit 30 % am Stammkapital beteiligt gewesen und habe somit keine Möglichkeiten gehabt, Gesellschafterbeschlüsse herbeizuführen oder zu verhindern und damit maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen des Unternehmens zu nehmen. Die Klägerin habe nicht in gleichberechtigter Stellung zu ihrem Vater gestanden, der als Mehrheitsgesellschafter das "letzte" Wort gehabt habe und der Klägerin allenfalls "freie Hand" gelassen haben möge. Bedingt durch das Verhältnis zwischen Familienangehörigen habe die Klägerin sicherlich eine Vertrauensstellung gehabt, die nur schwer auf eine fremde Person übertragbar gewesen sei, allerdings habe eine solche Stellung auf dem Willen des Mehrheitsgesellschafters basiert. Nach § 1 des Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrages vom 26.11.2007 habe die Klägerin den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterlegen. Die Betriebsorganisation und der Geschäftsablauf hätten somit letztlich in der Hand des Mehrheitsgesellschafters gelegen. Folglich habe die Klägerin sich nicht in eine eigene, selbst gegebene, sondern in eine vorgegebene, fremde Betriebsorganisation eingefügt, so dass die funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess

gegeben und die Arbeitsleistung der Klägerin demnach fremdbestimmt gewesen sei. Der Hinweis, dass der Mehrheitsgesellschafter keinerlei Weisungen und Kontrollen ausgeübt habe, führe nicht zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Als Geschäftsführerin habe die Klägerin zu den leitenden Angestellten gehört; eine eigenverantwortliche, selbstbestimmte Arbeit sei für diesen Personenkreis typisch. Der Zugehörigkeit von Geschäftsführern zu den abhängig Beschäftigten stehe deshalb nicht entgegen, wenn sie in der Regel keinen Weisungen Dritter bezüglich Zeit, Art und Ort ihrer Arbeitsleistung unterlägen. Ebenso führe das Vorliegen einschlägiger Branchenkenntnisse nicht zu einer anderen Beurteilung. Es sei durchaus üblich, dass Geschäftsführer spezielle Fachkenntnisse aufwiesen und diese seien vielfach gerade Voraussetzung für die Übertragung dieser Aufgabe. Die Abhängigkeit der Geschäftsführertätigkeit komme dagegen gerade dadurch zum Ausdruck, dass die Klägerin nach dem Geschäftsführervertrag ihre gesamte Arbeitskraft sowie Kenntnisse und Erfahrungen in den Dienst der Gesellschaft zu stellen gehabt habe. Zudem fehle das die selbstständige Tätigkeit kennzeichnende Unternehmerrisiko. Die Klägerin habe unabhängig von der Ertragslage eine gleichbleibende monatliche Vergütung von 3.400,00 € erhalten. Allein die Tatsache, dass sie eine Tantieme erhalten habe, sei für die Annahme eines unternehmerischen Risikos nicht ausreichend. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die Zahlung einer Tantieme für leitende Angestellte durchaus üblich sei. Weiterhin habe die Klägerin einem Wettbewerbsverbot unterlegen, was ein sehr wesentliches Kriterium für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sei. Im Übrigen sprächen für die Beurteilung der Geschäftsführertätigkeit als abhängiges Beschäftigungsverhältnis der vertraglich eingeräumte Urlaubsanspruch von 30 Tagen jährlich, die Fortzahlung von Bezügen im Krankheitsfall für die Dauer von 6 Wochen, die Abführung von Lohnsteuern, die Verbuchung der Vergütung als Lohn/Gehalt, die Zahlung von Weihnachts- und Urlaubsgeld sowie die jederzeit mögliche Abberufung als Geschäftsführerin.

Mit im Wesentlichen derselben Begründung entschied die Beklagte mit Bescheid vom 17.09.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.02.2009,

dass die Klägerin auch ab dem 07.08.2008 als Arbeitnehmerin grundsätzlich kranken-, pflege-, renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig sei.

