



1. Auch wenn der geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH über keine Mehrheit am Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfügt, kann eine abhängige Tätigkeit ausgeschlossen sein, wenn es ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestattet, nicht genehme Weisungen zu verhindern.
2. Bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer ist Selbständigkeit und keine Beschäftigung anzunehmen, wenn seine Einflussmöglichkeiten auf die Beschlüsse der Gesellschaft im Wesentlichen ähnlich denen des Mehrheitsgesellschafters gestaltet sind ("faktische" Sperrminorität), und er ferner in seinen Rechten und Pflichten diesem im Sinne einer gleichberechtigten Partnerschaft gleichgestellt ist.
3. Die Schlussfolgerung, mangels eines durch die Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft sei regelmäßig ein Abhängigkeitsverhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers anzunehmen, ist nicht zulässig.

§ 7 Abs 1 SGB IV

Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 03.05.2007 – L 16 (14) R 159/06 –
Aufhebung des Urteils des SG Düsseldorf vom 21.03.2006 - S 10 R 351/05 -

Streitig war der versicherungsrechtliche Status des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH. Der Kläger war am Stammkapital zu 49%, der andere Gesellschafter zu 51% beteiligt. Der Senat hat ein Beschäftigungsverhältnis des Klägers zur GmbH verneint und Selbständigkeit angenommen.

Zwar ergebe sich dies nicht allein aus seinem Anteil am Stammkapital, der auch keine Sperrminorität beinhaltet habe. Der fehlende Anteil in Höhe von 1 % habe sich jedoch rechtlich nicht zu seinem Nachteil im Sinne fehlender Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft ausgewirkt. Vielmehr seien die Einflussmöglichkeiten beider Gesellschafter ähnlich gestaltet gewesen. Da der Gesellschaftsvertrag in wesentlichen Fragen eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen erfordert habe, sei ihm "faktisch" eine Sperrminorität eingeräumt worden.

Auch ansonsten (Gehälter, Tantiemen, eigenverantwortliche Tätigkeit) seien die Gesellschafter gleichgestellt gewesen. Der Senat stellt insofern fest: "Es handelte sich von der Konzeption her eindeutig um zwei selbständig agierende Vertreter, die sich in der Rechtsform einer GmbH zusammengefunden haben, um als gleichberechtigte Partner tätig zu werden, und zwar in jeweiliger Unabhängigkeit von dem jeweils Anderen." Dies zeige sich auch am Grund für die unterschiedliche Kapitalbeteiligung, wonach die Kapitalmehrheit des anderen Gesellschafters nur darauf beruhe, dessen Pensionszusage abzusichern, nicht aber dem Zweck diene, Einfluss auf den Kläger nehmen zu können.

Im übrigen kann nach Ansicht des Senats nicht "regelmäßig" ein Abhängigkeitsverhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers angenommen werden, wenn ihm mangels ausreichender Kapitalbeteiligung kein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft zukomme (also im Falle fehlender Kapitalmehrheit bzw Sperrminorität). Eine solche Schlussfolgerung könne nicht getroffen werden.

Hinweis: Mit dem versicherungsrechtlichen Status eines Gesellschafter-Geschäftsführers (ohne Kapitalmehrheit oder Sperrminorität) befasst sich auch das Urteil des BSG vom 04.07.2007 - B 11a AL 5/06 R - (in dieser Ausgabe, S. 1461-1467). Dort wurde - anders als vom LSG NRW (s.o.) - ein "Regel-Ausnahme-Verhältnis" angenommen.

Das **Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen** hat mit **Urteil vom 03.05.2007 – L 16 (14) R 159/06 –** wie folgt entschieden:



Tatbestand

Zwischen den Beteiligten ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens (nur noch) streitig, ob der Beigeladene zu 1) als Gesellschafter-Geschäftsführer in der Zeit vom 01.01.2003 bis zum 26.04.2006 bei der Klägerin sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist. Nachdem der Beigeladene zu 1) durch Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag vom 27.04.2006 50 % der Geschäftsanteile der Klägerin erworben hatte, hat die Beklagte mit Bescheid vom 27.03.2007 ein Teilerkenntnis abgegeben und festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) die Tätigkeit seit dem 25.04.2006 selbständig ausübe.

Die Klägerin, die Industrievertretungen für Großfirmen insbesondere aus dem Bereich des Rohrleitungsbaus in Nordrhein-Westfalen durchführt, wurde durch notariellen Vertrag vom 20.05.1988 gegründet und am 28.06.1988 in das Handelsregister Bonn eingetragen. Gesellschafter zu je 50 % mit einem Gesellschaftsanteil von je 25.000 DM waren ursprünglich der Industriekaufmann G N, geboren am 00.00.1942, sowie der Großhandelskaufmann W M, geboren am 00.00.1947. Hervorgegangen war die Klägerin aus einer Handelsvertreter-GmbH des Zeugen N. Nach § 5 des Gesellschaftsvertrages aus dem Jahre 1988, der in seinen Regelungen unverändert weitergilt, hat die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft von ihm allein vertreten. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft von zwei Geschäftsführern gemeinschaftlich oder von einem Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Jedem Geschäftsführer kann Alleinvertretungsbefugnis sowie Befreiung von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) erteilt werden. Ist ein alleiniger Geschäftsführer zugleich Gesellschafter und Geschäftsführer, so ist er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Bei Abschluss, Änderung oder Beendigung von Einstellungsverträgen mit Geschäftsführern wird die Gesellschaft durch die Gesellschafterversammlung vertreten. § 6 des Gesellschaftsvertrages enthält weitere Regelungen, betreffend die Geschäftsführung: Die Geschäftsführer haben die Geschäfte der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu führen, in Übereinstimmung mit Gesetz, Gesellschaftsvertrag und den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung kann allgemein oder im Einzelfall die Vornahme von bestimmten Geschäften von der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig machen. Nach § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages ist zu folgenden Rechts-handlungen vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich: a) Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen, b) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Beteiligungen an anderen Unternehmen, c) Erwerb oder Veräußerung des Betriebes oder eines Teilbetriebes, d) Übernahme von Bürgschaften für fremde Verbindlichkeiten, e) Aufnahme von Krediten mit einem Betrag von mehr als 50.000,- DM, f) Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern mit einem Jahreseinkommen von mehr als 60.000,- DM, g) Abschluss von Mietverträgen und sonstigen Dauerschuldverhältnissen von mehr als 10.000,- DM Jahresaufwand. In § 7 des Gesellschaftsvertrages heißt es u. a.: "Gesellschafterversammlungen werden durch die Geschäftsführer unter Angabe von Ort, Tag, Zeiten und Tagesordnung unter Einhaltung einer Ladungsfrist von mindestens vier Wochen durch eingeschriebenen Brief einberufen. Eine ordentliche Gesellschafterversammlung findet mindestens einmal im Jahr statt. Darüber hinaus sind aus besonderem Anlass außerordentliche Gesellschafterversammlungen einzuberufen, für welche eine abgekürzte Ladungsfrist von 14 Tagen gilt. Zur Einberufung außerordentlicher Gesellschafterversammlungen sind auch Gesellschafter, welche mindestens 25 % des Stammkapitals halten, berechtigt. Jeder Gesellschafter kann sich auf der Gesellschafterversammlung durch



