
Datum: 02.07.2014
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 8 R 777/12
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2014:0702.L8R777.12.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 11 R 429/11
Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte 3/8 der außergerichtlichen Kosten der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren trägt. Außergerichtliche Kosten haben die Beteiligten einander im zweiten Rechtszug nicht zu erstatten. 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 Klägers zu 1) als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 2) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung seit dem 1.12.2009. 2
- Der im Jahr 1977 geborene Kläger zu 1) war - nach zuvor erfolgreich abgeschlossener Ausbildung zum Elektrotechniker - seit dem 1.9.2004 bei der "S Gesellschaft für F mbH" als Elektrotechniker beschäftigt. Im Jahr 2006 übernahm er in diesem Unternehmen die Funktion eines Projektleiters. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Gesellschaft war der im Jahr 1957 geborene Herr D, der ebenfalls über eine abgeschlossene Ausbildung zum Elektrotechniker verfügt. 3
- Mit notariellem Gesellschaftsvertrag vom 22.7.2009 wurde die o.g. Gesellschaft in "S Gesellschaft für F- und Automatisierungstechnik mbH", die nunmehrige Klägerin zu 2), umgewandelt und fortan unter dieser Firma in dem Handelsregister des Amtsgerichts (AG) 4

Köln (HRB 000) geführt. Gemäß dem zugleich neu gefassten Gesellschaftsvertrag der Klägerin zu 2) beträgt deren Stammkapital 25.600,00 EUR (§ 3 des Gesellschaftsvertrages). Mit Gesellschafterbeschluss gleichen Datums wurden die Stammeinlage in 25.600 Geschäftsanteile im Nennbetrag von einem Euro je Geschäftsanteil aufgeteilt und dem Kläger zu 1) 7.680 Geschäftsanteile im Nennbetrag von jeweils einem Euro übertragen. Zugleich wurde der Kläger zu 1) zum weiteren Geschäftsführer der Klägerin zu 2) bestellt. Wegen des weiteren Inhalts wird auf den Gesellschaftsvertrag vom 22.7.2009 Bezug genommen.

In Ziffer II Nr. 3 des Gesellschaftsbeschlusses vom 22.7.2009 formulierten beide
Gesellschafter übereinstimmend folgende Absichtserklärung: 5

"(...). Bei Erfüllung, der in die geschäftliche Verbindung gesetzten Erwartung, ist eine
Aufstockung der Beteiligung des Erwerbers auf 50% des Stammkapitals der Gesellschaft
beabsichtigt, unter Zugrundelegung der heutigen Konditionen entsprechend dem noch zu
übertragenden Anteil am Gesellschaftskapital in Höhe von 20% = EUR 116.000,00. Dieser
Kaufvertrag ist bis zum 31.07.2013 zu tätigen." 6

Am 30.11.2009 schlossen die Kläger einen als solchen bezeichneten "Geschäftsführer-
Anstellungsvertrag" (nachfolgend Anstellungsvertrag), der auszugsweise folgende
Regelungen enthält: 7

"§ 1 Grundpflichten 8

Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe des
Gesellschaftsvertrages allein zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft allein zu
führen. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und unterliegt bei der Führung
der Geschäfte keinerlei Beschränkungen, soweit diese sich nicht unmittelbar aus dem
Gesellschaftsvertrag oder diesem Anstellungsvertrag ergeben. 9

§ 2 Arbeitsleistung 10

Der Geschäftsführer wird seine Arbeitskraft und seine Kenntnisse und Erfahrungen der
Gesellschaft zur Verfügung stellen. An eine bestimmte Arbeitszeit ist er nicht gebunden. Er
wird sich jedoch jederzeit, wenn und soweit das Wohl der Gesellschaft das erfordert, der
Gesellschaft zur Verfügung stellen. 11

§ 3 Bezüge des Geschäftsführers 12

1. Der Geschäftsführer erhält für seine Tätigkeit ab dem 01.12.2009 ein festes Monatsgehalt
von brutto Euro 6.000,00. Das Gehalt ist jeweils am Monatsletzten zu zahlen. Eine besondere
Vergütung für Mehrarbeit (Überstundenvergütung) erfolgt nicht. 13

2. Die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen sind dem
Geschäftsführer bekannt, und nur im Rahmen dieser Bestimmungen erbringt er seine
Arbeitsleistung. 14

3. Ist der Geschäftsführer an der Ausübung seiner Tätigkeit durch Krankheit oder andere
unverschuldete Ursachen vorübergehend gehindert, bleiben ihm seine Bezüge
ungeschmälert für die Zeit der Verhinderung erhalten. Im Krankheitsfall wird das Gehalt für
die Dauer von längstens 8 Wochen weiter gezahlt. 15

4. Der Geschäftsführer darf den ihm zur Verfügung gestellten Pkw auch für private Zwecke
nutzen. Eine entsprechende Versteuerung erfolgt nach den steuerlichen Richtlinien. 16

