
Datum: 14.05.2014
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 8 R 311/13
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2014:0514.L8R311.13.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 29 R 1177/12
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 12 R 36/14 B
Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 5.2.2013 geändert und die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt die Klägerin 5/8, die Beklagte 3/8, mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens (§ 7a Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch [SGB IV]) über die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) als mitarbeitender Treugeber eines Stammkapitalanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung in dem Zeitraum vom 1.9.2011 bis zum 16.12.2012. Die Klägerin ist mit notariellem Gesellschaftsvertrag vom 16.11.2009 gegründet und am 19.3.2010 in das Handelsregister (Amtsgericht [AG] Bonn [HRB 17536]) eingetragen worden. Gegenstand des Unternehmens sind die Beratung und Dienstleistungen aller Art im IT-Bereich (§ 2 des Gesellschaftsvertrages). Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000,00 EUR, welches in zwei Geschäftsanteilen von jeweils 12.500,00 EUR zunächst von Herrn S X übernommen

2

worden ist (§ 3 Satz 1 und 3 des Gesellschaftsvertrages). Gemäß § 4 des Gesellschaftsvertrages sind eine entgeltliche und unentgeltliche Veräußerung sowie die Belastung von Geschäftsanteilen nur mit Zustimmung aller Gesellschafter zulässig. Gemäß § 5 Satz 9 des Gesellschaftsvertrages entfallen auf 50,00 EUR Geschäftsanteile eine Stimme. Die Geschäftsführer der Gesellschaft werden von den Gesellschaftern bestellt und abberufen. Der Abschluss, die Änderung und die Lösung des Anstellungsvertrages eines Geschäftsführers obliegen den Gesellschaftern (§ 6 des Gesellschaftsvertrages). Mit Gesellschafterbeschluss vom 16.11.2009 ist Herr Wittlich zum alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer der Klägerin bestellt worden. Mit weiterem notariellen Vertrag gleichen Datums vereinbarten der Beigeladene zu 1) als Treugeber und Herr X als Treuhänder einen Treuhandvertrag mit auszugsweise folgendem Inhalt: "1. Der Treuhänder hält für den Treugeber folgendes Treugut: Geschäftsanteil Nr. 2 in Höhe von 12.500,00 EUR an der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Gründung unter der Firma uim - User Interface Management - GmbH mit dem Sitz in C die gem. Urkunde des amtierenden Notars vom heutigen Tage, UR.Nr. 1579/2009 G durch den Treuhänder gegründet wurde. Hieraus folgt, dass der Treuhänder die Anweisungen des Treugebers hinsichtlich dieses Treugutes zu beachten hat und auch vor Ausübung von Gesellschafterrechten entsprechende Anweisungen des Treugebers einzuholen hat. Der Treuhänder hat seine Gesellschafterrechte im Interesse des Treugebers auszuüben. Gewinn und Verlust aus der Beteiligung stehen allein dem Treugeber zu. Der Treuhänder darf über das Treugut nur nach vorheriger Einwilligung des Treugebers verfügen." Mit Datum vom 1.9.2011 schlossen die Klägerin und der Beigeladene zu 1) einen als solchen bezeichneten "Mitarbeitervertrag" mit auszugsweise folgenden Regelungen: "§ 1 Herr C I wird als Mitarbeiter ab dem 01.09.2011 eingestellt. Er übernimmt als Director Finance and Operations Verantwortung für die korrekten kaufmännischen Abläufe und das Kundenmanagement der Gesellschaft. § 2 1. Dieser Vertrag beginnt ab dem 01.09.2011. 2. Der Vertrag ist auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. Er kann vom Mitarbeiter mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Kalendervierteljahres, erstmals jedoch zum 30.09.2012 gekündigt werden. Die Gesellschaft kann den Mitarbeitervertrag nach den gesetzlichen Bestimmungen kündigen. 3. Die Kündigung des Vertrages bedarf der Schriftform. Die Kündigung durch den Mitarbeiter ist gegenüber der Geschäftsführung zu erklären. Die Kündigung durch die Gesellschaft erfolgt durch schriftliche Mitteilung der Geschäftsführung. 4. Nach einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung dieses Vertrages, gleich durch welche Partei, ist die Gesellschaft befugt, den Mitarbeiter von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Bezüge bis zur Beendigung dieses Anstellungsvertrages sofort freizustellen. § 3 Der Mitarbeiter erhält eine Vergütung von monatlich 10.000,00 EUR brutto. § 4 Herr C-I erhält ab 2012 in den Kalenderjahren seiner Anstellung Urlaubsgeld in Höhe von 1,5 Brutto-Monatsgehälter. Auszahlung ist geplant für den jeweiligen Oktober. § 5 Herr C-I erhält ab 2012 in den Kalenderjahren seiner Anstellung ein 13tes Monatsgehalt in Höhe von 1,5 Brutto-Monatsgehälter. Auszahlung ist geplant für den jeweiligen Dezember. § 6 1. Im Fall der Erkrankung oder sonstigen unverschuldeten Dienstverhinderung werden dem Mitarbeiter seine vertragsgemäßen Bezüge gemäß den gesetzlichen Bestimmungen fortgezahlt. Für eine diesen Fortzahlungszeitraum übersteigende unverschuldete Dienstverhinderung wird dem Mitarbeiter auf die Dauer weiterer 24 Monate ein Zuschuss in Höhe der Differenz zwischen dem von den Trägern der gesetzlichen oder einer privaten Krankenversicherung gewährten Krankengeld und seinem monatlichen Nettogehalt gezahlt. Verstirbt der Mitarbeiter während der Dauer dieses Anstellungsvertrages, so wird seiner Schwester, Frau O C-I die Vergütung gem. § 3 Abs. 1 für den auf den Sterbemonat folgenden 24 Monate fortgezahlt. Ist die Schwester zu diesem Zeitpunkt bereits verstorben, erhalten die Erben (siehe Testament bei Notar Dr. S & H, C) die Vergütungsfortzahlung. 2. Die Gesellschaft wird den Mitarbeiter in dem für Mitarbeiter der