einen anderen Gesellschafter oder eine zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person vertreten lassen. Soweit im Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, werden die Beschlüsse der Gesellschaft mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Enthaltungen werden dabei nicht berücksichtigt. Je 100 DM Stammkapital gewähren eine Stimme. Zu den Beschlussfassungen gemäß § 6 des Gesellschaftsvertrages ist eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen erforderlich. Gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages beschließt die Gesellschafterversammlung u. a. mit einfacher Mehrheit über die Feststellung des Jahresabschlusses sowie über die Verwendung des ausgewiesenen Bilanzgewinnes. Die Gesellschaft kann gemäß § 12 des Gesellschaftsvertrages von jedem Gesellschafter mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende des Kalenderjahres gekündigt werden. Die Kündigung hat die Wirkung, dass der kündigende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und sein Gesellschaftsanteil eingezogen wird, sofern ihn nicht die übrigen Gesellschafter nach Maßgabe eines zu fassenden Gesellschafterbeschlusses übernehmen.

Der am 00.00.1969 geborene Beigeladene zu 1) war zunächst von 1986 bis September 1997 als kaufmännischer Angestellter bei verschiedenen Firmen tätig, zuletzt bei der Fa. B & W, einem früheren Kunden der Klägerin. Aufgrund seiner fachlichen und persönlichen Qualifikation sollte er langfristig die Nachfolge des Zeugen N bei der Klägerin antreten. Er nahm am 01.10.1997 zunächst eine Tätigkeit, ebenfalls als kaufmännischer Angestellter, die der Sozialversicherungspflicht unterlag, bei der Klägerin auf. Zum 01.01.2002 übernahm der Beigeladene zu 1) in einem ersten Schritt die Hälfte der Gesellschaftsanteile des Gesellschafters N, so dass danach die Gesellschaftsanteile wie folgt gehalten wurden: - Herr N: 25 % des Stammkapitals, - Herr M: 50 % des Stammkapitals, - Beigeladener zu 1): 25 % des Stammkapitals. Der Kaufpreis für den 25 %-igen Gesellschaftsanteil lag bei 73.498,21 Euro. Den Erwerb weiterer Gesellschaftsanteile zu finanzieren, hatte sich die Bank des Beigeladenen zu 1) trotz Stellung persönlicher Sicherheiten zunächst geweigert. Auch nach Erwerb der Gesellschaftsanteile setzte der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit als kaufmännischer Angestellter in versicherungspflichtiger Beschäftigung für die Klägerin fort; der Gesellschafter N wurde ab Jahresbeginn 2002 von der Klägerin ebenfalls als sozialversicherungspflichtiger Mitarbeiter geführt.

Mit weiterem Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag vom 09.12.2002 gab der Gesellschafter N seine Gesellschaftsanteile zum 01.01.2003 vollständig auf. Der Gesellschafter M erwarb einen Geschäftsanteil in Höhe von nominell 500 DM, der Beigeladene zu 1) einen solchen in Höhe von nominell 12.000,- DM zu einem Kaufpreis von 70.558,29 Euro, wiederum finanziert über Kredite. Danach hatten der Gesellschafter M Anteile am Stammkapital in Höhe von 51 %, der Beigeladene zu 1) solche in Höhe von 49 % inne. Den Erwerb von 1 % der Gesellschaftsanteile des ausscheidenden Gesellschafters N hatte sich der Gesellschafter M wegen Unklarheiten bezüglich seiner Pensionsansprüche vorbehalten. Er wollte sicher gehen, dass diese nicht an die Gesellschaft, sondern an ihn persönlich fallen würden. Ebenfalls zum 01.01.2003 wurde der Beigeladene zu 1) durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 18.12.2002 zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Er war entsprechend dem am 09.12.2002 geschlossenen Anstellungsvertrag gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer (dem Gesellschafter M) vertretungsberechtigt. Insbesondere oblagen ihm sowohl die Geschäftsführung der Gesellschaft im Sinne des Gesellschaftsvertrages und des GmbH-Gesetzes als auch der Vertrieb. Der Vertrag war erstmals zum 31.12.2003 kündbar; er verlängert sich jeweils um ein Jahr, soweit er nicht gekündigt wird. Eine Kündigung hat mit einer Frist von sechs Monaten und schriftlich zu erfolgen. Unter § 3 des Anstellungsvertrages ist weiter geregelt, dass die Be-