5. Der Geschäftsführer hat ein Anrecht auf Weihnachtsgeld, Bonus oder Prämien. Im Rahmen einer außerordentlichen Gesellschafter-versammlung haben die Gesellschafter über die Höhe und den Zeitpunkt der Zahlung zu beschließen.	17
6. Für den Geschäftsführer kann eine Altersvorsorge in Form einer Direktversicherungszusage, einer Pensionszusage oder eine andere nach den steuerlichen Vorschriften anerkannte Altersvorsorge abgeschlossen werden. Der Rahmen wird in einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung festgelegt.	18
7. Ferner erhält der Geschäftsführer eine Gewinntantieme des wie folgt modifizierten Jahresüberschusses: Dem Jahresüberschuss sind hinzuzurechnen: aa) die als Aufwand verrechneten Tantiemen ab) die als Aufwand verrechneten Ertragssteuern. Der Jahresüberschuss ist zu mindern um nicht ausgeglichene Verlustvorträge aus den Vorjahren. Die Tantieme ist innerhalb eines Monats nach der Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung auszus zahlen. Die Höhe wird im Rahmen einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung festgelegt.	19
§ 4 Spesen	20
Die Gesellschaft ersetzt dem Geschäftsführer dessen Reisespesen. (...).	21
§ 5 Urlaub	22
Der Geschäftsführer hat Anspruch auf bezahlten Urlaub in Höhe von 30 Arbeitstagen (5-Tage-Woche) pro Kalenderjahr. Der Geschäftsführer hat den Zeitpunkt seines Urlaubs so einzurichten, dass den Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung getragen wird. (...).	23
§ 6 Dauer des Vertrages, Kündigung	24
1. Der Vertrag beginnt mit dem 01.12.2009. Dieser Vertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Der Vertrag endet mit dem wirksamen Ausscheiden des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft. Mit einer etwaigen Abberufung endet nicht auch das Anstellungsverhältnis, vielmehr wird dies unter den Bedingungen dieses Vertrages fortgesetzt.	25
2. Der Anstellungsvertrag kann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Ende eines jeden Kalenderjahres gekündigt werden.	26
3. (...)."	27
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Anstellungsvertrages vom 30.11.2009 Bezug genommen.	28
Mit bei der Beklagten am 5.2.2010 eingegangenem Schreiben beantragte der Kläger zu 1) die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 2). Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Formularantrages Bezug genommen.	29
Nachdem die Beklagte die Kläger mit Schreiben vom 25.3.2010 bzw. vom 21.6.2010 zu der beabsichtigten Feststellung des Vorliegens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses des Klägers zu 1) angehört hatte, stellte sie mit zwei - beiden Klägern bekanntgegebenen - Bescheiden vom 29.7.2010 fest, dass die Tätigkeit des Klägers zu 1) als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 2) seit dem 1.12.2009 im Rahmen eines abhängigen	30

Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Mit einem weiteren 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 1.12.2009.

Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus: Für ein Beschäftigungsverhältnis des Klägers zu 1) spreche, dass dessen Tätigkeit in einem gesonderten Arbeitsvertrag geregelt sei und eine monatlich gleichbleibende Vergütung in Höhe eines für die Tätigkeit angemessenen Arbeitsentgeltes gezahlt werde. Zudem könne der Kläger zu 1) kraft seines Anteils am Stammkapital der Gesellschaft im Umfang von 30 v.H. keinen maßgebenden Einfluss auf deren Geschicke nehmen. Beschlüsse der Gesellschaft würden mit einfacher Mehrheit der Stimmen gefasst, wobei sich das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters nach der Höhe seiner Geschäftsanteile richte. 31

Bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen komme den für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Merkmalen, namentlich der Befreiung von dem Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB, der Alleinvertretungsberechtigung sowie dem von dem Geschäftserfolg abhängigen Anspruch auf Zahlung einer Tantieme keine überwiegende Bedeutung zu. 32

Soweit die Gesellschafter in dem Beschluss vom 22.7.2009 die Absicht bekundet hätten, dem Kläger zu 1) bis zum 31.7.2013 weitere Anteile am Stammkapital der Gesellschaft im Umfang von 20 v.H. zu übertragen, ergebe sich hieraus keine anderslautende statusrechtliche Beurteilung, solange die zusätzlichen Anteile nicht wirksam übertragen worden seien. 33

Die Versicherungspflicht beginne am 1.12.2009. Ein späterer Eintritt der Versicherungspflicht in Anwendung des § 7a Abs. 6 SGB IV komme nicht in Betracht, da die Statusfeststellung für die am 1.12.2009 begonnene Beschäftigung des Klägers zu 1) nicht binnen eines Monats nach deren Aufnahme, sondern erst am 5.2.2010 schriftlich beantragt worden sei. 34

Mit bei der Beklagten am 27.8.2010 eingegangenem Fax erhob ein vormaliger Bevollmächtigter für den Kläger zu 1) gegen den Bescheid vom 29.7.2010 Widerspruch. Unter dem 1.9.2010 erklärte der Bevollmächtigte, "dass der Widerspruch selbstverständlich für die Firma S-gesellschaft für F- und Automatisierungstechnik GmbH, vertreten durch Herrn L, eingelegt" worden sei. Unter dem 3.9.2010 reichte er sodann eine von dem Kläger zu 1) für die Klägerin zu 2) unterzeichnete Vollmacht zu den Verwaltungsakten. Mit Schreiben vom 5.11.2011 reichte er schließlich eine weitere, von dem Kläger zu 1) in Sachen "L,./ Deutsche Rentenversicherung wegen Statusfeststellung" unterschriebene Vollmacht zur Verwaltungsakte. 35

Zu Gunsten einer selbständigen Tätigkeit des Klägers zu 1) spreche dessen Befreiung von dem Selbstkontrahierungsverbot, die ihm eingeräumte Einzelvertretungsberechtigung sowie die vereinbarte Zahlung einer Tantieme. Entgegen der Beurteilung der Beklagten sei auch nicht etwa ein Arbeitsvertrag, sondern ein typischer Geschäftsführer-Anstellungsvertrag geschlossen worden. Auch inhaltlich entsprächen die in dem Anstellungsvertrag getroffenen Regelungen nicht denen eines Arbeitsverhältnisses. So sei der Kläger zu 1) gemäß § 2 des Anstellungsvertrages nicht an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden und habe, wenn und soweit das Wohl der Gesellschaft dies erfordere, zur Verfügung zu stehen. Auch tatsächlich müsse er jederzeit der Klägerin zu 2) zur Verfügung stehen, notfalls auch am Wochenende und außerhalb der eigenen Dienstzeit. Überdies spreche sein - das Vergütungsniveau der Arbeitnehmer der Klägerin zu 2) überschreitende - Geschäftsführergehalt von 6.000,00 EUR sowie der verlängerte Entgeltfortzahlungsanspruch von acht Wochen gegen die Annahme 36