Gesellschaft üblichen Rahmen gegen Unfall versichern. § 7 Der Mitarbeiter hat Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Die beabsichtigte Urlaubszeit ist mit den übrigen Mitarbeitern abzustimmen. Überschneidungen sind auszuschließen. § 8 Während der Dauer dieses Vertrages wird sich der Mitarbeiter an Unternehmen, die mit der Gesellschaft in Wettbewerb stehen oder mit denen die Gesellschaft Geschäftsverbindungen unterhält nur unmittelbar oder mittelbar beteiligen, wenn die Geschäftsführung dem zustimmt. Hier reicht eine Information des Mitarbeiters an die Geschäftsführung (schriftlich, mind. per email). § 9 Der Mitarbeiter ist darf Nebentätigkeiten aller Art ausüben und die Gesellschaft und die Geschäftsführung genehmigen diese uneingeschränkt, solange diese als Nebentätigkeiten geführt werden. § 10 Der Mitarbeiter ist verpflichtet, gegenüber Dritten über alle Angelegenheiten der Gesellschaft strengstes Stillschweigen zu bewahren. Diese Verpflichtung besteht auch nach seinem Ausscheiden aus den Diensten der Gesellschaft. § 11 Dem Mitarbeiter wird ein Dienstwagen zur Verfügung gestellt. ()." Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Mitarbeitervertrages vom 1.9.2011 Bezug genommen. Am 11.10.2011 beantragte der Beigeladene zu 1) für die Klägerin schriftlich die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Formularantrages Bezug genommen. Nachdem die Beklagte die Klägerin und den Beigeladenen zu 1) mit Schreiben vom 7.12.2011 zu der Absicht angehört hatte, das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses des Beigeladenen zu 1) feststellen zu wollen, stellte sie mit der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) gegenüber bekannt gegebenen Bescheiden vom 10.1.2012 fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als "mitarbeitender Gesellschafter" bei der Klägerin seit dem 1.9.2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Mit weiterem Verfügungssatz bestimmte sie, dass in diesem Beschäftigungsverhältnis Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Die Versicherungspflicht beginne am 1.9.2011. Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus: Bei mitarbeitenden Gesellschaftern liege eine abhängige Beschäftigung nicht vor, wenn der mitarbeitende Gesellschafter persönlich unbeschränkt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte, nur nach dem Gesellschaftsvertrag zur Mitarbeit berechtigt und verpflichtet sei, für seine Mitarbeit nur einen höheren Gewinnanteil bzw. eine gewinnabhängige Vergütung erhalte oder die Geschicke der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag maßgeblich beeinflussen könne. Vorliegend spreche zugunsten eines Beschäftigungsverhältnisses der Abschluss eines gesonderten Arbeitsvertrages, der die Mitarbeit des Beigeladenen zu 1) in der Gesellschaft regle. Dieser enthalte arbeitsvertragstypische Regelungen zum Urlaubsanspruch und über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Arbeitsunfähigkeit. Für die Tätigkeit werde dem Beigeladenen zu 1) eine monatliche Vergütung in Höhe von 10.000,00 EUR gezahlt. Zwar spreche für eine selbständige Tätigkeit, dass der Beigeladene zu 1) aufgrund eines Treuhandvertrages mit 50 v.H. am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt und nach seinen Angaben hinsichtlich Zeit, Ort und Art seiner Tätigkeit keinen Weisungen durch den Auftraggeber unterworfen sei. Bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Umstände überwögen jedoch die für eine Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) sprechenden Merkmale. Aufgrund des Kapitaleinsatzes des Beigeladenen zu 1) als Treugeber im Umfang von 50 v.H. des Gesamtkapitals und des daraus resultierenden Stimmrechtsanteils sei es ihm nicht möglich, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich zu beeinflussen. Er könne zwar Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern, aber den Geschäftsbetrieb weder bestimmen noch einen maßgeblichen gestalterischen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen, da er kein Geschäftsführer sei. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage der Beigeladene zu 1) zudem kein die selbständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Wenngleich ihm hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und in Bezug auf die Ausübung der Tätigkeit weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen sei, bleibe seine Arbeitsleistung fremdbestimmt, da