stellung des Beigeladenen zu 1) zum Geschäftsführer jederzeit durch Beschluss der Gesellschafterversammlung widerrufen werden könne, unbeschadet seiner Entschädigungsansprüche aus diesem Vertrag. Der Widerruf gelte als Kündigung des Anstellungsvertrages zum nächst zulässigen Zeitpunkt. Das monatliche Gehalt des Beigeladenen zu 1) wurde ab dem 01.01.2003 von bislang 5.900 Euro auf 9.500 Euro heraufgesetzt und entspricht damit dem Gehalt des weiteren Gesellschafters M, der über einen identischen Anstellungsvertrag verfügt. Zusammen mit dem November-Gehalt eines jeden Jahres erhält der Beigeladene zu 1) ein Weihnachtsgeld in Höhe eines Monatsgehaltes gezahlt. Eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 12,5 % des nach handelsrechtlichen Vorschriften ermittelten Jahresüberschusses vor Abzug von Ertragssteuern und sonstigen gewinnabhängigen Vergütungen, maximal jedoch 41.000 Euro, wird zusätzlich gezahlt. Außerdem wird dem Beigeladenen zu 1) für seine Tätigkeit ein Pkw zur Verfügung gestellt. Er erhält des Weiteren einen Zuschuss zu den Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung (KV/PV) in Höhe von 50 % der tatsächlichen Kosten (§ 3 des Anstellungsvertrages). Nach dessen § 4 hat der Beigeladene zu 1) bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit, die durch Krankheit oder aus einem anderen von dem Beigeladenen zu 1) nicht zu vertretenden Grund eintritt, einen Anspruch auf die Bezüge für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis zu einer ununterbrochenen Dauer von sechs Monaten. Außerdem verpflichtete sich die Klägerin, zugunsten des Beigeladenen zu 1) eine Unfallversicherung abzuschließen. Gemäß § 5 des Anstellungsvertrages hatte der Beigeladene zu 1) Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Tagen, der auch in Teilabschnitten genommen werden kann. Die Urlaubszeiten sind im Einvernehmen unter den Gesellschaftern zu regeln. Eine Befreiung von dem Verbot der Selbstkontrahierung gemäß § 181 BGB erfolgte weder bezüglich des Beigeladenen zu 1) noch bezüglich des Gesellschafters M.

Mit dem Ausscheiden des Gesellschafters N übernahm der Beigeladene vollständig dessen bisheriges Aufgabengebiet. Während der Gesellschafter M weiterhin von L aus die Geschäfte führt, ist der Beigeladene zu 1) im Büro der Klägerin in H tätig. Beide Gesellschafter üben eine ständige Reisetätigkeit aus. Sie vertreten bei völlig unterschiedlichen Kunden aus dem Bereich der Keramchemie und der Edelstahlarmaturen (Gesellschafter M) bzw. aus dem Bereich des Rohrleitungsbaus (Beigeladener zu 1.) verschiedene Produkte, empfehlen sie den Abnehmern, nehmen Bestellungen entgegen und leiten sie weiter. Sowohl das Rechnungswesen als auch die Lieferung der Waren und die sonstige Abwicklung des vermittelten Auftrages erfolgen durch die vertretenen Firmen. Daneben beschäftigt die Klägerin noch eine sozialversicherungspflichtige Mitarbeiterin in V, die sich um die Abwicklung von Geschäften mit den Stadtwerken kümmert und als Nachfolgerin für den bevorstehenden Fall des altersbedingten Ausscheidens des Gesellschafters M aus der Gesellschaft vorgesehen ist. Eine gegenseitige oder einseitige Kontrolle der beiden Gesellschafter hat seit 2002 nicht stattgefunden. Diese tauschen sich lediglich bezüglich der aktuellen Geschäftslage aus. Dagegen muss die Mitarbeiterin in V Berichte über ihre Tätigkeit anfertigen und handelt - im Gegensatz zu dem Beigeladenen zu 1) -, wenn auch in beschränktem Maße, nach Weisungen.

Am 09.01.2003 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. In dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH erklärte er am 14.03.2003 u. a., er habe der GmbH keine Darlehen gewährt. Er verfüge nicht als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter/Betriebsangehöriger über die für die Führung eines Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Jedoch sei seine Tätigkeit durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu den anderen Gesellschaftern geprägt. Seine regel-



mäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit betrage 40 Stunden, die durchschnittliche tatsächliche wöchentliche Arbeitszeit jedoch 60 Stunden in der Woche. Er unterliege nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art und Weise der Beschäftigung. Das Weisungsrecht werde von der Gesellschaft in der Praxis auch nicht ausgeübt. Er könne, von bestimmten wichtigen Geschäften abgesehen, seine Tätigkeit in der Gesellschaft im Wesentlichen frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung der Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Personal könne er selbständig einstellen oder entlassen, und zwar Mitarbeiter mit einem Jahresgehalt unter 30.677,51 Euro. Seinen Urlaub müsse er nicht genehmigen lassen. Eine Verbuchung seiner Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. In der Vergangenheit sei von einer(m) Krankenkasse/ Rentenversicherungsträger kein Beitragsbescheid über die Versicherungspflicht erlassen worden.

Nach Auswertung der Angaben des Beigeladenen zu 1) sowie der von diesem überreichten Unterlagen stellte die Beklagte nach Anhörung mit Bescheiden vom 06.01.2004 gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) fest, dass dessen Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer für die Klägerin seit dem 01.01.2003 der Versicherungspflicht unterliege. Zur Begründung stellte die Beklagte im Wesentlichen darauf ab, der Beigeladene sei in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden. Dieser erteile einseitig im Wege des Direktionsrechts Weisungen, die Zeit, Dauer, Ort der zu beurteilenden Tätigkeit sowie die Art und Weise von deren Durchführung betreffen. Gesellschafterbeschlüsse der Klägerin würden mit der einfachen Mehrheit des stimmberechtigten Stammkapitals beschlossen. Der Beigeladene zu 1) besitze somit allein für sich betrachtet keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, da er nicht über die Hälfte des Stammkapitals verfüge und somit auch nicht die einfache Mehrheit erreichen könne.

