

L 11 BA 3585/20

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Betriebsprüfungen
Abteilung
11.
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 7 BA 5390/18
Datum
01.10.2020
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 BA 3585/20
Datum
27.06.2022
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Anstellungsverträge mit Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH sind keine Scheingeschäfte ([§ 117 BGB](#)), selbst wenn sie nur deshalb in einer bei Fremdgeschäftsführern üblichen Weise gefasst wurden, um zu verhindern, dass die den Gesellschafter- Geschäftsführern gezahlten Entgelte vom Finanzamt als verdeckte Gewinnausschüttungen gewertet werden. Die Rechtsprechung des BFH zur (möglichen) Gleichstellung eines nicht beherrschenden Gesellschafters mit einem beherrschenden Gesellschafter kann nicht auf die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern übertragen werden. Sind bei einem Streit mit einheitlichem Streitgegenstand kostenrechtlich privilegierte Hauptbeteiligte (Kläger oder Beklagter), greift auch bei subjektiver Klagehäufung mit einem nicht Kostenprivilegierten die Regelung für Kostenprivilegierte ein (Anschluss an BSG 26.09.2006, [B 1 KR 1/06 R](#), [BSGE 97, 112-125](#)).

Die Berufungen der Kläger gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 01.10.2020 werden zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind im Klage- und im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand

Die Kläger wenden sich gegen die vom beklagten Rentenversicherungsträger (Clearingstelle) im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) getroffene Feststellung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung der Kläger zu 2) und zu 3) in ihrer Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer für die Klägerin zu 1) vom 01.01.2016 bis 03.02.2019.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit Sitz in F. Sie wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 27.08.2004 gegründet. Gegenstand des Unternehmens ist die Aufbereitung von mineralischen Baustoffen sowie Erd- und Tiefbau, Hof- und Wegebau, Abbrucharbeiten und ähnliche Gewerke sowie der Güterkraftverkehr - Nahverkehr. Am 22.05.2006 wurde die Klägerin in das Handelsregister eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 €.

Der Gesellschaftsvertrag (Satzung) sieht in der Fassung vom 21.12.2015 vor, dass die Klägerin zu 1) einen oder mehrere Geschäftsführer hat, die durch Gesellschafterbeschluss bestellt und abberufen werden (§ 4 Abs 1 Gesellschaftsvertrag). Die Geschäftsführer haben die Geschäfte zu führen, dabei haben sie Weisungen im Einzelfall zu beachten (§ 4 Abs 2 Gesellschaftsvertrag). Alle über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Maßnahmen darf ein Geschäftsführer nur aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vornehmen (§ 4 Abs 3 Gesellschaftsvertrag). Den Geschäftsführern obliegen Planungs- und Berichtspflichten (§ 4 Abs 3 bis 6 Gesellschaftsvertrag). Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, so vertritt er die Klägerin zu 1) allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so vertritt jeder Geschäftsführer die Klägerin zu 1) in Gemeinschaft mit einem anderen Geschäftsführer oder einem Prokuristen (§ 5 Abs 1 Gesellschaftsvertrag). Durch Gesellschafterbeschluss kann allen oder einzelnen Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis sowie Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) insgesamt oder nur beschränkt vom Verbot des Selbstkontrahierens oder vom Verbot der Vertretung eines Dritten erteilt werden. Außerdem kann bestimmt werden, dass ein Geschäftsführer nur in Gemeinschaft mit bestimmten anderen Geschäftsführern oder Prokuristen die Gesellschaft vertreten kann (§ 5 Abs 2 Gesellschaftsvertrag). Die Einberufung der Gesellschafterversammlung ist in § 6 des Gesellschaftsvertrages geregelt. Danach erfolgt die Einberufung durch Einladung in Textform durch einen Geschäftsführer, wobei zwischen dem Tag der Übermittlung der Einladung und dem Versammlungstag

eine Frist von mindestens 14 Tagen liegen muss (§ 6 Abs 3 und 4 Gesellschaftsvertrag). Die Gesellschafterversammlung ist grundsätzlich beschlussfähig, wenn mehr als 75 % der Stimmen des Stammkapitals vertreten sind (§ 6 Abs 7 Gesellschaftsvertrag). Die Gesellschafterbeschlüsse werden grundsätzlich in Versammlungen gefasst (§ 7 Abs 1 Gesellschaftsvertrag). Die Gesellschafter fassen alle Beschlüsse, soweit nicht durch zwingende gesetzliche Vorschriften oder in der Satzung ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist, mit mindestens der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, im Übrigen mit einer Mehrheit von mindestens 75 % der abgegebenen Stimmen (§ 7 Abs 7 Gesellschaftsvertrag). Je 1,00 Euro eines Geschäftsanteils gewährt dabei eine Stimme, Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegebene Stimmen (§ 7 Abs 8 Gesellschaftsvertrag).