sie sich in eine von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Beigeladene zu 1) nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe, weshalb er trotz der ihm eingeräumten gestalterischen Freiheiten der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung unterliege. Dieses gelte auch, wenn diese Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis keinen Gebrauch machten. Die Versicherungspflicht beginne am 1.9.2011. Ein späterer Eintritt der Versicherungspflicht in Anwendung des § 7a Abs. 6 SGB IV komme nicht in Betracht, weil der am 11.10.2011 gestellte Antrag auf Statusfeststellung nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses zum 1.9.2011 gestellt worden sei. Hiergegen erhoben die Klägerin und der Beigeladene zu 1) am 23.1.2012 Widerspruch zu deren Begründung sie im Wesentlichen ausführten: Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) sei hinsichtlich ihrer tatsächlichen Ausgestaltung mit der des Geschäftsführers der Klägerin identisch. Zudem bestimme der notarielle Treuhandvertrag vom 16.11.2009 in dessen § 1 Abs. 2, dass der Treuhänder die Anweisungen des Treugebers hinsichtlich des Treugutes zu beachten, vor Ausübung von Gesellschaftsrechten entsprechende Anweisungen des Treugebers einzuholen und seine Gesellschaftsrechte im Interesse des Treugebers auszuüben habe. Gewinn und Verlust aus der Beteiligung stünden allein dem Beigeladenen zu 1) zu. Aus diesen Regelungen folge, dass Letzterer in gleicher Weise wie der Gesellschafter Wittlich die wirtschaftliche Verantwortung der Gesellschaft übernehme und in gleichwertigem Maße die Geschicke der Gesellschaft bestimme. Dem entspreche es, dass unternehmerische Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft einstimmig getroffen würden. Mit zwei im Wesentlichen gleich lautenden Widerspruchsbescheiden vom 18.7.2012 wies die Beklagte die Widersprüche der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) unter Vertiefung der Ausführungen der Ausgangsbescheide zurück. Am 1.8.2012 hat die Klägerin vor dem Sozialgericht (SG) Köln Klage erhoben. Zur Begründung hat sie ihr Vorbringen aus dem Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Aufgrund des Anteils am Stammkapital im Umfang von jeweils 50 v.H. ergebe sich weder für den Beigeladenen zu 1) noch für den Gesellschafter Wittlich eine Weisungsgebundenheit oder eine Weisungsbefugnis gegenüber dem jeweils anderen. Beide Personen verantworteten im Unternehmen jeweils unterschiedliche Bereiche und bildeten gemeinsam die Geschäftsleitung der Klägerin. Sie seien für ihre jeweiligen Geschäftsbereiche eigenverantwortlich tätig und verfügten in ihrem Verantwortungsbereich über besonderes Fachwissen. Herr X vertrete die gesamte IT-Entwicklung, der Beigeladene zu 1) sei für die Finanzen und die Verwaltung als Director Finance and Operations verantwortlich. Insofern könne jeder Gesellschafter in seinem Verantwortungsbereich nach Belieben frei schalten und walten. Der Beigeladene zu 1) sei ebenso wie Herr X mit 50 v.H. am Gewinn und Verlust an der Klägerin beteiligt. In einem solchen Fall liege eine selbständige Tätigkeit eines mitarbeitenden Gesellschafters einer GmbH vor, auch wenn dieser nicht GmbH-Geschäftsführer sei. Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht aus dem notariellen Treuhandvertrag vom 16.11.2009. Ein solches Rechtsgeschäft sei dadurch gekennzeichnet, dass der Treugeber dem Treuhänder seinen Geschäftsanteil übertrage, ihn aber bei Ausübung der sich aus dem Außenverhältnis ergebenden Rechtsmacht im Innenverhältnis nach Maßgabe der schuldrechtlichen Treuhandvereinbarung beschränke. Mit notariellem Vertrag vom 17.12.2012 ist der Treuhandvertrag vom 16.11.2009 aufgehoben und der zuvor von Herrn X treuhänderisch verwaltete Geschäftsanteil in Höhe von 12.500,00 EUR an den Beigeladenen zu 1) übertragen worden. Zugleich ist mit Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 17.12.2012 der Beigeladene zu 1) mit Wirkung zum 17.12.2012 zum Geschäftsführer der Klägerin bestellt worden. Gleichzeitig vereinbarten