Mit dem dagegen gerichteten Widerspruch machte die Klägerin geltend, der Beigeladene zu 1) übe seit dem 01.01.2003 keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mehr aus. Aufgrund seiner Kapitalbeteiligung von (nur) 49 % könne er nicht mit einem Arbeitnehmer gleichgesetzt werden. Seine gesellschaftsrechtliche Stellung ermögliche es ihm, über seine weit reichenden Befugnisse als Geschäftsführer hinaus derart Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen, dass ohne seine Zustimmung wesentliche Entscheidungen nicht getroffen werden könnten. Dies sei dadurch sichergestellt, dass zustimmungspflichtige Geschäfte der Geschäftsführung von den Gesellschaftern bestätigt werden müssten und gemäß § 7 Nr. 6 des Gesellschaftsvertrages der Klägerin einer Mehrheit von 75 % der Stimmen bedürften. Ohne die Genehmigung des Beigeladenen zu 1) könnten damit keine für die Geschäftsführung wesentlichen Entscheidungen getroffen werden. Zudem ermögliche es dessen Kapitalbeteiligung, jederzeit eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, um dort seinen Einfluss geltend zu machen. Aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit für die Klägerin sei die Sachkenntnis und Zuverlässigkeit des Beigeladenen zu 1) hinreichend erprobt. Seine Fachkenntnisse und Kundenkontakte machten ihn für die Geschäftsführung der Gesellschaft unentbehrlich. Seitdem er zum 01.01.2003 neben weiteren Gesellschaftsanteilen von dem ausgeschiedenen Gründungsgesellschafter N auch dessen Kunden- und Verantwortungsbereich übernommen habe, arbeite er völlig weisungsunabhängig und eigenverantwortlich. Einer tatsächlichen Kontrolle könne er schon deshalb nicht unterliegen, weil er räumlich getrennt von dem in L tätigen Mitgesellschafter-Geschäftsführer M das Büro der Gesellschaft in H leite. Er betreue auch einen völlig unterschiedlichen Kundenstamm im Verhältnis zu dem weiteren Geschäftsführer Herrn M. Seine Position müsse daher notwendiger Weise weisungsunabhängig und ei-



genverantwortlich gestaltet sein, damit er tatsächlich frei schalten und walten könne, wie er es für erforderlich halte. Dies drücke sich auch in der formellen Gestaltung seines Arbeitsvertrages aus. Der Beigeladene zu 1) sei hinsichtlich des "Ob" und des "Wie" der Wahrnehmung seiner Aufgaben, also in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und Art und Weise der Geschäftsführung völlig frei und keinerlei Weisungen durch Mitgeschäftsführer und Gesellschaft ausgesetzt.

Den Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 19.07.2005 als unbegründet zurück. Sie verblieb dabei, dass der Beigeladene zu 1) allein für sich betrachtet aufgrund seiner Kapitalbeteiligung keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft habe. Er könne zwar Einfluss auf die Firmenpolitik nehmen, aber keinen Einfluss auf die Willenserklärungen der Gesellschaft hinsichtlich der Beendigung seines Anstellungsvertrages bzw. Mitarbeiterverhältnisses. Über eine Sperrminorität verfüge er diesbezüglich nicht. Gegen eine selbständige Tätigkeit spreche auch, dass der Beigeladene zu 1) wegen des Bezugs einer festen monatlichen Vergütung kein Unternehmerrisiko trage. Zwar sei er aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlung indirekt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt, eine Kürzung bzw. ein Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage müsse er jedoch nicht befürchten. Hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Geschäftsführung sei dem Beigeladenen zu 1) zwar weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen. Trotzdem bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie sich in eine vom Mehrheitsgesellschafter vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Schließlich sei der Beigeladene zu 1) weder alleinvertretungsberechtigt noch vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB befreit.

Zur Begründung ihrer am 01.08.2005 vom Sozialgericht Düsseldorf erhobenen Klage (der Beigeladene zu 1) hat kein eigenes Verfahren geführt) hat die Klägerin weiterhin die Auffassung vertreten, die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Geschäftsführer sei als selbständig zu bewerten. Er sei in besonderer Weise für die Tätigkeit qualifiziert. Die Zusammenarbeit sei durch Harmonie geprägt. Eine Fremdbestimmtheit der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) liege nicht vor. Ein Unternehmerrisiko trage er insoweit, als er mit seinem Anteil, der wertmäßig bei rund 145.000,- Euro liege, hafte. Zu bedenken sei auch, dass der Beigeladene zu 1) die Position des früheren Mitgesellschafters N übernommen habe. Auch wenn er zunächst nur 49 % der Anteile übernommen habe, so habe er doch bereits zu diesem Zeitpunkt über eine Sperrminorität für wesentliche Entscheidungen aus § 7 Nr. 6 des Gesellschaftsvertrages verfügt.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 06.01.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2005 aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin nach dem 01.01.2003 nicht im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen und Angaben der Klägerin die angefochtene Entscheidung weiterhin für zutreffend gehalten.



Die Beigeladenen haben keine eigenen Anträge gestellt.

Mit Urteil vom 21.03.2006 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Beigeladene zu 1) über seine Kapitalbeteiligung nicht die klagende Gesellschaft beherrscht habe. Er sei Minderheits-Gesellschafter gewesen. Es lägen auch keine gewichtigen Gründe vor, die die Annahme rechtfertigen könnten, dass er dennoch (zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht) die Geschicke der klagenden Gesellschaft beherrsche. Er verfüge insbesondere nicht über eine sog. Sperrminorität, kraft derer er Beschlüsse der Gesellschafterversammlung in allen wesentlichen Angelegenheiten verhindern könne. § 7 Nr. 6 i.V.m. § 6 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages vermittele ihm lediglich die Möglichkeit zu verhindern, dass bestimmte Geschäfte der vorherigen Zustimmung der Gesellschaft bedürften. Der Beigeladene zu 1) verfüge auch nicht über alleinige Branchenkenntnisse. Vielmehr wiesen beide Gesellschafter die erforderlichen Kenntnisse auf, um die klagende Gesellschaft zu betreiben. Sie hätten ihre Zuständigkeitsbereiche lediglich aus Effizienzgründen aufgeteilt. Auch das übrige Gesamtbild spreche für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Es lägen zwar auch Merkmale für eine selbständige Tätigkeit vor; insbesondere erschwere die örtliche Trennung die Erteilung von Weisungen hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der Tätigkeit. Der Beigeladene zu 1) werde aber ohnehin reisend tätig und im Übrigen sei es bei Diensten höherer Art - wie der in Rede stehenden Geschäftsführertätigkeit - üblich und auch denknotwendig, dass diese relativ selbstbestimmt stattfinde. Auch wenn dem Beigeladenen zu 1) tatsächlich von der Klägerin keinerlei Weisungen erteilt worden sein sollten, so stehe es doch in der Rechtsmacht des Mehrheitsgesellschafters, dies zu tun. Gegen eine Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1) spreche im Übrigen, dass er mit seiner Geschäftsführertätigkeit ein wirtschaftliches Risiko nur in untergeordnetem Umfang eingegangen sei. Er erhalte nach dem Anstellungsvertrag eine feste Vergütung in Höhe von monatlich 9.500 Euro, zudem Entgeltfortzahlungen im Krankheitsfall. Nach dem Anstellungsvertrag seien die Urlaubszeiten im Einvernehmen mit den anderen Gesellschaftern - hier also dem Mehrheitsgesellschaftler - festzulegen. Der Beigeladene zu 1) sei auch nicht vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB befreit. Ihm könne darüber hinaus nach § 2 des Anstellungsvertrages mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden.

