
Datum: 25.11.2015
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 8 R 273/12
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2015:1125.L8R273.12.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 5 R 1642/10
Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 31.01.2012 geändert. Die Klage wird abgewiesen. Kosten sind im gesamten Rechtsstreit nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV), ob die Beigeladene zu 5) in ihrer Tätigkeit bei der Klägerin als mitarbeitende atypisch stille Gesellschafterin (Leiterin des Controllings) vom 10.3.2008 bis zum 31.8.2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. 2
- Die Klägerin wurde im Jahr 2001 von Herrn T, dem Ehemann der Beigeladenen zu 5), und Herrn E als "X GmbH" gegründet (Gesellschaftsvertrag vom 21.12.2001) und 2002 in das Handelsregister eingetragen (HRB 000, Amtsgericht L). Gegenstand des Unternehmens ist die Entwicklung von BMX-Fahrrädern und BMX-Zubehör, die Produktion von Kleidungsartikeln für BMX-Fahrer sowie die Herstellung von Sportartikeln aller Art. 3
- Im Streitzeitraum waren Herr T mit 50,1 % und Herr E mit 49,9 % am Stammkapital von 25.050,00 EUR der Gesellschaft beteiligt. Mittlerweile hält Herr T 100 % der Gesellschaftsanteile. Die Beigeladene zu 5) war im Streitzeitraum nicht Gesellschafterin der 4

Klägerin. Im Jahre 2010 erwirtschaftete das Unternehmen einen Umsatz von 8,2 Mio. EUR und einen Gewinn von ca. 800.000,00 EUR. Es beschäftigte bei seiner Gründung zwei Mitarbeiter. Mittlerweile umfasst die Belegschaft 16 Mitarbeiter einschließlich der Geschäftsführer und Aushilfen.

Am 31.12.2005 schlossen die Beigeladene zu 5) und die Klägerin einen "Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft" (nachfolgend kurz: "VstG"). Hierin wurde insbesondere geregelt: 5

"§ 1 Einlage des atypisch stillen Gesellschafters 6

Die atypisch stille Gesellschafterin erbringt eine Bareinlage in Höhe von EUR 15.000,00. 7

§ 2 Rechtsnatur der stillen Gesellschaft 8

(1) (...) 9

(2) Neben der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung als atypisch stille Gesellschafterin wird diese zukünftig als Leiterin des Controllings für die Inhaberin tätig. Die Beteiligten werden diesbezüglich einen gesonderten Beschäftigungsvertrag schließen. 10

§ 3 (...) 11

§ 4 Geschäftsführung 12

(1) Die Geschäftsführung der atypisch stillen Gesellschaft obliegt ausschließlich der Inhaberin. Die Geschäftsführungs- und Weisungsbefugnisse der atypisch stillen Gesellschafterin für den ihr obliegenden Tätigkeitskreis sind in einem weiteren Beschäftigungsvertrag geregelt. 13

(2) Die Inhaberin darf außergewöhnliche Geschäfte nur mit Zustimmung der atypisch stillen Gesellschafterin vornehmen. Zu den außergewöhnlichen Geschäften gehören insbesondere: 14

a) Aufnahme weiterer stiller Gesellschafter; b) Erwerb von oder Beteiligung an anderen Unternehmen sowie deren Veräußerung; c) Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Teiles des Unternehmens; d) Errichtung von Zweigniederlassungen; e) Abschluss, Änderung und Aufhebung von Gewinn- oder Verlustübernahmeverträgen sowie weiteren stillen Gesellschaftsverträgen; f) Abschluss und Kündigung von Dauerschuldverhältnissen einschließlich Dienstverträgen, durch die die Gesellschaft jährlich mit mehr als EUR 10.000,00 belastet wird bzw. ist; g) Investitionen über einen Betrag von mehr als EUR 5.000,00; h) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten; i) Rechtsgeschäfte zwischen der Inhaberin und Gesellschaftern der Inhaberin sowie deren Angehörigen, die über einen Betrag von EUR 1.000,00 bzw. bei Dauerschuldverhältnissen von EUR 1.000,00 p.a. hinausgehen; j) vollständige oder teilweise Einstellung des Handelsbetriebs der Inhaberin. 15

(3) (...) 16

§§ 5 - 9 (...) 17

§ 10 Ergebnisbeteiligung 18

19

An einem gemäß § 9 ermittelten Gewinn oder Verlust nimmt die atypisch stille Gesellschafterin mit einem Anteil von 30 % teil. An etwaigen Verlusten nimmt die atypisch stille Gesellschafterin nur bis zur Höhe ihrer Einlage teil.

§§ 11 - 17 (...)" 20

Am 1.3.2008 schlossen die Klägerin und die Beigeladene zu 5) sodann einen "Beschäftigungsvertrag" (nachfolgend: "BV"). Hiernach sollte die Beigeladene zu 5) fortan den gesamten Bereich Finanzierung und Controlling der Klägerin organisieren und leiten. Hierfür wurde ihr eine Pauschalvergütung von 2.300,00 Euro monatlich gewährt sowie eine gewinnabhängige Vergütung (Tantieme) in Höhe von 5 % des Jahresüberschusses der Gesellschaft (§ 2 Abs. 1, Abs. 2 BV). In dem Beschäftigungsvertrag heißt es im Übrigen in Auszügen: 21

"§ 1 Aufgabengebiet 22

(1) Die Beschäftigte wird ab dem 10. März 2008 den gesamten Bereich Finanzierung und Controlling der Gesellschaft organisieren und leiten. Hierzu gehören insbesondere: 23