Die Kläger zu 2) und 3) sind Brüder, sie wurden mit Wirkung vom 01.01.2006 zu Geschäftsführern der Klägerin zu 1) bestellt und am 22.05.2006 als Geschäftsführer der Klägerin zu 1) in das Handelsregister eingetragen. Die Eintragung erfolgte einzelvertretungsberechtigt mit der Befugnis, im Namen der Klägerin zu 1) mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen. Die Klägerin zu 1) schloss mit den Klägern zu 2) und zu 3) am 20.12.2005 jeweils einen wortlautidentischen „Anstellungsvertrag für GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer“. Nach § 1 Abs 2 des jeweiligen Anstellungsvertrages ist der Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe des Gesetzes, des Gesellschaftsvertrages und einer etwaigen Geschäftsführerordnung allein zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft allein zu führen. Weisungen der Gesellschafterversammlung sind zu befolgen, soweit Vereinbarungen im Anstellungsvertrag nicht entgegenstehen. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit (§ 1 Abs 4 Anstellungsvertrag). Der Geschäftsführer stellt seine gesamte Arbeitskraft und seine gesamten Kenntnisse und Fähigkeiten der Gesellschaft zur Verfügung. Ihm obliegen Leitung und Überwachung des Gesamtunternehmens, unbeschadet gleicher Rechte und Pflichten etwaiger anderer Geschäftsführer (§ 2 Abs 1 Anstellungsvertrag). § 3 des Anstellungsvertrages sieht ein Nebentätigkeits- und Wettbewerbsverbot vor. Die Kläger zu 2) und zu 3) erhalten für ihre Tätigkeit ein festes Monatsgehalt von 3.000,00 € brutto, eine zusätzliche Weihnachtsg Gratifikation, ein Urlaubsgeld sowie eine Tantieme in Höhe von 20 % des Jahresgewinns (§ 4 Abs 1 bis 4 Anstellungsvertrag). Im Krankheitsfalls oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung bleibt der Gehaltsanspruch für die Dauer von sechs Monaten bestehen (§ 4 Abs 6 Anstellungsvertrag). Die Gesellschaft gewährt den Geschäftsführern einen Zuschuss zur Krankenversicherung (§ 5 Abs 1 Anstellungsvertrag), erstattet ihnen Kosten und Aufwendungen im Rahmen ihrer ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit (§ 5 Abs 3 Anstellungsvertrag) und ersetzt ihnen Reisespesen (§ 5 Abs 4 Anstellungsvertrag). Ferner haben die Geschäftsführer Anspruch auf die Gestellung eines PKW der gehobenen Mittelklasse, den sie auch privat nutzen dürfen, die Betriebs- und Unterhaltskosten trägt die Gesellschaft (§ 5 Abs 6 Anstellungsvertrag). Die Geschäftsführer haben einen Anspruch auf 30 Arbeitstage bezahlten Urlaub pro Jahr (§ 6 Abs 1 Anstellungsvertrag). Nach § 7 des Anstellungsvertrages besteht ein Anspruch auf Ruhegehalt für den Fall voller Berufsunfähigkeit oder mit Vollendung des 65. Lebensjahres. Die Anstellungen begannen am 01.01.2006 und sind auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Verträge sind mit einer Frist von sechs Monaten zum Quartalsende kündbar (§ 8 Abs 1 Anstellungsvertrag). Die Abberufung als Geschäftsführer ist jederzeit zulässig und gilt gleichzeitig als Kündigung des Anstellungsverhältnisses zum nächstmöglichen Zeitpunkt (§ 8 Abs 4 Anstellungsvertrag). Die beiden Anstellungsverträge wurden ua jeweils - wiederum wortlautidentisch - zwei Mal geändert hinsichtlich der Zahlung einer Versicherungsprämie für die Direktversicherung und hinsichtlich des Wegfalls der Regelungen zur Tantieme.

Der Kläger zu 2) und der Kläger zu 3) hielten zunächst als alleinige Gesellschafter der Klägerin zu 1) jeweils 50 % der Geschäftsanteile. Mit Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag vom 21.12.2015 verkauften sie Anteile mit Wirkung zum 01.01.2016 teilweise an die W Beteiligungsholding GmbH und traten die Anteile entsprechend ab. Seit dem 01.01.2016 haben der Kläger zu 2) und zu 3) nur noch Geschäftsanteile von jeweils 33,5 %. Die W Beteiligungsholding GmbH hält die weiteren 33 % der Geschäftsanteile. Insoweit wird auf Bl 63 ff der Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen.