Gegen beide Bescheide hat die Klägerin am 12.03.2009 Klage erhoben. Das Sozialgericht für das Saarland (SG) hat beide Klagen miteinander verbunden (Verbindungsbeschluss vom 08.09.2009).

Die Klägerin hat vorgetragen, die Firma fertige Maschinenbauteile in Litauen und Weißrussland für Inlandsfirmen. Der Arbeitsbereich des Vaters umfasse den Auslandsbereich. Ihr Aufgabengebiet sei der komplette kaufmännische Teil wie auch die Materialkontrolle und Auftragsabwicklung im Inland. Sie arbeite mit ihrem Vater Hand in Hand, aber jeder habe seinen eigenen Verantwortungsbereich und es herrsche ein gleichberechtigtes Nebeneinander. Auch sei sie als Ingenieurin in der Lage, die gelieferten Maschinenbauteile auf Ordnungsmäßigkeit zu kontrollieren. Sie könne ihre Tätigkeit in Bezug auf die Arbeitszeit, Arbeitsdauer und Ort der Arbeitsausführung selbstständig und frei wählen. Sie sei insbesondere nicht an Vorgaben ihres Vaters gebunden. Ihre wöchentliche durchschnittliche Arbeitszeit betrage 60 Stunden, wobei nach Lage diese Arbeitszeit teilweise unter-, teilweise überschritten werde. Gleiches gelte für die monatlichen Privatentnahmen sowie den Urlaub. Zwar sehe der Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrag hier Regelungen vor, die von ihr allerdings tatsächlich nur insoweit hätten umgesetzt werden können, wie die Geschäftslage des Unternehmens dies erlaubt habe. Sie habe auch ein erhebliches Unternehmerrisiko getragen, da die tatsächlichen monatlichen Entnahmen regelmäßig von der Auftragslage abhängig gewesen seien. Sie sei neben ihrem Vater als gleichberechtigte Gesellschafterin tätig gewesen, die eigenverantwortlich und selbstständig habe Entscheidungen treffen können. Ihr Vater sei mit der Kundenbetreuung im Bundesgebiet befasst gewesen, wogegen ihre Aufgabe darin bestanden habe, die im Bundesgebiet eingeholten Aufträge an entsprechende Firmen im Ausland weiterzuvermitteln. So habe der Geschäftsablauf quasi Hand in Hand abgewickelt werden können, wobei der eine Aufgabenbereich ohne den anderen nicht hätte bestehen können. Beide Gesellschafter seien für das Betriebsergebnis zu gleichen Teilen verantwortlich gewesen. So hätten die

beiden Gesellschafter beispielsweise in auftragsschwachen Zeiten auf die Auszahlung von Tantiemen verzichtet. Dass sie und ihr Vater gleichberechtigte Partner bei Gesellschaftsentscheidungen gewesen seien, werde dadurch deutlich, dass ihr Vater alleine keine Satzungsänderungen oder die Auflösung der Gesellschaft hätte herbeiführen können. Die Beklagte habe bei ihrer Entscheidung auch außer Acht gelassen, dass sie für ihre private Altersvorsorge und im Falle eines Unfalls sich bereits selbst abgesichert habe. Insgesamt bringe sie für ihre Altersvorsorge und Unfallabsicherung einen jährlichen Betrag in Höhe von 5.480,64 € auf. Zudem sei in dem im Streit stehenden Zeitraum das Verhältnis zwischen ihr und ihrem Vater durch familiäre Rücksichtnahme geprägt gewesen. Am 05.09.2008 habe sie eine Bürgschaft in Höhe von 8.800,00 € zugunsten der Beigeladenen zu 3) übernommen. Am 17.02.2009 habe sie zusammen mit ihrem Vater eine weitere selbstschuldnerische Bankbürgschaft in Höhe von 100.000,00 € übernommen. Bereits bei Eintritt in die Gesellschaft habe festgestanden, dass sie die Firma und somit auch die gesamten Anteile der Firma übernehmen werde, was zudem auch testamentarisch festgehalten worden sei. Dadurch habe sichergestellt werden sollen, dass sie auch langfristig den bereits bestehenden Kundenstamm halten könne und zudem keine für den Geschäftsablauf unnötigen und störenden Rückfragen der Geschäftspartner aufkämen. Sie habe von Anbeginn eine Schlüsselposition in dem Unternehmen innegehabt, ohne die ihr Vater und Mitgesellschafter nicht in der Lage gewesen wäre, das Unternehmen zu führen. Im Jahr 2009 habe sie keinen Urlaub genommen und hierfür keine Entschädigung erhalten, wie dies beispielsweise bei Arbeitnehmern der Fall gewesen wäre. Bei einer GmbH sei die Verbuchung der Geschäftsführervergütung als Lohn/Gehalt sowie die Abführung von Lohnsteuer steuerrechtlich zwingend erforderlich. Das heiße, dass die Vergütung der Gesellschafter-Geschäftsführer unabhängig von deren Gesellschafteranteilen immer lohnsteuerpflichtig sei. Sie habe auch das für die Selbstständigkeit typische Unternehmerrisiko getragen. So habe sie 2009 nicht die vereinbarte Vergütung in Anspruch nehmen können. Aufgrund der wirtschaftlichen Situation sei der Vergütungsanspruch 2009 zweimal reduziert worden. Zudem seien die Zahlungen erst verspätet erfolgt.