- Organisation der Buchführung und der Finanzbuchhaltung - Abstimmung mit dem Steuerberater der Gesellschaft - Kontrolle des Rechnungsein- und ausgangs - Gewährleistung der Finanzierung der Gesellschaft - Bestimmung der Unternehmensziele mit den Geschäftsführern der Gesellschaft - Kontrolle der Einreichung der Unternehmensziele - Führung der Mitarbeiter des Unternehmensbereichs 24

(2) Die Beschäftigte ist gegenüber der Gesellschaft für eine funktionierende Organisation der Buchhaltung, der Rechnungsstellung und des internen Controllings verantwortlich. Sie berät die Geschäftsführung bezüglich sämtlicher Maßnahmen der Finanzierung der Gesellschaft und der Erreichung der finanziellen und betriebswirtschaftlichen Ziele der Gesellschaft. 25

(3) Die Beschäftigte wird grundsätzlich frei von Weisungen tätig. Sie ist in der Bestimmung ihres Arbeitsortes und ihrer Arbeitszeit frei. 26

(4) Aufgrund der Bestimmungen über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft sind außergewöhnliche Geschäfte der Geschäftsführung nur mit Zustimmung der Beschäftigten möglich. Die Beteiligten werden sich vor der Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte und Entscheidungen, sei es durch die Beschäftigte, sei es durch die Geschäftsführer, abstimmen und - wenn möglich - einvernehmliche Entscheidungen treffen. 27

(5) Die Beschäftigte verpflichtet sich, sich auf dem Gebiet ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft weiterzubilden und sich jederzeit über die einschlägigen Veränderungen ihres Fachgebiets zu informieren. 28

(6) (...) 29

§ 2 Vergütung 30

(1) - (3) (...) 31

(4) Die Beteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass die Beschäftigte aufgrund der Bestimmungen des Vertrages über die atypische stille Gesellschaft und der Bestimmungen dieses Beschäftigungsvertrages als Mitunternehmerin und nicht als weisungsgebundene Arbeitnehmerin der Gesellschaft anzusehen ist. Die Gesellschaft ist vor diesem Hintergrund 32

nicht verpflichtet, Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge für die Beschäftigte zu entrichten.

§ 3 Arbeitsverhinderung 33

(1) Die Beschäftigte ist verpflichtet, eine vorübergehende Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich der Gesellschaft mitzuteilen und bei einer länger dauernden Arbeitsverhinderung für eine Vertretung zu sorgen. 34

(2) Dauert die Arbeitsverhinderung länger als vier Wochen an, entfällt für die Zeit der Arbeitsverhinderung der Anspruch der Beschäftigten auf die Zahlung der Pauschalvergütung gemäß § 2 Absatz 1. 35

§ 4 Geschäftsführung 36

(1) Die Beschäftigte ist innerhalb ihres Aufgabenbereichs im Innenverhältnis gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft weisungsbefugt. 37

(2) Aufgrund der Regelungen im Vertrag über die atypisch stille Gesellschaft, dürfen die Geschäftsführer der Gesellschaft zudem folgende Maßnahmen nur mit Zustimmung der atypisch stillen Gesellschafterin vornehmen: 38

a) Aufnahme weiterer stiller Gesellschafter; b) Erwerb von oder Beteiligung an anderen Unternehmen sowie deren Veräußerung; c) Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Teiles des Unternehmens; d) Errichtung von Zweigniederlassungen; e) Abschluss, Änderung und Aufhebung von Gewinn- oder Verlustübernahmeverträgen sowie weiteren stillen Gesellschaftsverträgen; f) Abschluss und Kündigung von Dauerschuldverhältnissen einschließlich Dienstverträgen, durch die die Gesellschaft jährlich mit mehr als EUR 10.000,00 belastet wird bzw. ist; g) Investitionen über einen Betrag von mehr als EUR 5.000,00; h) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten; i) Rechtsgeschäfte zwischen der Inhaberin und Gesellschaftern der Inhaberin sowie deren Angehörigen, die über einen Betrag von EUR 1.000,00 bzw. bei Dauerschuldverhältnissen von EUR 1.000,00 p.a. hinausgehen; j) vollständige oder teilweise Einstellung des Handelsbetriebs der Inhaberin. 39

§ 5 Nebenbeschäftigung 40

Die Beschäftigte ist jederzeit berechtigt, neben ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft auch für andere Auftraggeber tätig zu werden. 41

§ 6 Verschwiegenheit 42

(...) 43

§ 7 Kündigung 44

(1) Der Beschäftigungsvertrag kann von beiden Beteiligten mit einer Frist von vier Wochen zum Ende eines Quartals gekündigt werden. Die Kündigung bedarf keiner Begründung. (...) 45