die Klägerin und der Beigeladene zu 1) einen Geschäftsführervertrag, auf dessen Inhalt wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG sind die Hauptbeteiligten sowie der Beigeladene zu 1) übereingekommen, dass sich die Regelungswirkung des Bescheides der Beklagten vom 10.1.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.7.2012 auf den Zeitraum vom 1.9.2011 bis zum 17.12.2012 beschränkt. Die Klägerin hat beantragt, den Bescheid vom 10.1.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.7.2012 aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter bei der Klägerin in der Zeit vom 1.9.2011 bis 17.12.2012 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat zur Begründung auf den Inhalt des angefochtenen Bescheides Bezug genommen. Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt. Mit Urteil vom 5.2.2013 hat das SG den Bescheid der Beklagten aufgehoben und festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1.9.2011 bis zum 17.12.2012 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliege. Der Annahme einer Versicherungspflicht stehe entgegen, dass der Beigeladene zu 1) nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin gestanden habe. Er - der Beigeladene zu 1) - habe aufgrund des Treuhandvertrages vom 16.11.2009 über eine Rechtsmacht verfügt, die es ihm - einer umfassenden gesellschaftsvertraglichen Sperrminorität qualitativ gleichwertig - ermöglicht habe, einen wesentlichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft auszuüben. Auf die Entscheidungsgründe im Übrigen wird Bezug genommen. Gegen das der Beklagten am 13.3.2013 zugestellte Urteil hat diese am 28.3.2013 Berufung eingelegt. Der Beigeladene zu 1) verfüge als mitarbeitender Treugeber eines Stammkapitalanteils von 50 v.H. ohne Geschäftsführerfunktionen über keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, da er den Weisungen des geschäftsführenden Treuhänders unterliege. Er sei im streitigen Zeitraum nicht in der Lage gewesen, Abweichungen von der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung herbeizuführen, die die Dienstaufsicht über die Angestellten der laufenden Geschäftsführung, d.h. dem Geschäftsführer als dem zuständigen Organ zuweise. Das Bundessozialgericht (BSG) habe in seiner Entscheidung vom 29.8.2012 (B 12 R 14/10 R) betont, dass Organe einer juristischen Person nicht in einem rechtsfreien Raum bzw. der Beliebigkeit der Beteiligten unterstehenden Raum agieren könnten. Vielmehr seien die rechtlichen Rahmenbedingungen, wie sie insbesondere durch das Gesellschaftsrecht ausgestaltet seien, zu beachten. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Beklagte die Verfügungssätze des angefochtenen Bescheides dahingehend abgeändert, dass in dem Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung für die Zeit vom 1.9.2011 bis zum 16.12.2012 bestehe. Die Beklagte beantragt nunmehr, das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 5.2.2013 zu ändern und die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und vertieft ihre erstinstanzlichen Ausführungen. Weise eine Tätigkeit Merkmale auf, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Selbständigkeit hindeuteten, sei entscheidend, welche Merkmale überwiegen und der Arbeitsleistung ihr Gepräge gäben. Hiernach bestimme sich auch, ob ein Gesellschafter einer GmbH in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft stehe. Ein maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung schließe ein Beschäftigungsverhältnis aus, wenn der Gesellschafter Einzelanweisungen an sich jederzeit verhindern könne. Vorliegend sei der Beigeladene zu 1) als Geschäftsführer mit einem Anteil von 50 v.H. in der Lage, ihm nicht genehme Weisungen abzuwehren. Er verfüge mithin über die Rechtsmacht, ihn betreffende Weisungen als mitarbeitender Gesellschafter abzuwehren. Gegen seinen Stimmanteil könnten ihm nicht