Zum 01.04.2010 hat die Klägerin die Krankenkasse gewechselt. Seit dem 08.04.2010 verfügt sie über 51 % der Gesellschaftsanteile.

In der mündlichen Verhandlung hat der Vater der Klägerin angegeben, nachdem er in Rente gegangen sei und gewusst habe, dass seine Tochter alles könne, sei deren Anteil auf 51 % erhöht worden. Dies hätten sie aber vor allem auch deshalb gemacht, um dem Streit ein Ende zu machen. Sie hätten es bereits damals so aufgeteilt, wenn sie der Steuerberater über die Konsequenzen für eine mögliche Selbstständigkeit der Klägerin aufgeklärt hätte.

Mit Urteil vom 15.04.2011 hat das SG den Bescheid vom 07.05.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.02.2009 sowie den Bescheid vom 17.09.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.02.2009 aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin bei ihrer Tätigkeit für die Firma

GmbH in der Zeit vom 01.12.2002 (Schreibfehler; gemeint ist 01.12.2007, wie dies von der Klägerin auch beantragt worden ist) bis 05.08.2008 und in der Zeit 06.08.2008 bis 31.03.2010 nicht der Sozialversicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin habe zwar aufgrund ihrer Stimmanteile keine bestimmende Macht gehabt, da ihr Vater bis zum genannten Endzeitpunkt zumindest 51 % der Anteile gehalten habe und somit – mit Ausnahme beispielsweise der Auflösung der Gesellschaft – die Geschicke dieser hätte allein entscheiden können. Eine solch bestimmende Stellung des Vaters wiege schwer, wie die Beklagte zu Recht angenommen habe. Allerdings sei sie hier auch das einzige Argument für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Denn ansonsten sei die Klägerin - wie sich aus der Aktenlage und ihren glaubhaften Angaben bei der informatorischen Befragung im Rahmen der mündlichen Verhandlung ergeben habe - völlig frei von jeder Weisung gewesen. Im Zusammenspiel von Vater und Tochter habe der Vater eben nicht die Zügel letztendlich in der Hand behalten. Vielmehr hätten die Klägerin und er völlig gleichberechtigt in ihren jeweiligen Gebieten und auch in ihren jeweiligen Projekten völlig selbstständig und ohne etwaige Entscheidungen des jeweils anderen agiert. Hieraus werde für die Kammer