(2) Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. 46

§ 8 Salvatorische Klausel 47

(...) 48

Im Juli 2008 stellten die Klägerin und die Beigeladene zu 5) gemeinsam einen Antrag bei der Beklagten auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status mit dem Begehren festzustellen, dass die Beigeladene zu 5) nicht der Versicherungspflicht unterliegt.	49
Mit an die Klägerin adressiertem Bescheid vom 18.12.2008 stellte die Beklagte nach Anhörung der Klägerin und der Beigeladenen zu 5) fest, dass die Tätigkeit der Letztgenannten für die Klägerin als mitarbeitende atypisch stille Gesellschafterin (Leiterin des Controllings) ab dem 10.3.2008 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Die Versicherungspflicht beginne mit dem Tag der Aufnahme der Tätigkeit. Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, die Beigeladene zu 5) habe in der stillen Gesellschaft keine Sperrminorität. Sie erhalte eine pauschale monatliche Vergütung und sei an den Verlusten nur bis zur Höhe ihrer Vermögenseinlage beteiligt. Zudem obliege ihr keine Nachschusspflicht, daher habe sie kein wesentliches Unternehmensrisiko zu tragen. Im Übrigen sei sie unabhängig von der vertraglichen Gestaltung in ihrem Handeln an die Beschlüsse der Gesellschafter und folglich auch an die Weisungen der Geschäftsführung der GmbH gebunden.	50
Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin am 14.1.2009 Widerspruch. Zur Begründung führte sie aus, die Beigeladene zu 5) habe aufgrund ihrer Befugnisse eine Stellung wie ein Gesellschafter und Geschäftsführer und agiere auch dementsprechend. Entgegen der Auffassung der Beklagten unterliege sie auch keinen Weisungen der Geschäftsführer. Insbesondere hinsichtlich ihrer Einlage von 15.000,00 EUR im Rahmen der atypischen Gesellschaft trage sie zudem ein relevantes unternehmerisches Risiko. Schließlich habe die Beigeladene zu 5) zwar keine Sperrminorität im engeren Sinne, jedoch müssten die Gesellschafter für jedwede wesentliche Entscheidung ihre Zustimmung einholen. Sie stehe daher im Zentrum der internen Willensbildung der Klägerin.	51
Mit an die Klägerin adressiertem Bescheid vom 29.6.2010 änderte die Beklagte vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 11.3.2009 (B 12 R 11/07 R) den Ausgangsbescheid vom 18.12.2008 ab. Sie stellte nunmehr fest, dass in der seit dem 10.3.2008 ausgeübten Beschäftigung der Beigeladenen zu 5) als mitarbeitende atypisch stille Gesellschafterin (Leiterin des Controllings) bei der Klägerin Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe und dass die Versicherungspflicht am 10.03.2008 beginne.	52
Mit an die Klägerin adressiertem Widerspruchsbescheid vom 24.11.2010 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Trotz der Einwendungen der Klägerin sei die Beigeladene zu 5) als abhängig beschäftigt zu qualifizieren.	53
Am 15.12.2010 haben die Klägerin und die Beigeladene zu 5) Klage zum Sozialgericht (SG) Köln erhoben, die sie im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrages aus dem Verwaltungsverfahren begründet haben.	54
Die Klägerin und die Beigeladene zu 5) haben beantragt,	55
den Bescheid der Beklagten vom 18.12.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.11.2010 aufzuheben und festzustellen, dass die Beigeladene zu 5) bei der Klägerin nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.	56
Die Beklagte hat beantragt,	57
	58

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die angefochtenen Bescheide weiterhin für rechtmäßig gehalten. Sie ist insbesondere der Auffassung gewesen, ein maßgebender Einfluss der Beigeladenen zu 5) auf die Geschicke der Klägerin könne aufgrund einer atypischen stillen Gesellschaft nicht geltend gemacht werden. Die Beigeladene zu 5) verfüge nicht über die Rechtsmacht in der Klägerin. 59

Die Beigeladenen zu 1) bis 4) haben keinen Antrag gestellt. 60

Das SG hat mit Urteil vom 31.1.2012 den Bescheid der Beklagten vom 18.12.2008 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 29.6.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.11.2010 aufgehoben und festgestellt, dass die Beigeladene zu 5) bei der Klägerin ab dem 10.3.2008 nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist. Auf die Entscheidungsgründe dieses Urteils wird Bezug genommen. 61

Gegen das ihr am 5.3.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 30.3.2012 Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt sie vor, die Beigeladene zu 5) sei zu keinem Zeitpunkt Gesellschafterin der Klägerin gewesen. Maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke einer Gesellschaft habe aber im Regelfall selbst ein Gesellschafter nur dann, wenn er als Mehrheitsgesellschafter mehr als 50 % der Kapitalanteile der GmbH halte. Nur dann sei er in der Lage, Einzelanweisungen der Geschäftsführung an sich im Bedarfsfall jederzeit zu verhindern. Allenfalls sei die die Beigeladene zu 5) aufgrund der ihr vertraglich eingeräumten Rechte vergleichbar mit einem mitarbeitenden Gesellschafter mit einer auf außergewöhnliche Geschäftshandlungen beschränkten Sperrminorität. Eine derart beschränkte Sperrminorität schließe die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aber nicht aus. Durch die gewählte Form der (atypischen) stillen Gesellschaft sei beabsichtigt gewesen, das Unternehmenskapital zu stärken. Eine Umkehrung der Rollenverteilung zwischen der stillen Gesellschafterin und der Geschäftsinhaberin habe die vorliegende Vertragsgestaltung nicht zur Folge. Die Geschäftsführung der atypisch stillen Gesellschaft liege laut § 4 VstG ausschließlich bei der Geschäftsinhaberin. Damit verblieben die operative Ausgestaltung und deren Organisation grundsätzlich bei der Klägerin. Daran ändere auch die Regelung im VstG nichts, dass für bestimmte Maßnahmen zuvor die Zustimmung der stillen Gesellschafterin einzuholen sei. Über das Tätigwerden der stillen Gesellschafterin innerhalb der GmbH sei ein Beschäftigungsvertrag geschlossen worden. Danach sei die Beigeladene zu 5) als leitende Angestellte für den Bereich Finanzierung und Controlling verantwortlich. Den Mitarbeitern ihres Aufgabenbereiches sei sie im Innenverhältnis weisungsbefugt. Damit sei sie in die betriebliche Organisation der GmbH eingegliedert. 62