eines Beschäftigungsverhältnisses. Entsprechendes gelte für die in § 3 Nr. 5 bis 7 des Anstellungsvertrages geregelten Vergütungs- und Pensionsansprüche. Schließlich werde auch der Urlaubsanspruch des Klägers zu 1) nicht wie in einem "normalen" Arbeitsverhältnis geregelt. Während § 7 Bundesurlaubgesetz (BUrlG) bestimme, dass der Arbeitgeber auf die zeitliche Lage des Urlaubsanspruchs eines Arbeitnehmers nur Einfluss nehmen könne, wenn dringende betriebliche Gründe hierfür gegeben seien, müsse der Kläger zu 1) den Zeitpunkt seines Urlaubs entsprechend den Bedürfnissen der Gesellschaft legen. Schließlich sei die in § 6 Nr. 2 des Anstellungsvertrages geregelte Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines jeden Kalenderjahres für ein Arbeitsverhältnis untypisch.

Der Kläger zu 1) übe auch tatsächlich einen maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft aus. 37
Zwar sei er am Stammkapital derzeit nur mit 30 v.H. beteiligt; tatsächlich seien jedoch beide Gesellschafter gleichberechtigt. Während sich der Mehrheitsgesellschafter vorwiegend um die Altkunden der Gesellschaft kümmere, betreue der Kläger zu 1) Neukunden bzw. akquiriere solche. Da sich der Mehrheitsgesellschafter sukzessive aus der Geschäftsführung zurückziehe, sei der Kläger zu 1) jedoch auch zunehmend mit der Betreuung von Altkunden befasst.

Ohnehin sei beabsichtigt, die Gleichberechtigung beider Gesellschafter in der tatsächlichen 38
Unternehmensführung auch gesellschaftsrechtlich umzusetzen. So sei der Erwerb zusätzlicher Gesellschaftsanteile von 20 v.H. von dem Kläger zu 1) für das Jahr 2011 geplant. Bei wesentlichen Entscheidungen bestehe zudem schon aufgrund des Stammkapitalanteils von 30 v.H. eine Sperrminorität des Klägers zu 1).

Mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 20.1.2011 (Klägerin zu 2) und vom 21.1.2011 (Kläger 39
zu 1) wies die Beklagte die Widersprüche unter Vertiefung der Ausführungen der Ausgangsbescheide zurück. Der Anstellungsvertrag enthalte Regelungen, die für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses typisch seien. So könne die Gesellschaft über die Arbeitsleistung des Klägers zu 1) voll verfügen, es bestehe zudem sowohl ein Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall als auch auf bezahlten Erholungsurlaub. Wenngleich die Arbeitszeit, der Arbeitsort und die Ausübung der Geschäftsführung in weitgehender Gestaltungsfreiheit des Klägers zu 1) ausgeübt werde, bleibe dessen Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie sich in eine nicht von ihm vorgegebene betriebliche Ordnung eingliedere. Zudem verfüge er, der Kläger zu 1), nicht als einziger über die für die Unternehmensführung notwendigen Branchenkenntnisse. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände komme den für eine selbständige Tätigkeit streitenden Umständen, namentlich der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot gem. § 181 BGB, seiner Gewinnbeteiligung sowie seiner Einzelvertretungsberechtigung keine überwiegende Bedeutung zu. Aufgrund der zunehmenden Üblichkeit solcher Regelungen auch bei Geschäftsführern, die nicht Gesellschafter seien und keinen prägenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben könnten, hätten diesen Indizien ein nur untergeordnetes Gewicht.

Am 11.2.2011 haben die Kläger vor dem Sozialgericht (SG) Aachen Klage erhoben und ihr 40
auf die Feststellung einer fehlenden Versicherungspflicht des Klägers zu 1) in allen Zweigen der Sozialversicherung gerichtetes Klagebegehren weiterverfolgt. Zur Begründung haben sie ihr vorprozessuales Vorbringen wiederholt und vertieft. Mit Beschluss vom 10.3.2011 hat sich das SG Aachen für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das SG Köln verwiesen.

Die Kläger haben beantragt, 41

42

den Bescheid vom 19.7.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.1.2011 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger zu 1) bei der Klägerin zu 2) nicht versicherungspflichtig in den Zweigen der Sozialversicherung beschäftigt ist.

Die Beklagte hat beantragt, 43

die Klage abzuweisen. 44

Zur Begründung hat sie auf den Inhalt der angefochtenen Bescheide Bezug genommen. 45

Das SG hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 10.7.2012 den Kläger zu 1) und den weiteren Geschäftsführer der Klägerin zu 2) persönlich angehört und den Steuerberater der Klägerin zu 2) zeugenschaftlich vernommen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift Bezug genommen. 46

Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Beklagte im Hinblick auf die durch die Höhe des Arbeitsentgelts des Klägers zu 1) bewirkte regelmäßige Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze "den" Bescheid vom 29.7.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.1.2011 insoweit aufgehoben, als mit diesem eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung festgestellt worden ist. 47

Mit Urteil vom 10.7.2012 hat das SG die Klage im Übrigen abgewiesen, wobei es außergerichtliche Kosten nicht für erstattungsfähig erachtet hat. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen. 48