genehme Weisungen nicht, auch nicht durch den Geschäftsführer Wittlich erteilt werden. Hieran ändere auch der notarielle Treuhandvertrag vom 16.11.2009 nichts, da der Treuhänder gemäß dieser Abrede hinsichtlich des Geschäftsanteils (Treugut) an Anweisungen des Beigeladenen zu 1) gebunden sei. Vor der Ausübung von Gesellschafterrechten, die mit dem Treugut verbunden seien, habe der Gesellschafter X die Anweisungen des Beigeladenen zu 1) einzuholen gehabt. Die Beigeladenen stellen keine Anträge. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung sind Vertreter der Beigeladenen zu 2) bis 4) trotz ordnungsgemäßer Terminsmitteilungen nicht erschienen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen. Dieser ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

3

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

4

Die gemäß §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte (§ 151 Abs. 1, Abs. 3 SGG) Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Köln vom 5.2.2013 ist begründet, nachdem die Beklagte die Verfügungssätze des Bescheides vom 10.1.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.7.2012 im Hinblick auf die ursprünglich unzulässig getroffene Feststellung des bloßen Elements des Vorliegens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl. hierzu BSG, Urteil v. 11.3.2009, B 12 R 11/07 R; Urteil v. 4.6.2009, B 12 R 6/08 R; Senat, Urteil v. 18.12.2013, L 8 R 683/13) sowie im Hinblick auf die wegen der Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze zu verneinende Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung neu gefasst hat. Durch die nunmehr gültige Fassung des Bescheides vom 10.1.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.7.2012 wird die Klägerin nicht i.S.d. § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG beschwert, weil er nicht rechtswidrig ist. Die Beklagte hat zu Recht nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1.9.2011 bis zum 16.12.2012 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung der Versicherungspflicht (§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch [SGB VI], § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch [SGB III]). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rspr. des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr.; vgl. zum Ganzen, z.B. BSG, Urteil v. 29.8.2012 - B 12 R 14/10 R, USK 2012-82; BSG, Urteil v.

5

25.4.2012 - B 12 KR 24/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009 - B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; Senat, Urteil v. 17.10.2012 - L 8 R 545/11 (juris); zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Bei der Feststellung des Gesamtbildes kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 14/10 R; BSG SozR 4-2400, § 7 Nr. 7 Rn. 17; ebenso Urteil v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R, USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008 - B 12 KR 13/07 R, Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild der bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, B 12 R 17/09 R, juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, L 8 (16) R 55/08, juris). Ausgangspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung, ob die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder als selbständige Tätigkeit ausgeübt wird, ist der zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) geschlossene "Mitarbeitervertrag" vom 1.9.2011. Dieser hat sowohl nach seiner äußeren Vertragsbezeichnung, als auch seinem Regelungsinhalt nach ein Arbeitsverhältnis zum Gegenstand. So erhält der Beigeladene zu 1) gem. § 3 des Mitarbeitervertrages eine gewinnunabhängige regelmäßige monatliche Vergütung in Höhe von 10.000,00 EUR, kann gemäß §§ 4 und 5 des Mitarbeitervertrages gewinnunabhängig ein Urlaubsgeld sowie ein 13. Monatsgehalt beanspruchen und genießt im Fall der Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Dienstverhinderung nach näherer Maßgabe des § 6 des Mitarbeitervertrages einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Auch § 7 des Mitarbeitervertrages, kraft dessen der Beigeladene zu 1) über einen Anspruch auf Jahresurlaub im Umfang von 30 Kalendertagen verfügt, spiegelt ein arbeitsvertragstypisches Element wider. Auf dieser vertraglichen Grundlage ist der Beigeladene zu 1) ab dem 1.9.2011 in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Klägerin, tatsächlich tätig geworden. Während dieser Tätigkeit war er umfassend in den Betrieb und folglich in eine ihm vorgegebene Organisation eingegliedert (vgl. BSG, Urteil v. 4.6.1998, B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 17 m.w.N.). Der Beigeladene zu 1) ist ausschließlich ausgehend von den Betriebsräumen der Klägerin und mit den dortigen Betriebsmitteln tätig geworden und hat gemäß § 1 Satz 2 des Mitarbeitervertrages in diesem betrieblichen Rahmen als "Director Finance and Operations" in Ausgestaltung eines funktionell umrissenen Aufgabenbereiches die Verantwortung für die korrekten kaufmännischen Abläufe und das Kundenmanagement übernommen. Hieran anknüpfend unterlag der Beigeladene zu 1) einem Weisungsrecht der Klägerin bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, da ihr allein die insoweit maßgebliche abstrakte Rechtsmacht zustand. Innerhalb der Gesellschaft stand die abstrakte Rechtsmacht zur Ausübung des Dienstverhältnisses des Beigeladenen zu 1)