Die Beklagte beantragt, 63

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 31.1.2012 zu ändern und die Klage abzuweisen. 64

Die Beigeladene zu 5) - vormalige Klägerin zu 1) - hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ihre Klage zurückgenommen und ist sodann zum Verfahren beigeladenen worden. Die Klägerin beantragt, 65

die Berufung zurückzuweisen. 66

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, wiederholt ihr bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor, die Stellung eines atypisch stillen Gesellschafters sei von Rechts wegen immer stärker als die eines reinen GmbH-Gesellschafters, da es sich um eine 67

Mitunternehmerschaft handele, die von Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerrisiko geprägt sei. Der atypisch stille Gesellschafter sei nichts anderes als ein tätiger Personengesellschafter, der per se nicht pflichtversichert in der gesetzlichen Sozialversicherung sei. Sie, die Klägerin, sei im Jahr 2002 von Herrn T, dem Ehemann der Beigeladenen zu 5), und Herrn E gegründet worden. Beide Gründer seien professionelle BMX-Fahrer gewesen und hätten sich entschieden, selbst BMX-Fahrräder zu bauen, wobei Herr T der Tüftler gewesen sei und die Räder entwickelt und gebaut habe und Herr E den Kontakt zur BMX-Szene gehalten habe, um ein "cooles" Image der Firma aufzubauen. Keiner der beiden habe in irgendeiner Weise Erfahrung mit der Organisation oder Führung eines Unternehmens, geschweige denn Erfahrung mit Buchführung, Steuern, Vertragswesen oder ähnlichem gehabt. In den Anfangsjahren bis 2005, also in der Aufbauphase, habe sich Herr T noch selbst um die Planung der Räder und die Organisation gekümmert. Da das Unternehmen aber schnell gewachsen sei und Herr T sich auf die Konzeption der Fahrradbauteile habe konzentrieren müssen, habe die Beigeladene zu 5) die Geschäfte der Gesellschaft übernommen, und die beiden Gründer hätten sich um Technik und BMX-Fahrer gekümmert. Als das Unternehmen aus dem Gründungsstadium heraus gewachsen sei, habe die Beigeladene zu 5), auch an seinem wirtschaftlichen Erfolg beteiligt werden sollen, an dem sie beträchtlichen Anteil gehabt habe. Allerdings hätten die Beigeladene zu 5), Herr T und Herr E beschlossen, die Beigeladene zu 5) nicht als GmbH-Gesellschafterin und Geschäftsführerin am Unternehmen zu beteiligen, um die Balance zwischen Herrn T und Herrn E an dieser Stelle zu wahren. Zudem habe nicht gegenüber Mitarbeitern, Lieferanten und BMX-Szene der Eindruck entstehen sollen, die Beigeladene zu 5) und Herr T seien die "Chefs" des Unternehmens und Herr E nur noch Minderheitsgesellschafter, der jederzeit herausgedrängt werden könne. Aus diesem Grund sei die Beigeladene zu 5) zu einem Drittel am Ertrag und den stillen Reserven über die atypisch stille Gesellschaft beteiligt worden, die im Außenverhältnis nicht sichtbar sei, ihr aber gleichsam alle Rechte gesichert habe. Neben dem Zustimmungsvorbehalt in § 4 Abs. 2 VstG habe sie nahezu alle Entscheidungen des Tagesgeschäfts auch gegen den Willen der Gesellschafter treffen können. So entscheide sie über die Einstellungen sämtlicher Mitarbeiter mit Ausnahme von geringfügigen Beschäftigten, sie entscheide über alle Investitionen mit einem Volumen von mehr als 5.000,00 Euro und über den Abschluss nahezu sämtlicher Dauerschuldverhältnisse, d.h. Miete, Leasing, Steuerberater, etc. Die dargestellten Umstände zeigten sich insbesondere deutlich daran, dass Herr E sich ab dem Jahr 2010 immer mehr aus dem Geschäft zurückgezogen habe. Umsätze, Gewinne und Mitarbeiterzahl seien seit Gründung sehr stark gestiegen, so dass es sich am Ende nicht mehr um ein Hinterhofunternehmen, sondern um ein weltweit produzierendes und verkaufendes Fahrradunternehmen gehandelt habe. Dies sei Herrn E zu viel geworden. Aus diesem Grund sei die Beigeladene zu 5) Ende 2010 als weitere Geschäftsführerin bestellt worden, im Jahr 2011 habe dann Herr E seine Anteile an Herrn T veräußert und sein Amt als Geschäftsführer niedergelegt. Die Beigeladene zu 5) sei nicht in die betriebliche Organisation des Unternehmens eingegliedert. Ganz im Gegenteil bestimme sie diese Organisation wesentlich: Sie lege die Arbeitszeiten sämtlicher Mitarbeiter fest, organisiere die Arbeitsabläufe, verhandle die Verträge, organisiere und kontrolliere die Buchhaltung, regele die Abläufe mit dem Steuerbüro und organisiere Einkauf und Verkauf. Sie tue dies, wann und wie sie wolle. Dies sei zum einen vertraglich zugesichert gewesen, zum anderen gebe es tatsächlich auch niemanden, der auch nur ansatzweise habe sagen können, was sie zu tun habe.