Selbst wenn man aber - entgegen den vorstehenden Ausführungen - zu dem Ergebnis gelangte, der Beigeladene zu 1) sei selbständiger Geschäftsführer der Klägerin, so wäre er zumindest in der Rentenversicherung pflichtversichert; denn nach § 2 S. 2 Nr. 9 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) sei versicherungspflichtig, wer selbständig tätig sei und in diesem Zusammenhang regelmäßig keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftige, deren Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 Euro im Monat übersteige, und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sei. Diese Voraussetzungen erfülle der Beigeladene zu 1) mit seiner Geschäftsführertätigkeit. Denn er habe als Geschäftsführer keine eigenen Angestellten und werde auch nur für einen Auftraggeber, die Klägerin, tätig. Für andere Gesellschaften dürfe er nach dem Anstellungsvertrag nicht ohne Erlaubnis der Gesellschafter tätig werden. Dies sei zwar bisher nur für die sog. Ein-Mann-GmbH entschieden worden. Die Entscheidungsgründe ließen sich aber ohne Weiteres auf Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern und mehreren Geschäftsführern, wie im Falle der Klägerin, übertragen.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 03.04.2006 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 03.05.2006 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat sie auf ihren bisherigen Vortrag Bezug genommen. Ergänzend weist die Klägerin darauf hin, dass die Ausführungen des So-



zialgerichts zu § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI unzutreffend seien. Dies habe der Gesetzgeber durch die gesetzliche Neuregelung der Vorschrift zum 01.07.2006 deutlich gemacht. Mit Gesellschafterbeschluss der Klägerin (bereits) vom 24.04.2003 sei dem Beigeladenen zu 1) zudem die dann später ins Handelsregister eingetragene Einzelvertretungsbefugnis erteilt worden. Nach dem Ergebnis der zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme sei der Beigeladene zu 1) unzweifelhaft hinsichtlich seines Arbeitsbereiches bzw. hinsichtlich der Geschäftsführung in vollem Umfang weisungsfrei und seit 2003 vollumfänglich gleichberechtigter Gesellschafter-Geschäftsführer neben dem Gesellschafter M gewesen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 21.03.2006 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 06.01.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2005 sowie des Änderungsbescheides vom 27.03.2007 zu verurteilen, das Vorliegen von Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1) im Verhältnis zur Klägerin auch in der Zeit vom 01.01.2003 bis zum 26.04.2006 festzustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 21.03.2006 zurückzuweisen, soweit kein Teilanerkennnis für die Zeit ab dem 27.04.2006 abgegeben worden ist.

Sie erachtet im Hinblick auf die eindeutigen Mehrheitsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft die Position des Beigeladenen zu 1) als untergeordnet im Verhältnis zum Mehrheitsgesellschafter. Für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) spreche weiter, dass dieser nicht vom Verbot des § 181 BGB befreit und nicht "Kopf und Seele" der Gesellschaft sei; der Gesellschafter M verfüge über gleichrangige Branchenkenntnisse und sei nicht nur - wie ein Strohmann - aus haftungsrechtlichen Gründen Gesellschafter geworden.

Der Beigeladene zu 1), der keinen eigenen Antrag stellt, schließt sich dem Vorbringen der Klägerin an.

Nachdem der Beigeladene zu 1) aufgrund des notariellen Vertrages vom 25.04.2006 einen weiteren Kapitalanteil in Höhe von 1 % an der Klägerin erworben hat und seitdem über 50 % der Gesellschaftsanteile verfügt, hat die Beklagte mit Änderungsbescheid vom 27.03.2007 auf die geänderte Sachlage reagiert. Sie hat festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 25.04.2006 die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer für die Klägerin selbständig ausübe und sich zugleich im Hinblick auf das darin liegende sofortige (Teil-)Anerkennnis gegen die Auferlegung von Kosten ausgesprochen. Ihrerseits unter Verwahrung gegen die Kostenlast hat die Klägerin das Teilanerkennnis der Beklagten angenommen.

Der Senat hat eine vollständige Fassung des Gesellschaftervertrages aus dem Jahre 1988 sowie einen Handelsregisterauszug beigezogen. Danach ist die Bestellung des Beigeladenen zu 1) zum Geschäftsführer am 30.04.2003 eingetragen worden, unter gleichem Datum ist auch dessen Einzelvertretungsberechtigung vermerkt. Es ergibt sich unter dem 01.03.2005 die weitere Eintragung, dass G N nicht mehr Geschäftsführer der Klägerin ist.



Im Termin zur Erörterung des Sachverhalts hat der Senat am 18.01.2007 den früheren Gesellschafter-Geschäftsführer G N als Zeugen vernommen und sowohl den weiteren Gesellschafter-Geschäftsführer W M als auch den Beigeladenen zu 1) umfangreich befragt. Der Beigeladene hat u. a. angegeben, dass er sich seit der Übernahme der Gesellschaftsanteile in Höhe von 49 % im Hinblick auf den beträchtlichen Kaufpreis, die Kreditaufnahmen und die Stellung von Sicherheiten finanziell stark in der Verantwortung sehe. Übereinstimmend haben die beiden Gesellschafter erklärt, in den Jahren 2003 und 2004 habe die GmbH keine Gewinne erwirtschaftet. Es sei daher nicht zur Auszahlung von Tantiemen gekommen. Den in 2005 erzielten Gewinn hätten sie einvernehmlich als Ausgleich für die Verluste der Vorjahre eingesetzt. Ohne dass aus ihrer Sicht eine rechtliche oder faktische Änderung damit verbunden sei, habe mit der Übertragung des 1 %-igen Gesellschaftsanteils auf den Beigeladenen zu 1) im April 2006 lediglich eine Anpassung der Verteilung des Stammkapitals an die bereits seit 2003 gewünschte und gelebte Gleichrangigkeit der beiden Gesellschafter erfolgen sollen. Lediglich wegen der zunächst ungeklärten Pensionsansprüche des Gesellschafters M und ohne Kenntnis von den möglichen Auswirkungen auf den sozialversicherungsrechtlichen Status habe sich der Gesellschafter M, wie auch der Zeuge N bestätigt hat, zunächst eine rechnerische Mehrheit von 1 % der Anteile ab dem 01.01.2003 vorbehalten. Wegen des weiteren Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt der Verwaltungs- sowie der Prozessakte verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist begründet.