ersichtlich, dass die Klägerin ebenso wie ihr Vater - unabhängig von ihrem jeweiligen Gesellschaftsanteil - ebenfalls die Geschicke der Beigeladenen zu 3) bestimmt habe. Aufgrund der zusätzlichen Ausbildung der Klägerin habe sie darüber hinaus über den ingenieur-fachlichen Bereich auch den kaufmännischen Bereich abdecken können, was ihr sogar einen gewissen Vorsprung in der Leitung der Beigeladenen zu 3) gegenüber dem Inhaber der Mehrheitsanteile – ihrem Vater – verschafft habe. Jedenfalls aber sei sie - und dies sei ebenso gewollt wie offensichtlich gewesen – keinerlei Weisungen des Mehrheitsanteilseigners unterworfen gewesen. Wenn aber auch in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen die Abhängigkeit unter Eheleuten oder Verwandten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt sein könne und deshalb ein eventuelles Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werde, so dürfe es doch nicht wie vorliegend an allen Anzeichen hierfür mangeln. Hinzu komme, dass die Klägerin der Beigeladenen zu 3) im zweiten eingeklagten Zeitraum eine Bürgschaft in großer Höhe gewährt habe, welche gemeinsam mit dem auf Grund der Gewinnsituation der Beigeladenen zu 3) öfter wechselnden Gehalt ein zu berücksichtigendes Unternehmerrisiko darstelle. Nach alledem habe für die Kammer festgestanden, dass die Klägerin im streitgegenständlichen Gesamtzeitraum für die Beigeladene zu 3) selbständig tätig gewesen sei, da die hierfür sprechenden Umstände diejenigen. welche für eine abhängige Beschäftigung sprächen, bei weitem überwögen.

Gegen das ihr am 07.06.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 27.06.2011 Berufung eingelegt.

Zur Begründung trägt sie vor, der Klägerin sei als Minderheitsgesellschafterin keine Rechtsmacht zugekommen, ihr unter Umständen nicht genehme Entscheidungen des aktiv geschäftsführenden Vaters zu verhindern. Dass der Mehrheitsgesellschafter konkret keine Entscheidungen gegen den Willen der Klägerin getroffen haben möge, sei hierbei ohne Belang. Die Nichtausübung eines Rechts sei bei bestehender Rechtsposition unbeachtlich. Besondere Umstände, die eine andere Auffassung rechtfertigen könnten, seien hier nicht ersichtlich. Vielmehr handele es

sich hier um den typischen Fall des in die unternehmerische Stellung hineinwachsenden Kindes, das zeitweilig noch als Minderheitsgesellschafter/in fungiert habe.

Die Beklagte beantragt schriftsätzlich,

das Urteil des Sozialgerichts für das Saarland vom 15.04.2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Die übrigen Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten; der Inhalt der Beiakten war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

### Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist begründet.

Personen, die sich in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis befinden, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch <SGB V>, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch <SGB XI>; § 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch <SGB VI>; § 25 Abs. 1 Satz 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch <SGB III>). Beschäftigung in diesem Sinne ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 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 dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. 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. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, wie es tatsächlich vollzogen wird.

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. BSG, Urteil vom 25.01.2006, B 12 KR 30/04 R m.w.N.).

Bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH liegt regelmäßig eine abhängige Beschäftigung vor, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor, die eine Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern im Einzelfall aufheben. In gleicher Weise muss auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen, für den Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen werden. Eine abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor, weil der tatsächliche Einfluss des Geschäftsführers auf die Willensbildung der Gesellschaft es ihm gestattet, nicht genehme Weisungen zu verhindern (vgl. BSG, Urteil vom 06.03.2003 – B 11 AL 25/02 R Rdnr. 17; vom 30.06.1999 – B 2 U 35/98 R Rdnr. 23). Dies kann z.B. der Fall sein, wenn zwar nicht er selbst, jedoch seine Familie über die Kapitalmehrheit verfügt, und ihm von den übrigen Familienmitgliedern freie Hand gelassen wird. Ebenso, wenn er auch als externer (angestellter) Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig sind. Hierbei ist entscheidend, ob nach dem Gesamtbild der Geschäftsführer aufgrund des Gesellschaftsvertrages sowie des Geschäftsführervertrages von der Gesellschaft persönlich abhängig ist (vgl. BSG, Urteil vom 30.06.1999 aaO).