Zur Berufungserwiderung hat die Klägerin folgende Unterlagen beigebracht:

68

- die Niederschrift über die Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 23.8.2011 über die Abberufung des Herrn E als Geschäftsführer

69

- die Veröffentlichung der Eintragung der Beigeladenen zu 5) als einzelvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin vom 22.12.2010 70
- die Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers E bei dem AG L 71
- die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG der Klägerin vom 23.8.2011, die Herrn T als alleinigen Gesellschafter ausweist. 72

Die Beklagte hat sodann mitgeteilt, dass mit Eingang vom 11.10.2012 für die Beigeladene zu 5) erneut ein Statusfeststellungsverfahren beantragt worden sei, da sie zwischenzeitlich zur Geschäftsführerin der Klägerin berufen worden sei. Daraufhin hat die Beklagten mit an die Klägerin und die Beigeladene zu 5) adressierten Bescheiden vom 31.10.2012 festgestellt, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 5) als Geschäftsführerin bei der Klägerin seit 1.9.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde, in dem Beschäftigungsverhältnis Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe und die Versicherungspflicht am 1.9.2010 beginne. 73

Die Klägerin hat sodann auf Nachfrage des Senats die der Beigeladenen zu 5) im Zeitraum ab 2008 gezahlten Entgelte einschließlich Tantiemen und Gewinnbeteiligungen mitgeteilt. Des Weiteren sind die die Beigeladene zu 5) betreffenden Einkommenssteuerbescheide für 2008 bis 2011 übersandt sowie die Prüfmittelung der Beklagten vom 19.8.2011 über die am selben Tag durchgeführte Betriebsprüfung bei der Klägerin überreicht worden. Auf den Inhalt dieser Unterlagen wird Bezug genommen. 74

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen. 75

Entscheidungsgründe: 76

I. Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) bis 4) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit den ordnungsgemäßen Terminnachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat. 77

II. Gegenstand des Verfahrens sind, nachdem die Beigeladene zu 5) - vormalige Klägerin zu 1) - ihre Klage in der Berufungsinstanz in zulässiger Weise zurückgenommen hat (§§ 153 Abs. 1, 102 Abs. 1 SGG) die an die Klägerin gerichteten Bescheide vom 18.12.2008 und 29.6.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.11.2010. Danach ist der Zeitraum vom 10.3.2008 bis 31.8.2010 streitig, in dem die Beigeladene zu 5) Leiterin des Bereichs Finanzierung und Controlling der Klägerin und atypisch stille Gesellschafterin war. Mit der Bestellung der Beigeladenen zu 5) zur Geschäftsführerin der Klägerin mit Wirkung zum 1.9.2010 liegt ein neuer Sachverhalt vor. Der sich hierüber verhaltende Bescheid vom 31.10.2012 ist nicht gemäß §§ 153 Abs. 1, 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens geworden. 78

III. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft (§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz [SGG]) und form- und fristgerecht erhoben worden (§ 151 Abs. 1 SGG). Die vollständig abgefasste Entscheidung ist der Beklagten am 5.3.2012 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen am 30.3.2012 eingegangen. 79

IV. Die Berufung der Beklagten ist auch begründet. Die Bescheide vom 18.12.2008 und vom 29.6.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.11.2010 beschweren die Klägerin nicht im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG. Denn sie sind im Hinblick auf die - nunmehr nur noch - festgestellte Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 5) in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung in der Zeit vom 10.3.2008 bis zum 31.8.2010 rechtmäßig.

Zunächst durfte die Beklagte in der Sache entscheiden (1.). Darüber hinaus ist sie zu Recht zu der Feststellung gelangt, dass die Beigeladene zu 5) im streitgegenständlichen Zeitraum in ihrer Tätigkeit für die Klägerin der Versicherungspflicht in den vorgenannten Zweigen der Sozialversicherung unterlag (2.). 81

1. Zur Feststellung der Versicherungspflicht kann sich die Beklagte auf die Ermächtigungsgrundlage des § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV stützen. Danach können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Abs. 2 SGB IV die Beklagte (§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Vorliegend hatte weder die Einzugsstelle noch ein anderer Versicherungsträger im Zeitpunkt der Antragstellung im Juli 2008 ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. 82

Die Prüfmitteilung der Beklagten vom 19.8.2011 (Prüfzeitraum vom 1.1.2007 bis 31.12.2010) steht einer Sachentscheidung der Beklagten im Verfahren nach § 7a SGB IV nicht entgegen. Dies gilt unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob eine Prüfmitteilung überhaupt Verwaltungsaktqualität haben kann (verneinend BSG, Urteil v. 30.10.2013, B 12 AL 2/11 R, juris). Denn die Prüfmitteilung vom 19.8.2011 hat jedenfalls keinerlei statusrechtliche Feststellungen zu dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis getroffen. 83

2. Der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind (§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch [SGB VI], § 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V], § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch [SGB XI], § 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]). 84

a) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. 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, 85

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).

Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, das heißt den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 29.7.2015, B 12 KR 23/13 R; BSG, Urteil v. 19.8.2015, B 12 KR 9/14 R, jeweils juris).

86

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 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, a.a.O., juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, L 8 (16) R 55/08; Senat, Urteil v. 24.9.2014, L 8 R 1104/13; Senat, Urteil v. 30.4.2014, L 8 R 376/12, jeweils juris).

87

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats und unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Beigeladene zu 5) im streitigen Zeitraum bei der Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses in Form eines Dauerschuldverhältnisses tätig geworden ist, da die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände in der Gesamtabwägung überwiegen.