Gegen das den Klägern am 17.8.2012 zugestellte Urteil haben diese am 17.9.2012 bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen schriftlich Berufung eingelegt. Zur Begründung tragen sie vor: Es sei bereits bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages geplant gewesen, dem Kläger zu 1) Geschäftsanteile im Umfang weiterer 20 v.H. zu übertragen, sobald es ihm möglich werde. Der Erwerb dieser zusätzlichen Anteile sei jedoch bisher - trotz grundsätzlicher Bereitschaft des bisherigen Mehrheitsgesellschafters - aus finanziellen Gründen unterblieben. 49

Die Zusammenarbeit beider Gesellschafter sei durch ein "Junior-/Senior-Chef"-Verhältnis geprägt, das von einem tatsächlichen Gleichrang beider Gesellschafter in sämtlichen Gesellschaftsbelangen gekennzeichnet sei. Der Kläger zu 1) nehme tatsächlich größeren Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, als ihm dies nach seinen Gesellschaftsanteilen rechtlich möglich wäre. Er trage die Verantwortung für die wesentlichen Entscheidungsbereiche (Personal, Finanzen, Organisation). Es sei üblich, dass beide Gesellschafter unterschiedliche Projekte betreuten und die im Rahmen der jeweils betreuten Projekte zu treffenden Entscheidungen ohne Rücksprache mit dem anderen Gesellschafter trafen. Darüber hinaus würden alle übrigen Handlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsverkehr hinausgingen, im Innenverhältnis stets gemeinsam von beiden Gesellschaftern, gelegentlich auch allein in eigener Entscheidungskompetenz ohne Rücksprache mit dem anderen Gesellschafter getroffen. 50

Der Kläger zu 1) habe die Gesellschaft aus einer Abhängigkeit zu dem seinerzeitigen einzigen Großkunden, der Firma M X gelöst und weitere Geschäftsfelder erschlossen. Zudem habe er bei diesem Großkunden vertraglich höhere Stundensätze ausgehandelt. Die in diesem Zusammenhang geführten Rahmenvertragsverhandlungen habe er überwiegend allein verantwortet und die entsprechenden Verträge allein gezeichnet. 51

Der Kläger zu 1) habe zwei Bürgschaftserklärungen zugunsten der Klägerin zu 1) abgegeben, weshalb er auch ein erhebliches unternehmerisches Risiko trage. Zum einen habe er eine Bürgschaft im Umfang von 260.000,00 EUR zugunsten der VR Bank S e.G. übernommen, mit der ein der Klägerin zu 2) für den Erwerb von Geschäftsräumen gewährtes Darlehen abgesichert werde. Ferner habe er sich im Rahmen einer selbstschuldnerischen Bürgschaft gegenüber der VR Bank S e.G. in Höhe von 200.000,00 EUR für zwei laufende Kontokorrentkonten der Klägerin zu 2) verbürgt. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Bürgschaftserklärungen Bezug genommen.	52
Die Bedeutung des Klägers zu 1) für die Gesellschaft werde auch durch das von ihm erzielte Umsatzvolumen sichtbar. So habe der Kläger zu 1) im Jahr 2011 ein Umsatzvolumen von 800.000 EUR, der Mehrheitsgesellschafter D ein solches von 600.000 EUR erwirtschaftet.	53
Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Beklagte die angefochtenen Bescheide insoweit aufgehoben, als mit diesen festgestellt worden ist, dass die Tätigkeit des Klägers zu 1) bei der Klägerin zu 2) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird.	54
Die Kläger beantragen nunmehr,	55
das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 10.7.2012 zu ändern und unter Aufhebung der Bescheide vom 29.7.2010 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 20.1.2011 bzw. vom 21.1.2011 festzustellen, dass der Kläger zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2) in der Zeit ab dem 1.12.2009 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt	56
sowie ergänzend,	57
im Unterliegensfall die Revision zuzulassen.	58
Die Beklagte beantragt,	59
die Berufung zurückzuweisen.	60
Sie tritt dem Berufungsvorbringen entgegen und verteidigt die angefochtene Entscheidung. Die bloße Absichtserklärung, bei Erfüllung der in die geschäftliche Verbindung gesetzten Erwartungen eine Aufstockung des Stammkapitalanteils der Gesellschaft zugunsten des Klägers zu 1) auf sodann 50 v.H. vorzunehmen, sei unverbindlich und reiche für die Annahme einer abstrakten Rechtsmacht des Klägers zu 1), ihm unangenehme Weisungen der Mehrheit der Gesellschafterversammlung jederzeit zu verhindern, nicht aus.	61
Im Termin zur mündlichen Verhandlung sind Vertreter der Beigeladenen zu 1) bis 3) trotz ordnungsgemäßer Terminsmitteilungen nicht erschienen.	62
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.	63
Entscheidungsgründe:	64
Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) bis 3) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit ordnungsgemäßen Terminsmitteilungen auf diese Möglichkeit	65

hingewiesen hat.

Die gemäß §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte sowie nach § 151 Abs. 1, Abs. 3 SGG form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Kläger gegen das Urteil des SG Köln vom 10.7.2012 ist in der Hauptsache nicht begründet, nachdem die Beklagte die Verfügungssätze der Bescheide vom 29.7.2010 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 20.1.2011 bzw. vom 21.1.2011 im Hinblick auf die ursprünglich unzulässig getroffene Feststellung des bloßen Elements des Vorliegens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (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) neu gefasst hat. Durch die nunmehr gültige Fassung der angefochtenen Bescheide werden die Kläger nicht i.S.d. § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG beschwert, weil sie nicht rechtswidrig sind. 66

Die Beklagte hat zu Recht nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV festgestellt, dass der Kläger zu 1) wegen seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 2) in der Zeit ab dem 1.12.2009 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt. 67

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]). Die Versicherungspflicht des Klägers zu 1) in der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegeversicherung ist aufgrund der teilweisen Aufhebung der Bescheide im erstinstanzlichen sozialgerichtlichen Verfahren nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. 68

Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine 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, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, B 12 KR 17/11 R, juris; Urteil v. 30.4.2013, B 12 KR 19/11 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; Urteil v. 25.4.2012, B 12 KR 24/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). 69

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, a.a.O., juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R, USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse 70

die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, B 12 R 17/09 R, juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, L 8 (16) R 55/08, juris).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (vgl. BSG, Urteil vom 04.07.2007, B 11a AL 5/06 R, m.w.N., zitiert nach juris). Der Geschäftsführer einer GmbH ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (vgl. BSG, Urteil vom 06.03.2003, B 11 AL 25/02 R, m.w.N., zitiert nach juris). Insoweit ist von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (vgl. BSG, Urteil vom 08.08.1990, 11 RAr 77/89, zitiert nach juris). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (vgl. BSG, Urteil vom 06.02.1992, 7 RAr 134/90, zitiert nach juris). Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob der Einfluss des Geschäftsführers auf die Willensbildung der GmbH aufgrund besonderer Einzelfallumstände unabhängig von seiner Gesellschafterstellung so erheblich ist, dass ihm gegenüber nicht genehme Beschlüsse und jede Weisung ausgeschlossen sind und er die Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen, d.h. frei schalten und walten kann. Dann ist eine persönliche Abhängigkeit auch bei Diensten höherer Art zu verneinen, weil die Gesellschafter tatsächlich keinerlei Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen und sich der Geschäftsführer nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes einfügt (vgl. BSG, Urteil vom 14.12.1999, B 2 U 48/98 R; BSG, Urteil vom 11.02.1993, 7 RAr 48/92; vgl. insgesamt: Senat, Urteil vom 17.10.2012, L 8 R 545/11; jeweils zitiert nach juris).

71

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wird die von dem Kläger zu 1) ausgeübte Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 2) seit dem 1.12.2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt.

72

Ausgangspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung ist der zwischen den Klägern geschlossene Anstellungsvertrag vom 30.11.2009. Dieser Vertrag hat seinem Inhalt nach ein Arbeitsverhältnis zum Gegenstand. So kann der Kläger zu 1) nach § 3 Nr. 1 des

73

Anstellungsvertrages arbeitsvertragstypisch ein regelmäßiges, gewinnunabhängiges Monatsgehalt von brutto 6.000,00 EUR beanspruchen. Dass eine besondere Vergütung für Mehrarbeit (Überstundenvergütung) vertraglich ausgeschlossen ist, steht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Der Ausschluss einer besonderen Überstundenvergütung ist bei Arbeitnehmern, die - wie der zum Geschäftsführer bestellte Kläger zu 1) - Dienste höherer Art ausüben, in der Praxis nicht unüblich. Zudem sprechen der in § 3 Nr. 3 des Anstellungsvertrages eingeräumte Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und der Anspruch auf Bereitstellung eines Dienstwagens, den er nach den anstellungsvertraglichen Bestimmungen auch für private Zwecke nutzen darf (§ 3 Nr. 4 des Anstellungsvertrages), für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Schließlich spiegelt auch § 3 Nr. 5 des Anstellungsvertrages arbeitsvertragstypische Regelungselemente wider, indem diese Regelung einen Anspruch des Klägers zu 1) auf Weihnachtsgeld statuiert. Dass anstellungsvertraglich daneben auch gewinnabhängige Vergütungselemente in Gestalt von Boni oder Prämien geregelt werden, steht der Annahme eines Arbeitsvertrages schon deshalb nicht entgegen, weil derartige qualitative Faktoren der Erfolgsbeteiligung in der betrieblichen Wirklichkeit gerade bei Arbeitnehmern, die Dienste höherer Art verrichten, (zunehmend) üblich sind. Auch § 4 des Anstellungsvertrages, wonach der Kläger zu 1) einen Anspruch auf Ersatz seiner Reisespesen hat und der in § 5 des Anstellungsvertrages vermittelte Anspruch auf bezahlten Urlaub im Umfang von 30 Arbeitstagen greifen arbeitsvertragstypische Regelungselemente auf. Soweit die Kläger meinen, die Regelung des § 5 Satz 2 des Anstellungsvertrages stehe der Annahme eines Arbeitsverhältnisses entgegen, weil sich diese Bestimmung dem Wortlaut nach insoweit von § 7 BUrlG abhebt, als hiernach bei der Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche zu berücksichtigen sind, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange entgegenstünden, verfängt dieses Argument nicht. Die Kläger haben schon nicht dargelegt, inwieweit sich diese Regelungen rechtlich wesentlich unterscheiden. Auch ein in den Anwendungsbereich des § 7 BUrlG fallender Arbeitnehmer wird bei der zeitlichen Festlegung seines individuellen Urlaubswunsches die betrieblichen Bedürfnisse des Arbeitgebers berücksichtigen. Dieses gilt nicht nur, aber in besonderer Weise für solche Personen, die - wie der Kläger zu 1) - Dienste höherer Art ausüben. Soweit § 2 bestimmt, dass der Kläger zu 1) an eine bestimmte Arbeitszeit nicht gebunden ist, spricht dies ebenfalls nicht entscheidend gegen die Annahme eines Arbeitsvertrages, da eine solche Gestaltungsfreiheit bei Arbeitnehmern, die einem Betrieb herausgehobene Positionen bekleiden, gleichfalls nicht unüblich sind.

Selbst wenn der weitere Geschäftsführer der Klägerin zu 2), der Mehrheitsgesellschafter D, einen im Wesentlichen gleichen (allerdings auch nicht in Bezug auf die Höhe der Vergütung) Geschäftsführer-Anstellungsvertrag abgeschlossen haben mag, ändert dies an seiner arbeitsvertragstypischen Natur nichts. Im Übrigen besteht der statusrechtlich wesentliche Unterschied beider Personen ohnehin gerade darin, dass der Mehrheitsgesellschafter über einen Anteil an dem Stammkapital der Klägerin zu 2) im Umfang von 70 v. H. verfügt.