Das Sozialgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 21.03.2006 zu Unrecht die Klage abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 06.01.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.07.2005 und des Änderungsbescheides vom 27.03.2007 ist rechtswidrig. Der Beigeladene zu 1) hat auch im nur noch streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.01.2003 bis zum 26.04.2006 seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin nicht im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - SGB V -; § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch - SGB XI -; § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI; § 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch - SGB III -). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dem gegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer ei-



genen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht - BVerfG -, Sozialrecht - SozR - 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich daraus ergebene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 18). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 8; BSG SozR 3-2400 § 7 Nrn. 13 und 15). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung, so wie sie praktiziert wird, und die praktische Beziehung, so wie sie rechtlich zulässig ist.

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Dies ist grundsätzlich neben seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich. Allerdings schließt ein rechtlich maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinne aus, wenn der Gesellschafter damit Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; BSG Urteilsammlung für die gesetzliche Krankenversicherung - USK - 9448). Dies ist jedenfalls bei Alleingeschäftnern grundsätzlich der Fall (vgl. in diesem Sinne BSG SozR 4100 § 104 Nr. 19 und BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 22; Bundesarbeitsgericht - BAG - USK 9811). Derartige Gesellschafter haben aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Position letztlich auch die Leitungsmacht gegenüber dem Geschäftsführer und unterliegen damit nicht ihrerseits dessen Weisungsrecht.

Hat ein Geschäftsführer aufgrund seiner Kapitalbeteiligung einen so maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft, dass er jeden ihm nicht genehmen Beschluss verhindern kann, so fehlt die das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis wesentlich kennzeichnende persönliche Abhängigkeit. Dies ist der Fall, wenn der Geschäftsführer Mehrheitsgesellschafter ist, er also über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft oder mehr verfügt (BSG SozR Nr. 41 zu § 537 RVO a. F.; BSG SozR 2200 § 723 Nr. 1), und zwar auch dann, wenn er von der ihm zustehenden Rechtsmacht tatsächlich keinen Gebrauch macht und die Entscheidung anderen überlässt (BSG SozR 3-4100 § 168 Nrn. 5 und 8, BSG SozR 4100 § 104 Nr. 19). Unter Umständen genügt auch schon ein geringerer Kapitalanteil, insbesondere wenn er über eine Sperrminorität verfügt, die sich unter anderem darauf erstreckt, ihm nicht genehme Weisungen gerade hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit verhindern zu können (vgl. BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8; BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 8). Der Umkehrschluss, dass mangels ei-



nes durch die Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft regelmäßig ein Abhängigkeitsverhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers anzunehmen ist, hat das BSG indes nicht gebilligt (BSG SozR Nr. 5 zu § 1 AVG a. F.). In solchen Fällen hängt das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nach allgemeinen Grundsätzen wesentlich davon ab, ob der Geschäftsführer nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit einem seine persönliche Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht der GmbH unterliegt. Denn auch wenn der geschäftsführende Gesellschafter über keine Mehrheit am Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfügt, kann eine abhängige Beschäftigung weiter dann ausgeschlossen sein, wenn es ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestattet, nicht genehme Weisungen der genannten Art zu verhindern (BSG SozR 2100 § 7 Nr. 7; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4). Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn er auch als externer (angestellter) Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschaft persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig ist (BSG USK 9975).

Zwar wird bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist, in der Regel ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen (vgl. BSG SozR Nr. 22 zu § 3 AVG; BSG, USK 82160). In dessen gilt auch für den Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt (BSG SozR 2100 § 7 Nr. 7; BSG USK 86145). Diese Grundsätze hat auch das Sozialgericht ersichtlich zugrunde gelegt.

Ausgehend von den oben dargelegten Grundsätzen spricht aber nach Auffassung des Senates unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in vertraglicher wie tatsächlicher Hinsicht auch im nur noch streitgegenständlichen Zeitraum - abweichend der Würdigung des Sozialgerichts - mehr für eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) im Verhältnis zur Klägerin als für eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit. Dies trifft bereits auf die vertragliche Gestaltung zu, wie der Senat - im Gegensatz zum Sozialgericht, dem nur Teile des Gesellschaftsvertrages zur Verfügung standen - nach Vorlage des vollständigen Gesellschaftsvertrages feststellen konnte. Zwar folgt eine Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1) nach der oben zitierten Rechtsprechung des BSG nicht allein aus seinem Anteil am Stammkapital, der im streitigen Zeitraum unter 50 % lag. Die fehlenden Anteile in Höhe von 1 % wirken sich jedoch rechtlich nicht zu seinem Nachteil im Sinne fehlender Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft aus. Vielmehr ist der Beigeladene zu 1) - trotz der Übertragung von 1 % der Anteile des Zeugen N an den Gesellschafter M - mit dem Ausscheiden des bisherigen Gesellschafters N im Wesentlichen in dessen Rechtsposition eingerückt. Ihm ist im Anschluss an den Erwerb der weiteren 24 % der Gesellschaftsanteile gemäß § 5 Nr. 2 S. 3 des Gesellschaftsvertrages Alleinvertretungsbefugnis erteilt worden. Nach deren Eintragung im Handelsregister bedurften die nicht zustimmungspflichtigen Geschäfte der Gesellschaft, die der Beigeladenen zu 1) getätigt hat, nicht mehr der vorherigen Abstimmung mit dem - zu diesem Zeitpunkt noch über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile verfügenden - Gesellschafter M. Der Beigeladene konnte daher diesbezüglich nach Belieben "schalten und walten" und die Klägerin verpflichten.