88

aa) Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Tätigkeit der Beigeladenen zu 5) für die Klägerin im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit ausgeführt wurde, sind die im Streitzeitraum geltenden vertraglichen Regelungen. Dies sind zum einen die Regelungen des zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 5) geschlossenen BV vom 1.3.2008 und zum Anderen die des ebenfalls zwischen den vorgenannten Vertragsparteien geschlossenen VstG vom 31.12.2005.

89

90

Die Bezeichnung als "Beschäftigungsvertrag" und die Bezeichnung der Beigeladenen zu 5) als "Beschäftigte" deuten bereits auf ein Beschäftigungsverhältnis hin. Inhaltlich enthält der BV zudem insbesondere im Sinne einer Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation sowie hinsichtlich der Vergütung arbeitsvertragstypische Regelungen. § 1 Abs. 1 legt detailliert das Aufgabengebiet der Beigeladenen zu 5) fest. In § 1 Abs. 2 wird geregelt, dass sie gegenüber der Gesellschaft für eine funktionierende Organisation der Buchhaltung, der Rechnungsstellung und des internen Controllings verantwortlich ist. § 1 Abs. 5 bestimmt, dass die Beigeladene zu 5) verpflichtet ist, sich auf dem Gebiet ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft weiterzubilden und sich jederzeit über die einschlägigen Veränderungen ihres Fachgebietes zu informieren. Sie erhält gem. § 2 Abs. 1 für ihre Tätigkeit arbeitnehmertypisch eine monatliche Pauschalvergütung in Höhe von 2.300,00 Euro. Zusätzlich erhält sie eine gewinnabhängige Tantieme in Höhe von 5% des Jahresüberschusses der Gesellschaft (§ 2 Abs. 2). Nach § 3 Abs. 1 ist die Beigeladene zu 5) verpflichtet, eine vorübergehende Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich der Gesellschaft mitzuteilen. Nach § 3 Abs. 2 entfällt für die Zeit der Arbeitsverhinderung der Anspruch der Beschäftigten auf die Zahlung der Pauschalvergütung gem. § 2 Abs. 1, wenn die Arbeitsverhinderung länger als 4 Wochen andauert. Nach § 4 Abs. 1 ist die Beigeladene zu 5) innerhalb ihres Aufgabenbereichs im Innenverhältnis gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft weisungsbefugt. § 6 regelt die Verpflichtung der Beigeladenen zu 5) zur Verschwiegenheit. Nach § 7 Abs. 1 kann der Beschäftigungsvertrag von beiden Beteiligten mit einer Frist von 4 Wochen zum Ende eines Quartals gekündigt werden, wobei die Kündigung keiner Begründung bedarf.

Soweit die Beigeladene zu 5) gemäß § 1 Abs. 3 BV grundsätzlich frei von Weisungen tätig wird und in der Bestimmung ihres Arbeitsortes wie ihrer Arbeitszeit frei ist, spricht dies nur vordergründig für eine selbständige Tätigkeit. Diese Freiheiten bestehen bei näherer Betrachtung der Gesamtheit der vertraglichen Regelungen allerdings nur vordergründig. Denn die Beigeladene zu 5) war verantwortlich für eine funktionierende Organisation der Buchhaltung, der Rechnungsstellung und des Controllings. Mängel in diesen Bereichen eröffneten der Klägerin damit sofort das Recht zur Erteilung von Weisungen. Dementsprechend regelt § 1 Abs. 3 Satz 1 BV, dass die Beigeladene zu 5) nur grundsätzlich frei von Weisungen tätig wird, also nicht stets. Soweit eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch die Beigeladene zu 5) eine Tätigkeit zu einer bestimmten Zeit und/oder an einem bestimmten Ort erforderte, bestand damit die Rechtsmacht für die Klägerin, auch hierzu Weisungen zu erteilen. Soweit die Beigeladene zu 5) nach § 3 BV eine vorübergehende Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer der Klägerin unverzüglich mitzuteilen und bei einer länger dauernden Arbeitsverhinderung für eine Vertretung zu sorgen hat, ergibt sich im Umkehrschluss ihre Verpflichtung, ihre Arbeitsleistung für die Klägerin kontinuierlich zu erbringen. Insgesamt steht § 1 Abs. 3 BV der Annahme einer weisungsgebundenen Tätigkeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation daher nicht entgegen. 91

Der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses steht auch § 1 Abs. 4 BV nicht entgegen. Zwar regelt diese Bestimmung, dass aufgrund der Bestimmungen des VstG außergewöhnliche Geschäfte der Geschäftsführung nur mit Zustimmung der Beigeladenen zu 5) möglich sind. Zudem nennt § 4 Abs. 2 eine Reihe von Geschäften bzw. Maßnahmen, die gem. § 4 Abs. 1, 2 VstG die Geschäftsführer der Gesellschaft nur mit Zustimmung der atypisch stillen Gesellschafterin vornehmen dürfen, wie z.B. Aufnahme weiterer stiller Gesellschafter, Erwerb von oder Beteiligung an anderen Unternehmen sowie deren Veräußerung, Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Teil des Unternehmens etc. Diese Regelungen sind jedoch letztlich gesellschaftsrechtlicher Natur. Zur 92

Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit geben sie dagegen nichts her.