betreffenden Weisungen deren Geschäftsführer zu. So oblag etwa die Kündigung des Beigeladenen zu 1) nach dem während des Streitzeitraums unverändert gebliebenen "Mitarbeitervertrag" vom 1.9.2011 allein der Geschäftsführung der Klägerin (§ 2 Nr. 3 Satz 3 des Mitarbeitervertrages). Hiermit korrespondierend bestimmte § 6 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages vom 16.11.2009, dass - lediglich - die Geschäftsführer von den Gesellschaftern bestellt und abberufen werden. Über die organschaftliche Stellung eines Geschäftsführers verfügte der Beigeladene zu 1) während des Streitzeitraums jedoch nicht. Nach dem Gesellschafterbeschluss der Klägerin vom 16.11.2009 ist zu deren Geschäftsführer zunächst allein Herr X ernannt worden. Der Beigeladene zu 1) hingegen ist erst durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 17.12.2012 mit Wirkung zum 17.12.2012 zum weiteren Geschäftsführer der Klägerin bestellt worden. Demgemäß bestimmt auch § 3 Abs. 4 Satz 1 des seither für den Beigeladenen zu 1) geltenden Geschäftsführervertrages vom 17.12.2012, dass dessen Bestellung zum Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafterversammlung widerrufen werden kann. Eine dieser Regelung entsprechende Vereinbarung galt im streitigen Zeitraum indessen nicht. Diese vertraglichen Regelungsstrukturen spiegeln die gesetzlichen Vorschriften des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) wider. Nach § 46 Nr. 5 GmbHG unterliegen die Bestimmung und die Abberufung von Geschäftsführern der Bestimmung durch die Gesellschafter. Die hiernach bestehende ausschließliche interne Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung erfasst alle das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers betreffenden Vereinbarungen sowie - vorbehaltlich abweichender individueller Satzungsregelungen - auch andere Rechtsgeschäfte, die mit der Organstellung des Geschäftsführers in Zusammenhang stehen (vgl. Bundesgerichtshof [BGH], Urteil v. 21.1.1991, II ZR 144/90, NJW 1991, 1680; Urteil v. 25.3.1991, II ZR 169/90, BGHZ 113, 237 = NJW 1991, 1727). Demgegenüber ist vor dem Hintergrund der fehlenden Betroffenheit der Organstellung eines Geschäftsführers vorbehaltlich - hier nicht verabredeter - anderweitiger Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Angestellten der GmbH demgegenüber Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung (BSG, Urteil v. 17.5.2001, B 12 KR 34/00 R; BSG, Urteil v. 23.6.1994, 12 RK 72/92, USK 9448 S. 253 = NJW 1994, 2974, 2975). Bei einem Gesellschafter ohne Bestellung zum Geschäftsführer schließt gleichwohl ein maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund einer Gesellschafterstellung ein Beschäftigungsverhältnis aus (BSG, Urteil v. 23.6.1994, 12 RK 72/92, Urteil v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R, Urteil v. 17.5.2001 - B 12 KR 34/00 R; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 19.5.2013, L 11 KR 257/12). Entgegen der Ausführungen der Klägerin war der Beigeladene zu 1) allerdings in dem streitbefangenen Zeitraum vom 1.9.2011 bis zum 16.12.2012 nicht in dem insoweit maßgeblichen rechtlichen Sinne Gesellschafter der Klägerin, weshalb ihm die gesellschaftsrechtlichen Steuerungs- und Stimmrechtsbefugnisse nicht zustanden. Dass der Beigeladene zu 1) - wie auch Ziffer 1 Abs. 3 Satz 2 des Treuhandvertrages bestimmte, wonach Gewinn und Verlust aus der Beteiligung allein dem Treugeber zustanden - in wirtschaftlichem Sinne beteiligt war, bleibt hiervon unberührt. Die für die Ausgestaltung der abstrakten Rechtsmacht maßgeblich rechtliche Gesellschafterstellung vermittelte dem Beigeladenen zu 1) insbesondere der zwischen ihm und dem Gesellschafter X geschlossene Treuhandvertrag vom 16.11.2009 nicht. Ein Treuhandverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass der Treugeber Vermögenswerte überträgt, ihn aber in Ausübung des sich hieraus ergebenden Außenverhältnisses (des Treuhänders zu Dritten) ergebenden Rechtsmacht im Innenverhältnis (Treuhänder zu Treugeber) nach Maßgabe der schuldrechtlichen Treuhandvereinbarung beschränkt (BGH, Urteil v. 11.10.1976, II ZR 119/75, BB 1977, 10 ff.; BSG, Urteil v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R unter Hinweis auf Bassenge, in Palandt, Kommentar zum BGB, 65. Aufl., § 903 Rn. 33 und BFH, Urteil v. 20.1.1999, I R 69/97). Aufgrund des Treuhandverhältnisses ist jedoch allein der Treuhänder, mithin der