Mit Vertrag vom gleichen Tag gründeten die Kläger zudem eine atypische Gesellschaft. Dabei traten die Kläger zu 2) und zu 3) ihre Geschäftsanteile an der W1 GbR Recycling, Sitz F, entgeltlich an die Klägerin zu 1) ab mit der Folge, dass die GbR Recycling ohne Abwicklung beendet wurde und das gesamte Vermögen der GbR Recycling auf die Klägerin zu 1) überging. Als Gegenleistung für die Anteilsübertragung räumte die Klägerin zu 1) den Klägern zu 2) und 3) jeweils atypische stille Beteiligungen ein (§§ 1, 3 Vertrag zur Gründung von atypischen Gesellschaften). Dazu vereinbarte die Klägerin zu 1) jeweils mit den Klägern zu 2) und 3) einen eigenen Gesellschaftsvertrag der atypisch stillen Gesellschaft. Mit den Klägern zu 2) und 3) wurde dabei ein voneinander unabhängiges Gesellschaftsverhältnis begründet. Es wird hierzu auf Bl 129 ff der Verwaltungsakte verwiesen. Mit jeweiligem (wortlautidentischem) Gesellschaftsvertrag über atypische stille Gesellschaft, ebenfalls vom 21.12.2015, wird der stille Gesellschafter am Vermögen, den stillen Reserven, an einem Gewinn und an einem Liquidationsüberschuss der Klägerin zu 1) nach Maßgabe dieses Vertrages als atypisch stiller Gesellschafter beteiligt (§ 1 Abs 1 Gesellschaftsvertrag über atypische stille Gesellschaft). Der stille Gesellschafter leistet an die Klägerin zu 1) eine Einlage dadurch, dass er seinen Geschäftsanteil an der W1 GbR Recycling an die Klägerin zu 1) überträgt. Die jeweilige Einlage wurde dabei mit 34.500,00 € bewertet (§ 2 Abs 2 Gesellschaftsvertrag über atypische stille Gesellschaft). Die Beteiligungsquote der Kläger zu 2) und zu 3) beträgt nach § 5 Abs 2 des Vertrages jeweils 1,5 %. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird insoweit auf Bl 145 ff der Verwaltungsakte verwiesen. Die Kläger zu 2) und 3) gewährten der Klägerin zu 1) in der Folge weiterhin ein Darlehen. Die Darlehenssumme betrug dabei zuletzt (ab 16.08.2017) jeweils 100.000 €.

Am 21.12.2017 beantragten die Kläger bei der Beklagten die Feststellung, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis hinsichtlich der Kläger zu 2) und zu 3) nicht vorliege. Sie gaben dazu an, dass die Kläger zu 2) und zu 3) Brüder seien, die die Klägerin zu 1) im Jahr 2004 gegründet hätten. Zum 01.01.2016 hätten sie Geschäftsanteile in Höhe von insgesamt 33 % an einen Investor verkauft. Seither seien sie jeweils nur noch zu 33,5 % an der Klägerin zu 1) beteiligt, führten diese aber unverändert fort. Ein weiterer Geschäftsführer sei nicht bestellt worden, auch mische sich der Investor nicht in das Tagesgeschehen ein. Die Kläger zu 2) und zu 3) verfolgten gleichgerichtete Interessen und könnten damit jegliche Weisung des Investors verhindern. Dieser habe Einflussmöglichkeiten nur für bestimmte Maßnahmen. Weiterhin seien die Kläger zu 2) und zu 3) zusätzlich jeweils über eine atypisch stille Gesellschaft mit 1,5 % an der Klägerin zu 1) beteiligt. Zudem hätten die Kläger zu 2) und zu 3) der Klägerin zu 1) Gesellschafterdarlehen gewährt, zuletzt von noch jeweils 100.000 €, welche weit über das Übliche hinausgingen. Aufgrund dieser Darlehen, der atypischen stillen Beteiligung und des erheblichen Kapitalanteils trügen die Kläger zu 2) und 3) ein erhebliches Unternehmerrisiko. Sie seien unverändert vom Selbstkontrahierungsverbot befreit und verfügten über die notwendigen spezifischen Kenntnisse. Hinsichtlich Zeit, Ort und inhaltlicher Gestaltung der Arbeitsleistung seien sie weisungsfrei. Sie seien Kopf und Seele des Betriebs geblieben. Aufgrund der gleichgerichteten Interessen und der familiären Verbundenheit sei eine Weisungsunterworfenheit ausgeschlossen. Sie seien daher weiterhin als selbstständig anzusehen. Mit dem Antrag übersandten sie die dafür vorgesehenen Vordrucke. Dabei gaben die Kläger zu 2) und 3) jeweils an, Gesellschafterbeschlüsse nicht durch vertragliche Sonderrechte herbeiführen oder verhindern zu können. Weiterhin führten sie aus, der Klägerin zu 1) jeweils ein Darlehen in

Höhe von 100.000 € gewährt zu haben. Die monatliche Vergütung betrage nunmehr 7.500,00 €.