Bei den zustimmungspflichtigen Geschäften gemäß § 6 des Gesellschaftsvertrages besaß der Beigeladene zu 1) auch bereits im fraglichen Zeitraum ab 01.01.2003 die Möglichkeit, entsprechende Geschäfte zu verhindern; denn ihm war über § 7 Nr. 6 des Gesellschafts-



vertrages nunmehr faktisch eine Sperrminorität eingeräumt. Danach ist zu den Beschlussfassungen gemäß § 6 des Vertrages eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen erforderlich. Da die Gesellschafterversammlung gemäß § 7 Nr. 4 S. 1 des Gesellschaftsvertrages erst dann beschlussfähig wird, wenn mindestens 51 % des Stammkapitals vertreten sind, reichte allein die Stimmen des Mehrheitsgesellschafter M nur in dem Fall aus, dass der Beigeladene zu 1) trotz ordnungsgemäßer Ladung der Gesellschafterversammlung fernblieb, ein Umstand, der jedoch ausschließlich seiner eigenen Steuerung unterlag. Ansonsten hätte er bei Anwesenheit entsprechende Beschlüsse auch mit einem Gesellschaftsanteil von 49 % verhindern können. Damit konnte der Gesellschafter M ohne Zustimmung des Beigeladenen zu 1) bei zustimmungsbedürftigen Geschäften keine in seinem Sinne wesentliche, positive Gesellschafterbeschlüsse über wichtige Betriebsführungsentscheidungen herbeiführen. Dies trifft über § 6 Abs. 2 lit. f des Gesellschaftsvertrages insbesondere auch auf die jeweils eigene Entlassung als Geschäftsführer zu, die zudem auch nur im Einvernehmen mit dem zweiten Gesellschafter beschlossen werden konnte. Die Rechtsposition des Beigeladenen zu 1) im streitigen Zeitraum unterschied sich rechtlich damit nur insoweit im Vergleich zu dem Zeitraum ab Erwerb des an der Hälfte fehlenden Anteils von weiteren 1 %, als dieser allein bei Gesellschafterversammlungen keine Beschlussfähigkeit herstellen konnte, wohl aber der Gesellschafter M, der über 51 % der Anteile verfügte. Außerdem konnte der Mehrheitsgesellschafter M, nicht aber der Beigeladene zu 1) mit seinen Stimmen gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages über die Feststellung des Jahresabschlusses sowie über die Verwendung des ausgewiesenen Bilanzgewinnes beschließen. Insoweit musste die Gesellschafterversammlung lediglich mit einfacher Mehrheit entscheiden. Für den Senat ist im Übrigen nicht nachvollziehbar, warum sich der Gesellschafter M überhaupt zunächst 51 % der Gesellschaftsanteile vorbehalten hat: Fiele die Regelung der Pensionszusage unter § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages, so hätte der Gesellschafter M auch bei einem 51 %-igen Gesellschaftsanteil der Zustimmung des Beigeladenen zu 1) bedurft, ohne diesem gegenüber wegen des höheren Anteils am Stammkapital im Geringsten bevorzugt bzw. bei einem 50 %-igen Anteil benachteiligt zu sein. Falls kein zustimmungsbedürftiges Geschäft vorlag, hätte der Gesellschafter aus der Alleinvertretungsbefugnis als Geschäftsführer heraus ohnehin - sowohl bei 50 % als auch bei 51 % Gesellschaftsanteil - nach eigenem Gutdünken handeln können, ohne dass der Beigeladene zu 1) dies hätte verhindern können. Hätte dieser die Entscheidung über die Pensionsregelung an sich gezogen, so hätte dem Gesellschafter M weder ein 50 %-iger noch ein 51 %-iger Gesellschaftsanteil zu einer Einflussnahme auf die Entscheidung des Beigeladenen zu 1) verholfen. Die Übernahme von 51 % der Anteile hat sich lediglich in der Frage der Pensionszusage auswirken können, wenn sich dies auf den Bilanzgewinn ausgewirkt hätte. Die dargestellten zusätzlichen Einflussmöglichkeiten des Mitgesellschafter M sind aber eher gering ausgeprägt. Im Wesentlichen waren die Einflussmöglichkeiten beider Gesellschafter ähnlich gestaltet.

Auch ansonsten waren die beiden Gesellschafter bereits ab dem 01.01.2003 in jeder Beziehung gleichgestellt. Sie erhielten Gehälter, Tantiemen etc. in identischer Höhe, hatten denselben Anstellungsvertrag mit der Klägerin geschlossen, beide waren zu alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführern bestellt, aber nicht vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB befreit. Dass sich die Vergütung des Beigeladenen zu 1) - wie auch des Gesellschafter M - nach dem Anstellungsvertrag vom 09.12.2002 zu einem Teil aus einem monatlichen Festgehalt zusammensetzt, spricht entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegen eine selbständige Tätigkeit; denn dies stellt eine übliche Form der vorweggenommenen Gewinnbeteiligung bei Gesellschafter-Geschäftsführern dar. Im Üb-



rigen spricht auch die - wie beim Mitgesellschafter M - vertraglich vereinbarte Gewinnbeteiligung ebenfalls für eine Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1).