Auf dieser vertraglichen Grundlage ist der Kläger zu 1) ab dem 1.12.2009 in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Klägerin zu 2), 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 Kläger zu 1) ist ausschließlich ausgehend von den Betriebsräumen der Klägerin zu 2), mit den dort vorgehaltenen Betriebsmitteln und unter Nutzung der betrieblichen Infrastruktur tätig geworden. Hierbei unterlag der er einem Weisungsrecht der Klägerin zu 2) bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, da allein Letzterer die insoweit maßgebliche abstrakte Rechtsmacht Zustand.

74

75

Gemäß § 6 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages bedürfen Beschlüsse, soweit gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich keine größere Mehrheit vorgeschrieben ist, der Mehrheit der Stimmen aller Gesellschafter. Der Kläger zu 1) verfügt von den insgesamt 25.600 Geschäftsanteilen aufgrund der Geschäftsanteilsübertragung vom 22.7.2009 über 7.680 Geschäftsanteile, was einem Anteil am Stammkapital der Klägerin zu 2) von 30 v.H. entspricht. Wenngleich die Kläger stets betonen, es sei der Erwerb weiterer Geschäftsanteile durch den Kläger zu 1) im Umfang weiterer 20 v.H. beabsichtigt, verfügt dieser dennoch nach wie vor lediglich über einen Geschäftsanteil von 30 v.H., so dass er - jedenfalls bis zum Wirksamwerden der Übertragung weiterer Geschäftsanteile im Umfang von mindestens 20 v.H. am Stammkapital der Gesellschaft - über seine Gesellschafterstellung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Klägerin zu 2) hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der unter Ziffer II Nr. 3 des Gesellschaftsbeschlusses vom 22.9.2009 formulierten "Absichtserklärung" beider Gesellschafter, wonach bei Erfüllung der in die geschäftliche Verbindung gesetzten Erwartung eine Aufstockung der Beteiligung des Klägers zu 1) auf 50 v.H. des Stammkapitals der Gesellschaft beabsichtigt ist. Zum einen ist der in Erfüllung dieser Absichtserklärung zu schließende Kaufvertrag nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Erklärung bis zum 31.7.2013 zu tätigen, zum anderen entfaltet diese Absichtserklärung eine Stärkung der insoweit maßgebenden abstrakten Rechtsmacht zu Gunsten des Klägers zu 1) ohnehin erst mit dem Zeitpunkt ihrer wirksamen Umsetzung. Bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist diese Absichtserklärung jedoch, wie der Mehrheitsgesellschafter D im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich bekundet hat, nicht vollzogen worden. Vielmehr sei nunmehr eine andere "Gesamtlösung" zur Regelung der Unternehmensnachfolge avisiert, die jedoch gleichfalls noch nicht umgesetzt worden ist.

Der Kläger verfügt auch nicht über eine umfassende Sperrminorität, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft verhindern zu können, was die Annahme einer abhängigen Beschäftigung ausschließen würde (BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8). Nach § 6 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages bedürfen nur Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals, sonstige Änderungen der Satzung sowie die Auflösung der Gesellschaft einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Diese nur partielle Sperrminorität steht der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 8 S. 16).

77

Schließlich sind auch keine besonderen einzelfallbezogene Umstände erkennbar, die abweichend vom Regelfall die Bindung des Klägers zu 1) an das willensbildende Organ der Klägerin zu 2), der Gesellschafterversammlung als Gesamtheit der Gesellschafter, ausschließen. Bei Geschäftsführern, die - wie der Kläger zu 1) - weder über die Mehrheit der Geschäftsanteile noch über eine umfassende Sperrminorität verfügen, ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 8; Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11). Solche besonderen Umstände sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere dann erwogen worden, wenn die übrigen Gesellschafter tatsächlich ihre Gesellschafterrechte nicht wahrgenommen und in keiner Weise in die Betriebsführung eingegriffen haben und der Geschäftsführer wie ein Allein inhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken geführt hat, d.h. schalten und walten konnte, wie er wollte.

78

Ein derartig beherrschender Einfluss ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung etwa bei Geschäftsführern in Familiengesellschaften erwogen worden, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden war, die Geschäftsführertätigkeit durch familienhafte

79

Rücksichtnahme geprägt und es an der Ausübung der Gesellschafterrechte durch die Gesellschafter fällig mangelte (BSG, Urteil v. 14.12.1999, B 2 U 48/98 R; BSG, Urteil v. 29.10.1986, 7 RAr 43/85; zurückhaltend hingegen BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 R 14/10 R).

Die von der Rechtsprechung erwogene und im vorliegenden Rechtsstreit mangels familiärer Verbundenheit beider Gesellschafter allenfalls in Betracht kommende faktische Weisungsfreiheit des Geschäftsführers aufgrund überlegenen Fachwissens, kraft derer er in der Gesellschaft nach "eigenem Gutdünken" frei schalten und walten kann, wie er möchte, ist nicht gegeben. Gegen diese Annahme spricht schon im Ansatz, dass auch der Mehrheitsgesellschafter der Klägerin zu 2) über eine fachlich einschlägige Ausbildung verfügt und seine fachliche Kompetenz - nach wie vor - zur Führung der Geschicke der Gesellschaft tatsächlich einbringt. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen beider Geschäftsführer führen diese die Geschicke der Klägerin zu 2) gemeinschaftlich, wobei sie ihre Zusammenarbeit als "Junior/Senior-Chef-Verhältnis" charakterisiert haben. Ein solches Bild ist dadurch gekennzeichnet, dass beide Personen funktionsteilig die ihnen obliegenden Geschäftsbereiche verantwortlich führen, wobei - je nach Sachfrage - eine gegenseitige Beratung und Abstimmung praktiziert wird. So haben auch im vorliegenden Verfahren beide Geschäftsführer eigene Geschäftsbereiche übernommen, wobei der Kläger zu 1) offenbar vorwiegend im Bereich der Kunden- und Projektakquise tätig ist. Im Termin zur mündlichen Verhandlung haben der Kläger zu 1) sowie der Mehrheitsgesellschafter D übereinstimmend erklärt, zuständig für ein Projekt sei zunächst einmal der Geschäftsführer, der für dieses die federführende Verantwortung trägt. Der andere Geschäftsführer werde jeweils beratend tätig, wobei die kritischen Punkte der Projekte erörtert und abgestimmt würden. Der Bereich des Personalmanagements wird sogar in erster Linie von dem Mehrheitsgesellschafter D wahrgenommen.