Davon ausgehend war die Klägerin sowohl im Zeitraum 01.12.2007 bis 06.08.2008 (1) als auch im Zeitraum 07.08.2008 bis 31.03.2010 (2) als Arbeitnehmerin bei der Beigeladenen zu 3) beschäftigt.

1. Für den Zeitraum 01.12.2007 bis 06.08.2008 bestimmen sich die rechtlichen Beziehungen der Klägerin zu der Beigeladenen zu 3) nach dem Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrag vom 26.11.2007. Die in diesem Vertrag enthaltenen Regelungen sind für die Beurteilung hier maßgebend. Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 BGB) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären. Eine formlose Abbedin-Abreden der entsprechenden des schriftlichen Gesellschaftergung Geschäftsführer-Vertrages ist schon nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da nach § 6 des Vertrages Änderungen der Schriftform bedürfen.

Die in dem Vertrag getroffenen Regelungen sprechen für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung. So ist die Klägerin verpflichtet, ihre gesamte Arbeitskraft und ihre gesamten Kenntnisse und Erfahrungen der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Sie ist zwar an betriebliche Arbeitszeiten nicht gebunden. Dieser Umstand verliert jedoch an Bedeutung, weil die Klägerin gehalten ist, jederzeit, wenn und soweit das Wohl der Gesellschaft es verlangt, zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen (§ 2 Arbeitsleistung), und die wöchentliche Arbeitszeit ist auf 60 Stunden festgesetzt (§ 4 Arbeitszeit, Urlaub).

Weiterhin hat die Klägerin einen Anspruch auf Urlaub (§ 4 Arbeitszeit, Urlaub) und auf ein festes Monatsgehalt in Höhe von 3.400,-- € brutto sowie auf Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld (§ 5 Bezüge des Geschäftsführers). Dies ist ebenso arbeitnehmertypisch wie der ebenfalls in § 5 geregelte Anspruch auf Gehaltsfortzahlung für die Dauer von 6 Wochen im Krankheitsfall. Dass in dem Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrag eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB vorgesehen war, ist bei einer kleineren GmbH nicht untypisch und deutet deshalb nicht zwingend auf eine selbstständige Tätigkeit hin (vgl. BSG, Urteil vom 06.03.2003 – B 11 AL 25/02 R Rdnr. 18).

Als Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist weiter zu werten, dass die Vergütung der Klägerin als Lohn/Gehalt verbucht wurde sowie Lohnsteuer entrichtet wurde. Der Vortrag der Klägerin, dass die Vergütung der Gesellschafter/Geschäftsführer unabhängig von deren Gesellschafteranteilen immer lohnsteuerpflichtig sei, ist unzutreffend (vgl. BFH, Urteil vom 20.10.2010 – VIII R 34/08 Rdnr. 22, 23 mit Verweis auf BFH, Urteil vom 10.03.2005 – V R 29/03).

Auch die Stellung der Klägerin als Gesellschafterin der Beigeladenen zu 3) lässt nicht den Schluss zu, dass die Klägerin selbstständig war. Sie besaß lediglich 30 % der Anteile und verfügte nicht über eine Sperrminorität.