Mit Schreiben vom 25.04.2018 hörte die Beklagte sowohl die Klägerin zu 1) als auch die Kläger zu 2) und zu 3) zum beabsichtigten Erlass eines jeweiligen Bescheides über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung des Klägers zu 2) bzw zu 3) sowie der beabsichtigten Feststellung der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung an. Die Kläger nahmen mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 04.06.2018 Stellung. Durch die Darlehensgewährung bestünde ein erhebliches unternehmerisches Risiko, da das Darlehen fester Bestandteil des Vertragsverhältnisses sei. Auch die Beteiligung der Kläger zu 2) und 3) an der Klägerin zu 1) stelle ein Unternehmerrisiko dar. Es sei nicht beachtet worden, dass die Kläger zu 2) und 3) gleichgerichtete Interessen verfolgten und zusammen über 67 % der Kapitalanteile verfügten. Sie könnten jede Weisung des Investors verhindern. Verstärkend komme die familiäre Verbundenheit hinzu. Die Kläger zu 2) und 3) dürften nicht isoliert betrachtet werden. Dass die Kläger zu 2) und zu 3) ihre Tätigkeit und Arbeitszeit im Wesentlichen frei gestalten könnten, sei nicht ausreichend berücksichtigt worden. Dem Arbeitsvertrag sei zu hohes Gewicht beigemessen worden; dieser sei aus steuerlichen Gründen entsprechend gestaltet worden. Ergänzend werde darauf hingewiesen, dass die Kläger zu 2) und 3) die Jahresarbeitsentgeltgrenze überschritten und daher nicht in der Kranken- und Pflegeversicherung versicherungspflichtig seien. Zum Nachweis legten sie Abrechnungen der Bezüge vor.

Mit Bescheiden vom 06.06.2018 stellte die Beklagte jeweils wortlautgleich fest, dass die Tätigkeit der Kläger zu 2) und 3) bei der Klägerin zu 1) seit dem 01.01.2016 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Versicherungspflicht beginne am 01.01.2016. Als Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis führte die Beklagte an: Es bestehe ein gesonderter Vertrag, der die Mitarbeit in der Gesellschaft regle; der Vertrag enthalte arbeitsvertraglich typische Regelungen; es werde eine monatlich gleichbleibende Vergütung gezahlt; die Kläger zu 2) und 3) könnten kraft ihres Anteils am Stammkapital keinen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben; sie unterlägen dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche, dass die Kläger zu 2) und 3) vom Selbstkontrahierungsverbot befreit und zur Alleinvertretung berechtigt sowie am Gewinn der Gesellschaft beteiligt seien. Dem Gesellschaftsvertrag sei auch bei tatsächlicher Ausübung eines gleichberechtigten Nebeneinanders und gleichgerichteten Interessen rechtlich der Vorrang einzuräumen. Die Kläger zu 2) und 3) besäßen keine umfassende Sperrminorität. Familiäre Verbundenheit sei nicht geeignet, die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebende Rechtsmacht zu negieren. Auch durch die Darlehensgewährung ergäben sich keine Befugnisse, die Gesellschaft zu beeinflussen. Aufgrund der Zahlung fester Bezüge sei kein Unternehmerrisiko zu erkennen. Weiterhin sei die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sie sich in die von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung einfüge.

Hiergegen erhoben die Kläger jeweils Widerspruch, den sie damit begründeten, dass nach dem Gesamtbild ihrer Tätigkeiten die Voraussetzungen für eine versicherungspflichtige unselbstständige Arbeit nicht vorlägen. Insbesondere seien bei dem Einstieg des Investors keine Änderungen von solchem Gewicht erfolgt, dass eine abhängige Beschäftigung entstanden sei. Insoweit wiederholten sie ihr Vorbringen aus dem Anhörungsverfahren. Die Kläger zu 2) und 3) hätten durch den Verkauf von Anteilen lediglich ihre Sperrminorität verloren. Dies rechtfertige aber nicht die Umqualifizierung in eine abhängige Beschäftigung.

Hierzu führte die Beklagte aus, dass das Bundessozialgericht (BSG) mit seinen letzten Entscheidungen nochmals die Bedeutung der gesellschaftsvertraglichen Rechtsmacht betont habe. Gleichzeitig sei die sog „Kopf-und-Seele-Rechtsprechung“ aufgegeben worden. Weiterhin habe das BSG entschieden, dass aus einer Darlehensgewährung kein unternehmerisches Risiko hergeleitet werden könne. Auch familiäre Rücksichtnahmen führten nicht zu einem besonderen Status.

Mit Widerspruchsbescheid vom 21.09.2018 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin und des Klägers zu 2) zurück. Ausgangspunkt der Prüfung sei der Gesellschaftsvertrag. Eine selbstständige Dienstleistung komme nur in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag den Einfluss auf die laufende Geschäftsführung ausschließe oder jedenfalls auf bestimmte wichtige Geschäfte beschränke. Dies sei nicht der Fall. Die Beschlüsse der Gesellschafter erfolgten mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei sich das Stimmrecht nach der Höhe der Geschäftsanteile richte. Es habe der geschäftsführende Gesellschafter maßgeblichen Einfluss, der mindestens die Hälfte der Geschäftsanteile besitze. Da der Kläger zu 2) seit dem 01.01.2016 nur noch 33,5 Prozent der Anteile am Stammkapital besitze, habe er keinen maßgeblichen Einfluss mehr. Er sei nicht in der Lage, sämtliche Gesellschafterbeschlüsse zu verhindern. Eine vollumfängliche Sperrminorität liege nicht vor. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine Selbstständigkeit geschlossen werden, da ein Handeln nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse möglich sei. Die Befreiung vom Selbstkontrahierungszwang und die Berechtigung zur Alleinvertretung als Indizien für eine selbstständige Tätigkeit träten hingegen zurück.