Für eine selbständige Tätigkeit spricht allein, dass die Beteiligten in § 2 Abs. 4 Satz 1 BV ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, die Beigeladene zu 5) sei aufgrund der Bestimmungen des VstG und der Bestimmungen des BV als Mitunternehmerin und nicht als weisungsgebundene Arbeitnehmerin der Gesellschaft anzusehen, und die Klägerin daher nicht verpflichtet, Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge für sie zu entrichten. Damit enthält diese Vertragsbestimmung aber letztlich lediglich die von den vertragschließenden Parteien angenommene Rechtsfolge ihrer (unzutreffenden) Beurteilung des Status der Beigeladenen zu 5). Eigenständiger Indizwert für die Gesamtabwägung kommt ihr aufgrund dessen nur sehr eingeschränkt zu. Zudem verpflichtet § 3 Abs. 1 2. Halbsatz BV die Beigeladene zu 5), bei einer länger dauernden Arbeitsverhinderung für eine Vertretung zu sorgen. Dies ist für eine abhängige Beschäftigung untypisch, vermag aber die Gesamtbeurteilung des Vertragswerks als eher für eine abhängige Beschäftigung sprechend nicht entscheidend zu beeinflussen.

93

bb) Auf der Grundlage der vorgenannten vertraglichen Grundlagen war die Beigeladene zu 5) auch tatsächlich nicht in ihrem eigenen, sondern in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Klägerin, einer GmbH als alleiniger Rechtsträgerin, eingegliedert (1) und dieser gegenüber weisungsgebunden tätig (2), wobei ihre Weisungsgebundenheit zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess der Klägerin verfeinert war.

94

(1) Alleinige Betriebs- bzw. Unternehmensinhaberin war die Klägerin, die als GmbH juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit ist und deshalb unabhängig von den als Gesellschaftern dahinterstehenden juristischen oder natürlichen Personen und deren verwandtschaftlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen betrachtet werden muss (BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 17). Während ihrer Tätigkeit war die Beigeladene zu 5) daher vollständig in den fremden Betrieb und folglich in eine ihr einseitig 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.). Eine andere Betrachtungsweise würde die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH in unzulässiger Weise hinweg fingieren. Die aus der Klägerin und Beigeladenen zu 5) bestehende atypisch stille Gesellschaft ändert an dieser Beurteilung nichts, da sie mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht Trägerin eigener Rechte sein kann (vgl. § 230 Abs. 2 Handelsgesetzbuch [HGB]; Mock in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 230 Rn. 5).

95

Der Beigeladenen zu 5) war im Sinne einer Arbeitsteilung ein begrenztes Aufgabengebiet innerhalb der Klägerin zugewiesen. Sie hatte die Bereiche der Finanzen und des Controllings zu verantworten, die Gesellschafter-Geschäftsführer T und E die anderen Bereiche der Technik und des Kontakts zu den Fahrern. Darüber hinaus ergibt sich ihre Eingliederung aus dem Zusammenwirken mit der Geschäftsführung der Klägerin. § 1 Abs. 2 Satz 2 BV bestimmt insoweit, dass sie die Geschäftsführung bezüglich sämtlicher Maßnahmen der Finanzierung und der Erreichung der finanziellen und betriebswirtschaftlichen Ziele der Klägerin berät. Vor der Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte und Entscheidungen, sei es durch die Beigeladene zu 5), sei es durch die Geschäftsführer, haben sich die Beteiligten abzustimmen und - wenn möglich - einvernehmliche Entscheidungen zu treffen (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BV). Nach § 4 Abs. 1 BV ist die Beschäftigte innerhalb ihres Aufgabenbereichs im Innenverhältnis gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft weisungsbefugt.

96

(2) Die Beigeladene zu 5) war auch gegenüber der Klägerin weisungsgebunden im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe an deren Arbeitsprozess. Bestimmte Geschäfte

97

von besonderer Bedeutung für die Klägerin konnten gem. §§ 4 Abs. 2 VstG, 4 Abs. 2 BV zwar nur mit Zustimmung der Beigeladenen zu 5) erfolgen, damit verfügte sie allerdings nur über eine partielle und keine umfassende Sperrminorität und konnte somit nicht jederzeit Weisungen der Geschäftsführer der Klägerin verhindern. Bei der statusrechtlichen Beurteilung von Geschäftsführern einer GmbH steht eine lediglich partielle Sperrminorität, die im Übrigen Weisungen an den Geschäftsführer nicht ausschließt, der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, denn die höchstrichterliche Rechtsprechung fordert hinsichtlich einer relevanten Rechtsmachtverschiebung, dass der Betroffene ihm nicht genehme Weisungen "jederzeit" abwenden kann (BSG, Urteil v. 24.9.1992, 7 RAr 12/92; BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 8 S. 16; BSG, Urteil v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R, ZIP 2006, 678; BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 R 14/10 R; BSG, Beschluss v. 31.3.2014, B 12 R 53/13 B; Senat, Urteil v. 2.7.2014, L 8 R 777/12; Senat, Urteil v. 3.9.2014, L 8 R 55/13; Senat, Urteil v. 27.8.2014, L 8 R 337/13, jeweils juris). Diese Grundsätze gelten für vorliegenden Fall umso mehr, als die Beigeladene zu 5) im Streitzeitraum noch nicht einmal Geschäftsführerin, sondern in der Hierarchie unter der Geschäftsführungsebene tätig war. An der Klägerin war die Beigeladene zu 5) nicht einmal beteiligt.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass die Beigeladene zu 5) die Ehefrau des Mehrheitsgesellschafters T ist. Denn die Abhängigkeit der Statuszuordnung vom rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten ist mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht in Einklang zu bringen (vgl. auch zu den folgenden Ausführungen: BSG, Urteile v. 29.7.2015, B 12 KR 23/13 R und B 12 R 1/15 R jeweils juris). Eine "Schönwetter-Selbständigkeit", die sich ausschließlich daraus ableitet, dass dem Betroffenen in harmonischen Zeiten freie Hand gelassen wird, während im Fall eines Zerwürfnisses dessen Weisungsunterworfenheit zum Tragen käme, ist nicht anzuerkennen. Zugleich verringert das Anknüpfen an die den Beteiligten von Gesetzes oder Vertrags wegen zukommende Rechtsmacht Manipulationsmöglichkeiten bezüglich der Generierung oder Negierung von Sozialversicherungspflicht. Andernfalls stünde es nämlich gerade bei kleinen (Familien-)Unternehmen im freien Belieben der Beteiligten, durch zweckgerichtete Angaben zur tatsächlichen Stellung des Betroffenen im Unternehmen Sozialversicherungspflicht zu begründen oder auszuschließen. Dass gerade bei Familienunternehmen die Feststellung der ggf. zur Sozialversicherungspflicht führenden Umstände schwierig ist, hat der Gesetzgeber anerkannt (zusätzliche Meldepflicht bei einer verwandtschaftlichen Beziehung zum Arbeitgeber nach § 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchst. d SGB IV; obligatorische Antragstellung durch die Einzugsstelle nach § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