Besondere Umstände, die den Schluss zuließen, es fehle an einer Weisungsgebundenheit, liegen nicht vor. Die Klägerin sollte von ihrem Vater das Unternehmen übernehmen, was auch testamentarisch vereinbart worden war. Soll ein Familienangehöriger auf die Unternehmensnachfolge vorbereitet werden, stellt grundsätzlich erst eine rechtlich durchgeführte und damit vollzogene Betriebsübergabe einen wirklichen Einschnitt in der Unternehmensnachfolge dar. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht das (möglicherweise faktisch nicht mehr ausgeübte) Weisungsrecht des (bisherigen) Betriebsinhabers gegenüber dem Familienangehörigen fort (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.05.2010 – L 11 KR 1423/08, Rdnr. 38; Beschluss vom 15.04.2011 - L 11 KR 3422/10 Rdnr. 35; vgl. auch BSG, Urteil vom 30.01.1990 - 11 RAr 47/88 Rdnr 24). Dem entspricht auch die Vorgehensweise der Klägerin und ihres Vaters. Die Klägerin erhielt zunächst 30 % und dann 49 % der Anteile der GmbH. Erst nachdem der Vater in Rente gegangen war und wusste, dass die Klägerin alles kann, erhielt sie 51 % der Anteile. Soweit die Klägerin und ihr Vater vortragen, die Beteiligungsverhältnisse an der GmbH seien für sie nicht wichtig gewesen und sie hätten der Klägerin von Anfang an einen Anteil von 51% eingeräumt, wenn sie über die statusrechtlichen Konsequenzen aufgeklärt worden wären, ist dies nicht nachvollziehbar. Bereits mit Bescheid vom 07.05.2008 wurde mitgeteilt, dass Geschäftsführer einer GmbH, die weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügen,

grundsätzlich abhängig beschäftigt sind. Dennoch wurde der Klägerin ab dem 07.08.2008 nur ein Gesellschaftsanteil von 49% ohne Sperrminorität eingeräumt.

Dass die Klägerin ihre Arbeit weitgehend selbstständig verrichtete, ohne dass es Weisungen ihres Vaters bedurfte, und sie auch aufgrund ihrer Ausbildung über das entsprechende Know-how verfügte, genügt nicht für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Dies ist vielmehr typisch für die Tätigkeit eines leitenden Angestellten (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01.12.2010 – L 9 KR 664/07, Rdnr. 37). Anhaltspunkte, dass die Klägerin nach Belieben frei schalten und walten konnte und den anderen Gesellschafter der GmbH, nämlich ihren Vater, dominierte, liegen nicht vor. Dagegen spricht schon, dass die Klägerin nur über eine Teilzuständigkeit verfügte (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, aaO, Rdnr. 38; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25.11.2010 – L 16 KR 313/10 Rdnr. 45).

2. Auch im Zeitraum 07.08.2008 bis 31.03.2010 lag keine selbstständige Tätigkeit vor.

Die rechtlich relevanten Beziehungen der Klägerin zur Beigeladenen zu 3) bestimmen sich nach dem Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrag vom 07.08.2008. Auch hier fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 BGB) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären.

Aufgrund der Regelungen dieses Vertrages ist die Tätigkeit der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum als abhängige Beschäftigung zu bewerten. So ist in
§ 1 (Aufgabenbereich) das Tätigkeitsfeld der Klägerin klar umrissen. Danach obliegen ihr insbesondere alleinverantwortlich Vertrieb und Projektleitung Anlagenbau, die Überwachung der Buchhaltung und der EDV sowie der Einkauf der Gesellschaft. Dort ist auch ausdrücklich festgehalten, dass Weisungen der Gesellschafterversammlung von der Klägerin zu befolgen sind, soweit Vereinbarungen in

diesem Vertrag nicht entgegenstehen. Dies zeigt deutlich, dass die Klägerin weiterhin weisungsabhängig sein sollte. In § 2 Ziffer 3 des Vertrages ist die Pflicht der Klägerin festgehalten, dass sie den Jahresabschluss sowie gegebenenfalls einen Lagebericht für das abgelaufene Geschäftsjahr aufzustellen und den Gesellschaftern unverzüglich nach Aufstellung vorzulegen hat.

Nach § 3 des Vertrages ist die Klägerin verpflichtet, ihre ganze Arbeitskraft, Erfahrungen und Kenntnisse der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Sie ist zwar an eine bestimmte Arbeitszeit nicht gebunden. Dies verliert jedoch an Bedeutung, weil sie gehalten ist, jederzeit, wenn und soweit das Wohl der Gesellschaft es erfordert, zur Dienstleistung zur Verfügung zu stehen (§ 4).