Am 24.10.2018 haben die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben (S 5 BA 5390/18). Sie haben im Wesentlichen geltend gemacht, es sei nicht nachvollziehbar, warum die Tätigkeit des Klägers zu 2) allein durch Verkauf von Geschäftsanteilen an einen Investor zu einer unselbstständigen Beschäftigung geworden sein solle, zumal er wie sein Bruder (der Kläger zu 3) einen höheren Geschäftsanteil als der Investor habe. Der Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung komme keine wesentliche Indizwirkung zu. Weiterhin habe die Beklagte missachtet, dass sich der Kläger zu 2) keinem Mehrheitsgesellschafter ausgesetzt sehe, dessen Weisungen er nicht verhindern könne. Auch habe er eine beträchtliche unmittelbare Gesellschaftsbeteiligung. Weiterhin trage der Kläger zu 2) ein besonderes unternehmerisches Risiko durch Gewährung des Darlehens. Dieses sei fester Bestandteil des Vertragsverhältnisses und nicht für den Fall der Not gewährt worden, zumal es eine erhebliche Höhe aufweise. Auch die atypische stille Beteiligung müsse berücksichtigt werden. Es müsse insbesondere Beachtung finden, dass die Kläger zu 2) und 3) gleichgerichtete Interessen verfolgten, so dass eine Zusammenrechnung erfolgen müsse. Dabei sei die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) zum beherrschenden Gesellschafter zu übertragen. Zu gering gewichtet worden sei, dass der Kläger zu 2) seine Arbeitszeit frei gestalten könne. Dem Anstellungsvertrag sei hingegen zu hohes Gewicht beigemessen worden.

Mit weiterem Widerspruchsbescheid vom 03.04.2019 wies die Beklagte auch den Widerspruch der Klägerin zu 1) und des Klägers zu 3) hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers zu 3) zurück. Der Widerspruchsbescheid entspricht dabei dem hinsichtlich des Klägers zu 2) erlassenen Widerspruchsbescheid.

Am 06.05.2019 haben die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 3) ebenfalls Klage zum SG erhoben (S 5 BA 2073/19), mit der sie ihr Begehren weiterverfolgen und die gleiche Begründung vortragen wie die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2). Das SG hat mit Beschluss vom

04.06.2019 das Verfahren S 5 BA 2073/19 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zum Verfahren S 5 BA 5390/18 verbunden.

Während des Klageverfahrens hat der Kläger zu 3) mit notariellem Kauf- und Abtretungsvertrag vom 21.01.2019 seine Geschäftsanteile an der Klägerin zu 1) an seinen Mitgesellschafter, den Kläger zu 2), und die W Beteiligungsholding GmbH sowie seine atypische stille Beteiligung an den Kläger zu 2) verkauft (§ 1 des Kauf- und Abtretungsvertrages). Wirtschaftlicher Übernahmestichtag war der 01.01.2019, 00:01 Uhr (§ 2 Nr 2.1 des Kauf- und Abtretungsvertrages). Die Kaufpreise waren am 04.02.2019 zur Zahlung fällig (§ 4 Nr 4.1 des Kauf- und Abtretungsvertrages). Die Abtretungen der Anteile und die Vertragsübernahme der atypischen stillen Beteiligung waren dabei jeweils nach § 8 Nr 8.5 des Kauf- und Abtretungsvertrages aufschiebend bedingt durch die Gutschrift des vollständigen Kaufpreises beim Kläger zu 3) als Verkäufer. Die Kaufpreiszahlung der W Beteiligungsholding GmbH ging am 31.01.2019 auf dem Konto des Klägers zu 3) ein. Die Kaufpreiszahlung des Klägers zu 2) ging am 04.02.2019 auf dem Konto des Klägers zu 3) ein. Die Liste der Gesellschafter wurde sodann am 04.02.2019 entsprechend geändert. Der Kläger zu 2) ist seither mit Geschäftsanteilen zu 50,38 % an der Klägerin zu 1) beteiligt und deren Mehrheitsgesellschafter. Ferner wurde der Kläger zu 3) mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer abberufen (§ 6 Nr 6.1 des Kauf- und Abtretungsvertrages). Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag des Klägers zu 3) endete aufgrund eines ebenfalls am 21.01.2019 geschlossenen Aufhebungsvertrages zum 31.03.2019. Das Gesellschafterdarlehen wurde dabei zum 04.02.2019 an den Kläger zu 3) ausgezahlt (§ 7 des Kauf- und Abtretungsvertrages). Im Übrigen wird insoweit auf Bl 118 ff der Gerichtsakte verwiesen.