80

Dass in einem solchen Führungsmodell der "Junior-Chef" perspektivisch die Rolle des für das Unternehmen Alleinverantwortlichen übernehmen soll und im Rahmen dieses Entwicklungsprozesses Entscheidungsbereiche bei ihm allmählich gebündelt werden, rechtfertigt nach Überzeugung des Senats die Annahme, dass bis zu einem weitgehenden Rückzug des "Senior-Chefs" eine faktische Freiheit des Nachfolgers der Unternehmensführung, in dem Unternehmen nach eigenem Gutdünken schalten und walten zu können, gerade noch nicht besteht.

81

Wie weit die von den Klägern behauptete Entscheidungsfreiheit des Klägers zu 1) tatsächlich reicht, bedarf keiner abschließenden Entscheidung des Senats. Selbst wenn eine solche in dem von den Klägern behaupteten Umfang bestehen sollte, rechtfertigt dies die Annahme einer selbständigen Tätigkeit im rechtlichen Sinne nicht. Die Wahrnehmung von Handlungsfreiheiten ist für leitende Angestellte, die - wie der zum Geschäftsführer bestellte Kläger zu 1) - in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Sie bleiben dennoch im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (stRspr. seit BSGE 16, 289, 294; vgl. auch Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11). Allein weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem geminderten Weisungsrecht unterliegt, bewirken womöglich eine tatsächliche Eigenständigkeit der Aufgabenerfüllung, eine selbständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne wird hierdurch jedoch nicht begründet. Bei dieser Sachlage ist es auch rechtlich bedeutungslos, wenn die Kläger betonen, der Kläger zu 1) habe Vertragsverhandlungen mit einem Großkunden im Wesentlichen allein geführt und die nach Abschluss geschlossenen Verträge allein gezeichnet. Hiermit haben die Kläger lediglich eine - der herausgehobenen Position eines

82

Geschäftsführers immanente - Tätigkeit skizziert, die die Annahme einer Weisungsfreiheit im Rechtssinne nicht begründet.

Das Alleinvertretungsrecht des Klägers zu 1) und dessen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB sind bei einer kleineren GmbH nicht untypisch und deuten deshalb nicht zwingend auf eine selbstständige Tätigkeit hin (BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 1; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 8; Senat, Urteil vom 17.10.2012, L 8 R 545/11). 83

Der Kläger zu 1) ist auch nicht in einem derartigen Maß einem unternehmerischen Risiko ausgesetzt, das im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung aller für die Abgrenzung relevanter Umstände die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale maßgeblich entkräften könnte. 84

Nach den von dem BSG entwickelten Grundsätzen (BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R m.w.N.) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, 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. Dies ist jedoch nur dann ein Hinweis auf eine Selbstständigkeit, wenn dem unternehmerischen Risiko größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen. 85

Die eigene Arbeitskraft setzt der Kläger zu 1) nicht mit ungewissem Erfolg ein. Er erhält nach näherer Maßgabe des § 3 Nr. 1 des Anstellungsvertrages eine monatlich gleichbleibende und von der Ertragslage der Gesellschaft unabhängige Vergütung in Höhe von brutto 6.000,00 EUR. Soweit die Klägerin zu 2) in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten mit der Gefahr einer Insolvenz fallen sollte, trifft das damit einhergehende Arbeitgeberinsolvenzrisiko der Kläger zu 1) wie jeden (anderen) Arbeitnehmer auch. Hinsichtlich des Einsatzes eigenen Kapitals ist ein wesentliches Risiko des Klägers zu 1) gleichfalls nicht ersichtlich. Nach § 4 des Anstellungsvertrages ersetzt die Gesellschaft dem Kläger zu 1) seine Reisekosten. Zudem räumt § 3 Nr. 4 des Anstellungsvertrages einen Anspruch auf Benutzung des gesellschaftseigenen Kfz ein, den der Kläger zu 1) sogar für private Zwecke ohne Kostenbeteiligung nutzen darf. 86

Bei der Würdigung der unternehmerischen Freiheiten sind im Rahmen der Betrachtung der erfolgsbezogenen Vergütung auch die Regelungen zum Anspruch auf Zahlung einer Tantieme zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung kommt für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit der Zahlung einer Tantieme allerdings nur Bedeutung 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 (BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die hier im Vordergrund stehende Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbstständigen Tätigkeit eher gering (BSG, a.a.O.). Zwar kann der Kläger zu 1) nach § 3 Nr. 7 des Anstellungsvertrages neben den festen Gehaltsbestandteilen eine vom Gewinn abhängige Tantieme beanspruchen; in den Geschäftsjahren 2009 und 2010 sind solche vom Geschäftserfolg abhängige Zahlungen an ihn tatsächlich nicht ausgekehrt worden. Für das Kalenderjahr 2011 hat der Kläger zu 1) gemäß dem Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 25.10.2011 eine "Sonderzahlung" in Höhe von insgesamt 6.150,00 EUR erhalten. Nach dem Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 2.4.2012 ist zudem eine "Tantieme 2011" im Mai 2012 und Juni 2012 in Höhe von insgesamt 7.860,00 EUR an den Kläger zu 1) ausgekehrt worden. Unter Berücksichtigung der erfolgsunabhängigen Vergütung in Höhe von jährlich 72.000,00 EUR kommt diesen 87

erfolgsbasierenden Vergütungsbestandteilen eine insgesamt nur untergeordnete Relevanz zu.