Gesellschafter X, vollberechtigter und vollverpflichteter Gesellschafter, dem alle Mitgliedschaftsrechte aus dem Geschäftsanteil zustehen und den alle Pflichten aus dem Geschäftsanteil treffen (Seibt, in: Scholz [Hrsg.], GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 15 Rn. 228 m.w.N.; Görner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 15 Rn. 70). Eine maßgebende abstrakte Rechtsmacht zugunsten des Beigeladenen zu 1) vermittelt der Treuhandvertrag vom 16.11.2009 auch nicht etwa deshalb, weil der Gesellschafter X nach dessen Ziffer 1 Absatz 2 Anweisungen des Treugebers hinsichtlich des Treuguts zu beachten und vor Ausübung von Gesellschafterrechten Anweisungen des Treugebers einzuholen hat. Diese schuldrechtliche Vereinbarung ermöglicht es dem Beigeladenen zu 1) nicht, ihm unangenehme Weisungen jederzeit abzuwehren. Schon nach ihrem Wortlaut beschränkt sich die Regelung auf Anweisungen des Treugebers hinsichtlich des Treugutes sowie auf die Ausübung von Gesellschafterrechten. Etwaige an den Beigeladenen zu 1) gerichtete dienstaufsichtliche Weisungen betreffen jedoch weder das Treugut noch etwaige Gesellschafterrechte. Sie sind - wie vorstehend dargelegt - als Angelegenheit der laufenden Geschäftsführung Sache des Geschäftsführers (§ 35 GmbHG) und - mangels abweichender satzungsrechtlicher Bestimmungen - der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung (§ 47 Abs. 1 GmbHG) der Klägerin entzogen. Der Senat kann offen lassen, ob die hiernach bestehenden abstrakten Weisungsrechte der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen zu 1) tatsächlich ausgeübt worden sind. Selbst wenn dem nicht so wäre, ergäbe sich hieraus keine andere Beurteilung der Rechtslage. Vielfach werden Beschäftigte aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten eingestellt. In solchen Fällen ist ein stark abgeschwächtes Weisungsrecht für die ausgeübte Tätigkeit ebenso wie z.B. bei der Wahrnehmung von Tätigkeiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Dennoch werden auch Tätigkeiten für leitende Angestellte im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (st. Rspr. seit BSGE 16, 289, 294 = SozR Nr. 30 zu § 165 RVO und BSGE 21, 57, 58 f = SozR Nr. 2 zu § 2 AVG S. 4; in jüngerer Zeit z.B. BSG SozR 3-2940 § 3 Nr. 2 m.w.N.; BSGE 66, 168 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 1 und SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; vgl. - zum Fehlen einer Eingliederung einer hauswirtschaftlichen Familienbetreuerin - BSG, Urteil v. 28.9.2011, a.a.O., juris). Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der Renten- und Arbeitslosenversicherung (§ 1 Satz 4 SGB VI sowie § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III), die regelmäßig abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (st. Rspr. BSGE 65, 113, 116 f = SozR 2200 § 1248 Nr. 48; SozR 3-2400 § 7 Nr. 18; BSGE 100, 62 = SozR 4-2600 § 1 Nr. 3, Rdnr. 16; BSGE 107, 185 = SozR 4-2600 § 1 Nr. 6 Rdnr. 14). Allein weit reichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbständigen (BSG, Urteil v. 18.12.2001, a.a.O.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, a.a.O., juris). Der Senat braucht nicht darüber zu entscheiden, ob die von der Rspr. für die Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern bzw. mitarbeitenden Gesellschaftern entwickelten Grundsätze auch auf Rechtsverhältnisse der vorliegenden Art übertragbar sind, wonach eine abhängige Beschäftigung trotz fehlender Rechtsmacht ausnahmsweise zu verneinen ist, wenn der Betreffende aufgrund besonderer Branchenkenntnisse und eines erheblichen Fachwissens eine faktisch beherrschende Stellung in der Gesellschaft innehat und quasi schalten und walten kann, wie er will. Eine solche faktisch beherrschende Stellung des Beigeladenen zu 1) in der Gesellschaft liegt nach den tatsächlichen Gegebenheiten fern. So haben der ursprüngliche Alleingesellschafter X und der Beigeladene zu 1) bereits nach