Mit Bescheid vom 03.04.2020 nahm die Beklagte daraufhin den Bescheid vom 06.06.2018 hinsichtlich des Klägers zu 2) in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.09.2018 für die Zeit ab dem 04.02.2019 zurück und stellte fest, dass seit dem 04.02.2019 keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten-, sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) sind insoweit der Ansicht, dass der Kläger zu 2) dennoch durchgehend selbstständig gewesen sei. Der Gesellschaftervertrag sei bei Ausscheiden des Klägers zu 3) unverändert geblieben, so dass sich der sozialversicherungsrechtliche Status nicht habe ändern können. Weiterhin sei der Kläger zu 2) bereits mit Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrages am 21.01.2019 als Mehrheitsgesellschafter anzusehen, da Weisungen an die Geschäftsführer nur in Gesellschafterversammlungen beschlossen werden könnten. Bereits ab notariellem Vertragsabschluss hätten die übrigen Gesellschafter dem Kläger zu 2) wegen der Einladungsfrist rechtlich keine Weisungen mehr erteilen können.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie ist der Ansicht, dass ihre Entscheidungen rechtmäßig seien, und verweist zur Begründung auf ihre Ausführungen in Bescheid und Widerspruchsbescheid.

Mit Urteil vom 01.10.2020 hat das SG die Klage abgewiesen und der Klägerin zu 1) für ihr Verfahren die Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Kosten der Beklagten auferlegt. Im Übrigen finde eine Kostenerstattung nicht statt. Der Streitwert für das Verfahren der Klägerin zu 1) ist endgültig auf 10.000,- € festgesetzt worden. In den Entscheidungsgründen hat das SG im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei als kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage im Sinne von § 54 Abs 1 Satz 1 1. Alt. iVm [§ 55 Abs 1 Nr 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft. Die Kläger hätten gemeinsam klagen können (sog subjektive Klagehäufung, [§ 74 SGG](#) iVm [§ 59](#) Zivilprozessordnung <ZPO>). Die Klage sei jedoch nicht begründet. Gegenstand des Verfahrens der Klägerin zu 1) und des Klägers zu 2) sei der Bescheid vom 06.06.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.09.2018 in der Fassung des Bescheides vom 03.04.2020. Der Bescheid vom 03.04.2020 sei Gegenstand des Klageverfahrens geworden. Streitgegenständlicher Zeitraum hinsichtlich des Klägers zu 2) sei damit nur noch der Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 03.02.2019. Durch den Erlass des Änderungsbescheides vom 03.04.2020 habe die Beklagte insoweit dem Begehren der Klägerin zu 1) und des Klägers zu 2) entsprochen und sie diesbezüglich klaglos gestellt. Bezüglich des Klägers zu 3) sei durch Beendigung des Geschäftsführer-Vertrages mit Aufhebungsvertrag zum 31.03.2019 eine Erledigung gemäß [§ 39 Abs 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) eingetreten. Das schuldrechtliche Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin zu 1) und dem Kläger zu 3) habe mit der Aufhebung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages geendet. Nicht erheblich seien der - bereits zuvor erfolgte - Verkauf der Anteile sowie die Abtretung am 04.02.2019. Die Änderung der Beteiligungsverhältnisse an sich lasse den Regelungsgegenstand nicht entfallen; die Identität der Klägerin zu 1) als juristische Person werde nämlich durch einen Wechsel der Beteiligtenverhältnisse nicht berührt, auch der Gegenstand der Tätigkeit des Klägers zu 3) und das Auftragsverhältnis blieben gleich. Auf die - ebenfalls bereits zuvor erfolgte - Abberufung als Geschäftsführer komme es ebenfalls nicht an. Die Abberufung beende als organisationsrechtlicher Akt lediglich die Organstellung des Geschäftsführers und das Organverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer, nicht jedoch auch das Anstellungsverhältnis. Zwischen Organstellung und schuldrechtlicher Anstellung sei strikt zu unterscheiden. Die Anstellung müsse gesondert gekündigt werden. Eine Änderung, die den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag als solchen unangetastet lasse, führe damit nicht zur Erledigung des betreffenden Statusfeststellungsbescheides. Allein die Abberufung habe die Stellung des Klägers zu 3) damit nicht zu beenden vermocht. Der Feststellungsantrag der Klägerin zu 1) und des Klägers zu 3) sei in der Folge dahingehend auszulegen ([§ 123 SGG](#)), dass sie die Feststellung, dass der Kläger zu 3) nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag, lediglich bis zum 31.03.2019 begehrt. Denn eine über diesen Zeitpunkt hinausgehende Feststellung wäre mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, da die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 3) aufgrund der eingetretenen Erledigung nach dem 31.03.2019 nicht mehr beschwert seien. Dies zugrunde legend sei die Klage unbegründet.