Soweit dem Kläger zu 1) für das Jahr 2012 zudem ein Treuebonus in Höhe von 130 v.H. eines Bruttomonatsgehalts gezahlt worden ist, kommt dieser Zahlung im Rahmen der Gesamtabwägung keine maßgebliche Bedeutung zu. Dieser Bonus wird - wie die Kläger selbst vortragen - nämlich auch an die übrigen Mitarbeiter entsprechend ihrer Betriebszugehörigkeit gezahlt und spiegelt damit kein für eine selbständige Tätigkeit sprechendes spezifisches Risiko wider, die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes ungewiss einzusetzen.

88

Der Senat erkennt im Rahmen der Gesamtwürdigung aller für die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung relevanter Umstände an, dass der Kläger zu 1) aufgrund zweier Bürgschaftsverpflichtungen einem erhöhten Haftungsrisiko unterlag, und weist diesem Umstand auch nennenswertes Gewicht bei. Gegenüber den vorstehend dargelegten, für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umständen reicht die Übernahme dieser Bürgschaftsverpflichtungen jedoch nicht aus, ein unternehmerisches Risiko des Klägers zu 1) in einem derartigen Umfang zu begründen, der die Annahme einer selbständigen Tätigkeit rechtfertigen würde. Eine Bürgschaft begründet typischerweise grundsätzlich keine unternehmerische Position im eigentlichen Sinne, denn durch sie erhöhen sich nicht die rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft. Wirtschaftlich betrachtet hat der Kläger zu 1) aufgrund der Übernahme der Bürgschaftsverpflichtungen im Umfang von insgesamt 460.000,00 EUR zwar ein erhebliches Interesse an dem Fortbestand und dem wirtschaftlichen Erfolg der Klägerin zu 2). Ein solches Interesse besteht jedoch auch bei einem "normalen" Arbeitgeber, weil davon der Fortbestand seines Arbeitsplatzes abhängig ist. Es geht zudem nicht über das Interesse eines jeden dritten Darlehensgebers oder Bürgen hinaus, der keine Gesellschaftsanteile hält. Zudem sind die unternehmerischen Chancen des Klägers zu 1) nur indirekt insoweit erhöht worden, als er aufgrund der aus ihnen folgenden Liquiditätssteigerung der Gesellschaft auf die Ausweitung ökonomischer Spielräume mit gestiegenen Möglichkeiten zur Umsetzung geschäftlicher Konzepte letztlich auf eine Gewinnerhöhung hoffen konnte (mit ähnlicher Argumentation LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 24.2.2010, L 5 KR 3/09).

89

Hinsichtlich der selbstschuldnerischen Bürgschaft gegenüber der VR-Bank S e.G. in Höhe von 200.000,00 EUR für den Kontokorrentkredit der Konten der Klägerin zu 2) ist auch der besondere Charakter des Kontokorrentkredits zu berücksichtigen, der dadurch gekennzeichnet ist, dass ein bestimmtes Kreditlimit mit einem Bankkunden vereinbart wird. Bis zu dieser Höhe kann dieser das Konto zur Vermeidung etwaiger Liquiditätsengpässe nutzen, ohne dass das eingeräumte Kreditlimit tatsächlich im vollen von der Bank eingeräumten Umfang in Anspruch genommen werden muss. Im Umfang der Nichtinanspruchnahme des Kontokorrentkredits relativiert sich mithin auch das den Bürgen treffende Haftungsrisiko. Dass die der Klägerin zu 2) eingeräumte Kontokorrentlinie von dieser tatsächlich in weitreichendem Umfang in Anspruch genommen worden ist, haben jedoch die Kläger selbst nicht dargelegt.

90

Die Beklagte hat den Beginn der Versicherungspflicht zutreffend auf den 1.12.2009 festgestellt. Ein späterer Beginn der Versicherungspflicht in Anwendung des § 7a Abs. 6 SGB IV kommt nicht in Betracht. Der Kläger hat das Beschäftigungsverhältnis am 1.12.2009 aufgenommen. Der Antrag auf Feststellung des Status ist am 5.2.2010 und mithin nicht binnen eines Monats nach Aufnahme der Beschäftigung gestellt worden.

91

92

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 183, 193 SGG. Hierbei hat der Senat davon abgesehen, der Beklagten im Hinblick auf die im Termin zur mündlichen Verhandlung erklärte Aufhebung der ursprünglich unzulässig getroffenen Feststellung des bloßen Elements des Vorliegens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses für das Berufungsverfahren Kosten aufzuerlegen.

Der Senat hat indessen den Kostenausspruch der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf das im erstinstanzlichen Verfahren abgegebene Teilanerkennnis der Beklagten hinsichtlich der im streitbefangenen Bescheid festgestellten Versicherungspflicht des Klägers zu 1) in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung geändert. Zu dieser Änderung ist der Senat befugt, auch wenn - wie im vorliegenden Fall - die Entscheidung in der Hauptsache nicht geändert wird (Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl. 2012, § 193 Rn. 16). 93

Gründe, dem Hilfsantrag der Kläger folgend gem. § 160 Abs. 2 SGG die Revision zuzulassen, sind nicht gegeben. Die Entscheidung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. 94