Arbeitnehmertypisch ist wiederum, dass die Klägerin Anspruch auf ein festes Monatsgehalt (von 4.500,--€) sowie Weihnachtsgratifikation und Urlaubsgeld hat ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage der Beigeladenen zu 3) (§ 6 Ziff. 1). Der Anspruch auf eine gewinnabhängige Tantieme (§ 6 Ziff. 2) ist einem Wagniskapital nicht gleichzusetzen, sondern Ausdruck auch bei Arbeitnehmern verbreiteter leistungsorientierter Vergütungsbestandteile (vgl. BSG, Urteil vom 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R Rdnr. 16).

Ebenfalls arbeitnehmertypisch ist der Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall (geregelt in § 6 Ziff. 7) sowie der Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen, der abzugelten ist, wenn die Klägerin ihren Jahresurlaub aufgrund entgegenstehender Interessen der Gesellschaft nicht nehmen kann (§ 9).

Die Verbuchung der Vergütung erfolgte wiederum als Lohn/Gehalt und von der Vergütung wurde auch Lohnsteuer entrichtet, was als Indiz für eine abhängige Beschäftigung zu werten ist (s. oben).

Bezeichnend ist auch, dass die Klägerin im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung vom 03.09.2008 ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin für die Zeit sowohl ab dem 01.12.2007 als auch ab dem 07.08.2008 als "nichtselbstständig" eingeschätzt hat.

Auch die Stellung der Klägerin als Gesellschafterin der Beigeladenen zu 3) rechtfertigt es nicht, ihre Tätigkeit als selbstständige Tätigkeit einzuordnen. Die Klägerin hielt im streitgegenständlichen Zeitraum (bis 31.03.2010) lediglich 49 % der Anteile. Eine Sperrminorität ist in dem Gesellschaftsvertrag vom 07.08.2008 nicht vereinbart. Die Klägerin war somit nicht in der Lage, ihr unliebsame Weisungen zu unterbinden. Lediglich die Beschlussfassung über die Änderung der Satzung und die Auflösung der Gesellschaft bedarf einer qualifizierten Mehrheit von ¾ des Stammkapitals (§ 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages).

Anhaltspunkte, dass die Klägerin entgegen den vertraglichen Regelungen nach ihrem Belieben frei schalten und walten oder die Gesellschaft dominieren konnte, liegen nicht vor. Insoweit kann auf das bereits für den Zeitraum 01.12.2007 bis 06.08.2008 Gesagte verwiesen werden. In diesem Zusammenhang verkennt der Senat nicht, dass es durchaus Aspekte gibt, die die Klägerin von einem normalen Arbeitnehmer unterscheiden. So hat die Klägerin insbesondere im Jahr 2009 aufgrund der angespannten wirtschaftlichen Lage der Beigeladenen zu 3) auf Teile der Vergütung und des zustehenden Urlaubs verzichtet. Darüber hinaus hat sie auch Sicherheiten in Form zweier Bürgschaften geleistet. Andererseits ist zu bedenken, dass es durchaus häufig vorkommt, dass Arbeitnehmer auf Teile der Vergütung verzichten, wenn ihr Betrieb in wirtschaftlicher Notlage ist, um so ihren Arbeitsplatz zu erhalten. Auch die Gewährung von Sicherheiten zwingt nicht zu der Annahme, dass die Klägerin eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt hat. Denn die Gewährung von Darlehen bzw. Sicherheiten unter Familienangehörigen ist mit der Gewährung eines Darlehens oder einer Sicherheit durch einen fremden Arbeitnehmer, der Nichtangehöriger des Unternehmensinhabers ist, nicht zu vergleichen. Familienmitglieder und insbesondere auch potentielle Erben haben in der Regel einen gesteigertes Interesse an dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens, ohne dass hieraus ein wesentliches Unternehmerrisiko folgt (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.08.2010 – L 1 KR 140/10 Rdnr. 35; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.02.2010 – L 11 KR 2460/09 Rdnr. 36).

Ob die Klägerin bereits private Vorsorge getroffen hat, spielt für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 3) keine Rolle.