cc) Wesentliche Merkmale, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen und letztlich im Rahmen der Gesamtabwägung dermaßen überwiegen, dass nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist, sind für den Senat nicht festzustellen.

(1) Das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte der Beigeladenen zu 5) ist nicht vorgetragen und auch sonst nicht erkennbar.

(2) Die Beigeladene zu 5) trug im streitigen Zeitraum auch kein in der Gesamtabwägung ausschlaggebendes Unternehmerrisiko. 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 hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Erforderlich ist ein Risiko, das über das Risiko hinausgeht, für den

Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen (Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 117). Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, a.a.O., BSG, Urteil v. 28.9.2011, a.a.O.; Senat, Urteil v. 30.4.2014, L 8 R 376/12, juris).

(a) Die Beigeladene zu 5) setzte ihre eigene Arbeitskraft nicht mit ungewissem Erfolg ein. Sie erhielt gem. § 2 Abs. 1 BV eine monatlich gleichbleibende und von der Ertragslage der Klägerin unabhängige Vergütung in Höhe von monatlich 2.300,00 Euro brutto. Soweit die Klägerin in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten mit der Gefahr einer Insolvenz geraten wäre, hätte die Beigeladene zu 5) lediglich das damit einhergehende Arbeitgeberinsolvenzrisiko wie jeden abhängig Beschäftigten getroffen. 102

(b) Hinsichtlich des Einsatzes eigenen Kapitals ist ein maßgeblich ins Gewicht fallendes Risiko der Beigeladenen zu 5) gleichfalls nicht ersichtlich. In ihrer Eigenschaft als stiller Gesellschafterin geht ihr Risiko, ihr für die Beteiligung an der stillen Gesellschaft eingesetztes Kapital in Höhe von 15.000,00 Euro zu verlieren, nicht über das eines GmbH-Gesellschafters hinaus. Ein weitergehendes Verlustrisiko bestand gem. § 232 Abs. 2 Satz 1 HGB nicht. Dieses Risiko ist als solches ein typisches Gesellschafterrisiko, das in keinem unmittelbaren bzw. untrennbaren Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als leitender Angestellter steht. 103

(3) Soweit die Beigeladene zu 5) Tantiemenzahlungen in Höhe von 5.000,00 Euro in 2009 und in Höhe von 66.000,00 Euro in 2010 erhielt, kommt diesem Umstand grundsätzlich nur Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit 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, mwN, juris). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit nicht wesentlich. 104

(4) Freiheiten der Beigeladenen zu 5) bei der Gestaltung der Tätigkeit und Bestimmung der Arbeitszeit bestanden nicht in einer für Selbständigkeit typischen Weise, sondern nur in Form weitreichender Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R; Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11, jeweils juris). Ein stark abgeschwächtes Weisungsrecht ist bei der Wahrnehmung von Tätigkeiten von leitenden Angestellten, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Dennoch werden auch Tätigkeiten von leitenden Angestellten im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie - wie vorliegend - fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes. 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 (BSG, Urteil v. 30.4.2013, B 12 KR 19/11 R, a.a.O.; Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, a.a.O.; jeweils m.w.N.). Allein weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender 105

Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbständigen (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R; Senat, Urteil v. 17.10.2012, a.a.O.).

dd) In der Gesamtabwägung überwiegen daher deutlich die maßgeblich für abhängige Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkte der Eingliederung und Weisungsgebundenheit, wo hingegen Gesichtspunkte für Selbstständigkeit nur in Form der Tantiemenzahlung vorhanden sind, der wie bereits dargelegt allein nicht ausreicht, um bei der Abwägung zu dem Ergebnis einer selbständigen Tätigkeit zu gelangen. Denn er ist gegenüber den für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkte der Eingliederung und Weisungsgebundenheit (im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess der Klägerin) von deutlich geringerem Gewicht. 106

ee) Versicherungsfreiheitstatbestände liegen ersichtlich nicht vor. Die Voraussetzungen eines späteren Beginns der Versicherungspflicht gem. § 7a Abs. 6 SGB IV liegen ebenfalls nicht vor. Die Antragstellung erfolgte nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit zum 10.3.2008, sondern erst im Juli 2008, also etwa 4 Monate später. 107

V. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 183, 193 SGG. 108

Gründe, gemäß § 160 Abs. 2 SGG die Revision zuzulassen, sind nicht gegeben. 109