Der angefochtene Bescheid vom 06.06.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.09.2018 in der Gestalt des Bescheides vom 03.04.2020 sei rechtmäßig. Weiterhin sei auch der angefochtene Bescheid vom 06.06.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.04.2019 rechtmäßig und beschwere die Klägerin zu 1) und den Kläger zu 3) nicht. Hinsichtlich des Klägers zu 2) stelle sich der Bescheid vom 06.06.2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.09.2018 nicht bereits deshalb als rechtswidrig dar, weil die Beklagte diese Bescheide erst für die Zeit ab dem 04.02.2019 zurückgenommen habe. Soweit die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) insoweit vorgetragen hätten, dass der Kläger zu 2) bereits ab dem Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrages am 21.01.2019 als Mehrheitsgesellschafter anzusehen sei, da Weisungen an die Geschäftsführer nur in Gesellschafterversammlungen beschlossen werden könnten und dem Kläger zu 2) wegen der Einladungsfrist rechtlich keine Weisungen mehr hätten erteilen können, so ist das SG dem nicht gefolgt. Erst mit Gutschrift der Kaufpreise auf dem Konto des Klägers zu 3) sei die Abtretung wirksam geworden, da sie aufschiebend bedingt gewesen sei. Erst mit Eintritt der Bedingung sei der Kläger zu 2) zum Mehrheitsgesellschafter geworden und habe die erforderliche Rechtsmacht erlangt. Ob ihm faktisch noch Weisungen hätten erteilt werden können oder nicht, sei unerheblich. Maßgeblich sei eine formale Betrachtungsweise. Der Kläger zu 2) sei in der Zeit vom 01.01.2016 bis zum 03.02.2019 und der Kläger zu 3) sei in der Zeit vom 01.01.2016 bis zum 31.03.2019 in der jeweils streitgegenständlichen Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Klägerin zu 1) abhängig beschäftigt gewesen und damit versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliege, richte sich bei Geschäftsführern einer GmbH in erster Linie danach, ob der Geschäftsführer nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen könne, die sein Anstellungsverhältnis betreffen. Sei ein GmbH-Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, seien der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer sei nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig, sondern müsse über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht sei bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 % der Anteile am Stammkapital halte. Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfüge und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheide, sei dagegen grundsätzlich abhängig beschäftigt. Er sei ausnahmsweise nur dann als Selbstständiger anzusehen, wenn er exakt 50 % der Anteile am Stammkapital halte oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende (sog echte oder qualifizierte), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt sei. Denn der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer müsse eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber sei eine sog unechte, auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln. Ein rein faktisches, nicht rechtlich gebundenes und daher jederzeit änderbares Verhalten der Beteiligten sei hingegen nicht maßgeblich. Dies wäre mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht zu vereinbaren. Eine "Schönwetter-Selbstständigkeit" lediglich in harmonischen Zeiten, während im Fall eines Zerwürfnisses die rechtlich bestehende Weisungsgebundenheit zum Tragen käme, sei nicht anzuerkennen.

Gemessen daran seien die Kläger zu 2) und zu 3) abhängig beschäftigt. Sie verfügten seit dem Verkauf und der Abtretung von Anteilen zum 01.01.2016 jeweils nur noch über Geschäftsanteile in Höhe von 33,5 %. Der Gesellschaftsvertrag sehe dabei jedoch vor, dass es für eine Beschlussfassung grundsätzlich der einfachen Mehrheit bedürfe. Zwar bedürften einzelne Geschäfte einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen, so dass eine entsprechende Beschlussfassung bei den bestehenden Mehrheitsverhältnissen nur mit dem Einverständnis der Kläger zu 2) und zu 3) in Betracht komme. Allerdings könne diese unechte Sperrminorität nicht die für eine selbstständige Tätigkeit notwendige Rechtsmacht vermitteln. Denn sie beziehe sich nicht allumfassend auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft, sondern nur auf bestimmte Bereiche und versetze die Kläger zu 2) und 3) nicht in die Lage, sich gegenüber Weisungen der Mehrheit in Bezug auf ihre Geschäftsführertätigkeit zur Wehr zu setzen, die ihnen nicht genehm seien. Nach Abtretung der Anteile des Klägers zu 3) bis zur Beendigung seines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages habe dieser gar keine Einflussmöglichkeit mehr gehabt, so dass er erst recht nicht habe selbstständig sein können. Dass der Kläger zu 2) und der Kläger zu 3) nach Beteiligung des Investors weiterhin frei hätten agieren können und dabei aufgrund familiärer Verbundenheit auch gleichgerichtet vorgegangen seien, vermöge die notwendige Rechtsmacht nicht zu vermitteln. Denn dieses Verhalten hätten sie jederzeit, zB auch im Falle von Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Vorgehens, ändern können, so dass der jeweils andere das von ihm verfolgte Ziel nicht hätte erreichen und ihm nicht genehme Weisungen, die gemeinsam mit dem Investor getroffen worden wären, nicht hätte verhindern können. Auch der Investor hätte sich in das Tagesgeschehen einmischen können. Weiterhin werde die Annahme von Beschäftigung durch die nach den Geschäftsführerverträgen vorgesehene Ausgestaltung der Geschäftsführertätigkeit bestätigt.