Insgesamt ist die Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen zu 3) im gesamten Zeitraum vom 01.12.2007 bis 31.10.2010 als abhängige Beschäftigung einzustufen.

Die Berufung der Beklagten hat somit Erfolg.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Sozialgerichtsgesetz (SGG).

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

### Rechtsmittelbelehrung und Erläuterung zur Prozesskostenhilfe

### I. Rechtsmittelbelehrung

Dieses Urteil kann nicht mit der Revision angefochten werden, weil sie gesetzlich ausgeschlossen und vom Landessozialgericht nicht zugelassen worden ist.

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Revision nur zu, wenn sie nachträglich vom Bundessozialgericht zugelassen wird. Zu diesem Zweck kann die Nichtzulassung der Revision durch das Landessozialgericht mit der Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde muss von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten eingelegt werden.

Als Prozessbevollmächtigte sind zugelassen:

- 1. Rechtsanwälte,
- Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen,
- 3. selbstständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
- 4. berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
- Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
- 6. Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,
- 7. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in den Nrn. 3 bis 6 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die Organisationen zu Nrn. 3 bis 7 müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der nach Maßgabe der Nrn. 1 bis 7 zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten; er muss durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen. Sie muss innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim Bundessozialgericht eingehen.

Postanschriften:

bei Brief und Postkarte

<u>bei Eilbrief, Telegramm, Paket und Päckchen</u> Graf-Bernadotte-Platz 5

34114 Kassel

34119 Kassel

Die elektronische Form wird nur durch eine qualifiziert signierte Datei gewahrt, die nach den Maßgaben der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundessozialgericht (ERVVOBSG) vom 18. Dezember 2006 (BGBI I 3219) in den elektronischen Gerichtsbriefkasten zu übermitteln ist. Einzelheiten des Übermittlungsverfahrens und technische Anforderungen enthält das Internetportal des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs (www.egvp.de).

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils von einem zugelassenen Prozessbevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) zu begründen.

In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder ein Verfahrensmangel, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann, bezeichnet werden.

Als Verfahrensmangel kann eine Verletzung der §§ 109 und 128 Abs.1 Satz 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) nicht und eine Verletzung des § 103 SGG nur gerügt werden, soweit das Landessozialgericht einem Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist.

Bei Zustellungen ins **Ausland** gilt anstelle der oben genannten Beschwerdefrist von einem Monat eine Frist von **drei Monaten** und anstelle der oben genannten Beschwerdebegründungsfrist von zwei Monaten eine Frist von **vier Monaten**.

### II. Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

Für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision kann Prozesskostenhilfe mit Beiordnung eines Rechtsanwalts beantragt werden.

Der Antrag kann von dem Beteiligten persönlich gestellt werden; er ist beim Bundessozialgericht schriftlich, in elektronischer Form (s.o.) oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle zu stellen.

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen; hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen. Der Vordruck kann von allen Gerichten und ggf. durch den Schreibwarenhandel bezogen werden. Er kann auch über das Gerichtsportal des Bundessozialgerichts (www.bsg.bund.de) ausgedruckt werden (→Das Gericht →Zugang zur Revisionsinstanz →Prozesskostenhilfe).

Falls die Beschwerde nicht schon durch einen zugelassenen Bevollmächtigten eingelegt ist, müssen der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst entsprechenden Belegen bis zum Ablauf der Frist für die Einlegung der Beschwerde beim Bundessozialgericht eingehen. Soll der Vordruck beim Bundessozialgericht in elektronischer Form eingelegt werden, ist ein Vordruck in Papierform auszufüllen, zu unterzeichnen und mittels Einscannen in einen Datei umzuwandeln, die qualifiziert signiert ist und nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundessozialgericht in den elektronischen Gerichtsbriefkasten zu übermitteln ist.

(Belz)

(Rauch)

(Kirchdörfer)

Der Beschwerdeschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigefügt werden.

Das Bundessozialgericht bittet darüber hinaus um je zwei weitere Abschriften.