Die tatsächlichen Verhältnisse stützen in vollem Umfang die aus der Beurteilung der vertraglichen Umstände gewonnenen Erkenntnisse. Insbesondere nach dem Ergebnis der umfangreichen zweitinstanzlichen Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senates fest, dass der Beigeladene zu 1) spätestens mit der Übernahme der weiteren Gesellschaftsanteile in Höhe von 24 % keinerlei Weisungsrecht der Gesellschaft unterlag und dieses tatsächlich auch nicht ausgeübt wurde. Wie sowohl der Zeuge N als auch der Gesellschafter M und der Beigeladene zu 1) übereinstimmend erklärt haben, hat sich das Arbeitsgebiet des Beigeladenen zu 1) räumlich sowie inhaltlich und betreffend den Kundenstamm eindeutig von den Aufgaben des weiteren Gesellschafters M - der Zeuge N war zu diesem Zeitpunkt bereits ausgeschieden - abgegrenzt. Überschneidungspunkte gab es in keinerlei Hinsicht. Die beiden Gesellschafter haben sich nachvollziehbar auch lediglich gegenseitig über die entsprechenden betrieblichen Vorgänge informiert, ohne dass von einer der beiden Seiten eine Weisung an den jeweils anderen Teil erteilt worden wäre. Es handelte sich von der Konzeption her eindeutig um zwei selbständig agierende Vertreter, die sich in der Rechtsform einer GmbH zusammengefunden haben, um als gleichberechtigte Partner tätig zu werden, und zwar in jeweiliger Unabhängigkeit von dem jeweils Anderen. Der Gesellschafter M hat auch deutlich gemacht, dass die Verteilung der Gesellschaftsanteile im Verhältnis 51 % zu 49 % ausschließlich den Hintergrund der Absicherung seiner eigenen Altersansprüche hatte, nicht aber dem Zweck diente, Einfluss auf den Beigeladenen zu 1) nehmen zu können. Dies ist im Übrigen von dem Zeugen N bestätigt worden, der sich - dadurch wird die Aussage besonders glaubhaft - nicht an die Details erinnert, die ihn - nachvollziehbar - selbst auch nicht betrafen. Die Weisungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) bezog sich nicht nur auf die Art und Weise der Arbeitsausführung, sondern auch auf die weiteren Merkmale von Zeit und Ort der Arbeitsausführung. Diese waren allenfalls durch die tatsächlichen Verhältnisse geprägt, nicht aber dadurch, dass der Gesellschafter M dem Beigeladenen zu 1) in irgendeiner Form Vorgaben gemacht hätte, wie dies umgekehrt ebenfalls nicht geschehen ist. Solche Vorgaben hat es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Erfolge gegeben. Es gibt auch keinerlei Hinweis darauf, dass der Mitgesellschafter M dem Beigeladenen zu 1) bestimmte Vorgaben gemacht hätte, welche Betriebsergebnisse von diesem Beigeladenen zu erreichen seien. Dies lässt sich nachvollziehbar aus dem Umstand erklären, dass sich der von Anfang an als Nachfolger des Gesellschafters N vorgesehene Beigeladene zu 1) in seiner bis 2003 für die Klägerin geleisteten Tätigkeit sehr bewährt hatte; ansonsten wäre es zu einer Übertragung der Gesellschaftsanteile an ihn gar nicht erst gekommen. Unzweifelhaft ist jeder der beiden Gesellschafter für das eigene Betriebsergebnis "verantwortlich" gewesen. In völliger Übereinstimmung haben die beiden Gesellschafter beispielsweise auch im Jahre 2005 auf die Auszahlung von Tantiemen verzichtet, um die in den beiden Vorjahren erwirtschafteten gesellschaftlichen Verluste ausgleichen zu können. Auch darin wird noch einmal deutlich, dass im Tatsächlichen zwei völlig gleichrangige Partner entsprechende Gesellschaftsentscheidungen getroffen haben.

Die Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1) zeigt sich schließlich auch in der Übernahme von Unternehmerrisiken. Er hat nicht nur Gesellschaftsanteile im Wert von ca. 145.000 EUR übernommen, sondern ist zusätzliche finanzielle Risiken, die sich im Falle der Insolvenz der Klägerin realisieren können, durch den Abschluss von Kreditverträgen und die Stellung von Sicherheiten eingegangen. Auch wenn die Einlage im Verhältnis zur Höhe der monatlichen Vergütung des Beigeladenen zu 1) nicht die Schwelle der Existenzge-



fährdung bei Verlust der Einlage erreichen mag, so ist jedenfalls für einen abhängig Beschäftigten das Eingehen solcher Risiken kaum denkbar. Dem gegenüber treten die vom Sozialgericht herausgehobenen Kriterien für eine abhängige Beschäftigung trotz ihrer generellen Beachtlichkeit in der hier erforderlichen Einzelbetrachtung der gesamten geschäftlichen Abwicklung des Gesellschaftsverhältnisses in ihrer Wertigkeit deutlich zurück.

Eine Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Rentenversicherung folgt auch nicht aus § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI (soweit diese Problematik überhaupt Gegenstand eines Statusverfahren sein könnte); denn durch Art. 11 Nr. 1 lit. a des Gesetzes vom 29.6.2006 (BGBl. I 1402) hat der Gesetzgeber die Norm mit Wirkung vom 01.07.2006 durch Anfügen eines zweiten Halbsatzes bei lit. b geändert. Danach sind versicherungspflichtig selbständig tätige Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 Euro im Monat übersteigt, und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind; bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft. Gemäß § 229 Abs. 3 in der Fassung des Art. 11 Nr. 6 des o. g. Gesetzes vom 29.6.2006 ist u. a. § 2 Satz 1 Nr. 9 lit. b 2. Halbsatz SGB VI auch anzuwenden, soweit die Tätigkeit in der Zeit vom 01. Januar 1999 bis zum 01. Juli 2006 ausgeübt worden ist. Damit ist die Rechtsprechung des BSG (vgl. zur Rentenversicherungspflicht eines Alleingeschafters und -geschäftsführers einer GmbH gemäß § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI in der bis zum 30.06.2006 geltenden Fassung: SozR 4-2600 § 2 Nr. 7) und mit ihm die Auffassung des Sozialgerichts in seiner erstinstanzlichen Entscheidung als überholt anzusehen. Da die Klägerin - es kommt nicht mehr auf die Person des Selbständigen an - unstreitig über mehrere Auftraggeber verfügt/e, ist der Beigeladene zu 1) auch nicht nur für einen Auftraggeber tätig geworden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197 a Sozialgerichtsgesetz (SGG) i. V. m. § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Zu einer Kostenteilung hat kein Anlass bestanden. Soweit die Beklagte den Anspruch ab April 2006 anerkannt hat, wirkt sich dies kostenrechtlich nicht wesentlich aus. In der Kernfrage hätte die Klägerin im Übrigen auch für einen zeitlich unbegrenzten Zeitraum obsiegt, wie dies zunächst im Streit gestanden hat.

Anlass für die Zulassung der Revision gemäß § 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG hat nicht bestanden.