ihrem eigenen Vorbringen die Geschäftsleitung gemeinschaftlich innegehabt. Soweit die Klägerin vorbringt, der Beigeladene zu 1) koordine in seinem funktionellen Aufgabenbereich eigenverantwortlich, so beschreibt sie lediglich eine Sachlage, die in arbeitsteiligen Organisationseinheiten geradezu charakteristisch ist. Es entspricht der Regel, dass ein Angestellter, der höhere Dienste verrichtet, in seinem jeweiligen Aufgabenbereich ein besonderes Fachwissen einbringt. Hieraus ergibt sich jedoch keineswegs, dass der Bedienstete über eine faktisch beherrschende Stellung in der Gesellschaft insgesamt verfügt. Zudem hat die Klägerin bereits im Widerspruchsverfahren ausdrücklich betont, dass unternehmerische Entscheidungen zwischen Herrn X und dem Beigeladenen zu 1) gemeinschaftlich getroffen werden. Dieses schließt eine faktische Beherrschung der Gesellschaft durch den Beigeladenen zu 1) aus. Wesentliche Merkmale, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen, und im Rahmen der Gesamtabwägung dermaßen überwiegen, dass nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist, sind nicht ersichtlich. Zunächst verfügt der Beigeladene zu 1) nicht über eine eigene, unabhängig von dem Betrieb der Klägerin bestehende Betriebsstätte und er hat auch kein für eine selbständige Tätigkeit maßgeblich sprechendes Unternehmerrisiko zu tragen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium dafür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Eine solche Ungewissheit ist nicht festzustellen, soweit es um den Einsatz der Arbeitskraft des Beigeladenen zu 1) geht. Er erhält gemäß § 3 des Mitarbeitervertrages eine monatliche Vergütung von monatlich 10.000,00 EUR. Diese Vergütungsregelung enthält keinerlei erfolgsabhängige Berechnungsparameter und gewährt dem Beigeladenen zu 1) mithin ein von dem Gewinn der Klägerin unabhängiges regelmäßiges Arbeitsentgelt. Steuerrechtlich sind die zugewendeten Entgelte der Einkommensteuer unterworfen und von der Klägerin als Betriebsausgaben verbucht worden, was ebenfalls indiziell für eine abhängige Beschäftigung spricht (LSG NRW, Urteil v. 18.4.2012, L 11 KR 312/10 m.w.N., juris). Tantiemen sind von der Klägerin nicht ausgeschüttet worden. Ohnehin kommt ihnen Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit nur als (ein) Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen kann, jedoch nicht allein entscheidend ist (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, m.w.N.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, a.a.O. juris). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, wäre deren Gewicht für die Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit eher gering. Den Beginn der Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) hat die Beklagte zutreffend auf den 1.9.2011 festgestellt, da die Voraussetzungen für einen späteren Beginn gemäß § 7a Abs. 6 SGB IV nicht vorliegen. Die schriftliche Antragstellung nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV am 11.10.2011 ist nicht bereits innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit am 1.9.2011 erfolgt. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 SGG i.V.m. §§ 154 Abs. 1, Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung. Gründe gemäß § 160 Abs. 2 SGG für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Entscheidung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des BSG.