Die Gewährung einer gewinnabhängigen Tantieme genüge nicht, um eine Beschäftigung auszuschließen. Einer Tantieme komme nur als ein Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen Bedeutung zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen könne, jedoch nicht allein entscheidend sei. Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich sei, sei deren Gewicht für die Abgrenzung eher gering (Hinweis auf BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), juris Rn 28). Die Tantieme sei zudem im Verlauf gestrichen worden. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht daraus, dass die Kläger zu 2) und 3) der Klägerin zu 1) ein Darlehen von zuletzt jeweils 100.000,00 € gewährt hatten. Zwar sei eine Darlehensgewährung, die über eine Darlehensgewährung in Fällen von Notsituationen hinausgehe, für Arbeitsverträge nicht typisch (Hinweis auf BSG 17.05.2001, [B 12 KR 34/00 R](#), juris Rn 20). Sie begründe aber kein maßgebliches unternehmerisches Risiko. Ein solches sei nur dann ein wesentliches Indiz für eine Selbstständigkeit, wenn dem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft entgegenstünden (Hinweis auf BSG 11.11.2015, [B 12 KR 10/14 R](#), juris Rn 20). Dies sei vorliegend nicht der Fall. Die Kläger zu 2) und 3) hätten vielmehr nur ein Haftungs- bzw Ausfallrisiko übernommen, wie es mit jeder Darlehensgewährung verbunden sei. Erkennbare finanzielle Auswirkungen in Bezug auf die Tätigkeit für die Klägerin zu 1) seien jedoch nicht gegeben, vielmehr erhielten die Kläger zu 2) und 3) nach wie vor und weiterhin eine feste monatliche Vergütung. Ferner sei es nicht völlig unüblich, dass Beschäftigte, insbesondere in einer Familiengesellschaft, dem Unternehmen persönlich ein Darlehen gewährten (Hinweis auf BSG 19.08.2015, [B 12 KR 9/14 R](#), juris Rn 33). Zudem bestehe keine unter dem Gesichtspunkt tatsächlicher wirtschaftlicher Einflussmöglichkeiten bestehende Vergleichbarkeit mit einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer. Die durch die Darlehen begründete schuldrechtliche Beziehung bzw wirtschaftliche Verflechtung genüge schließlich nicht dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit und sei auch aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen (Hinweis auf BSG 12.05.2020, [B 12 R 11/19 R](#), juris Rn 19).

Schließlich vermöge auch die atypische stille Gesellschaftsbeteiligung nichts an der Bewertung als abhängige Beschäftigung zu ändern. Dabei sei nicht die Rolle der Kläger zu 2) und 3) als Gesellschafter der atypischen stillen Gesellschaft zu bewerten, da es sich insoweit um ein eigenständiges Rechtsverhältnis handele, das nicht Streitgegenständlich sei. Diese Beteiligung sei vielmehr wie das gewährte Darlehen als unternehmerisches Risiko zu betrachten, welches wiederum nicht maßgeblich ins Gewicht falle. Die atypische stille Gesellschaft sei in erster Linie ein Schuldverhältnis mit dem Einlageverhältnis als zentralem vermögensrechtlichen Aspekt. Der stille Gesellschafter sei Kapitalgeber, der gegen Hingabe einer Einlage am Erfolg des Unternehmens beteiligt sei, ohne über diese rein schuldrechtliche Vereinbarung hinaus am Unternehmen beteiligt zu sein. Die gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen hinsichtlich der Klägerin zu 1) sowie die Vereinbarungen im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag blieben hierdurch jedoch grundsätzlich unberührt. Zwar bedürften nach § 4 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages über atypische stille Gesellschaft Änderungen des Gesellschaftsvertrages der Hauptgesellschaft, also der Klägerin zu 1), die Auswirkungen auf die Ergebnisbeteiligung des stillen Gesellschafters haben, der Zustimmung des stillen Gesellschafters, also des Klägers zu 2) bzw des Klägers zu 3). Weiterhin regelten die §§ 4 Abs 2, 6, 7 des Gesellschaftsvertrages über atypische stille Gesellschaft weitere Zustimmungs- und Widerspruchsrechte. Diese den Klägern zu 2) und 3) eingeräumten Rechte betrafen jedoch lediglich Fragen der Beteiligung, aber keine anderen Bereiche. Die insoweit nur punktuelle Rechtsmacht genüge, wie eine unechte Sperrminorität, nicht, um den Klägern zu 2) und 3) eine entsprechende umfassende Rechtsmacht zu vermitteln, die sie zu Selbstständigen machen würde. Dass die rechtliche Gestaltung aus Gründen der Steuerersparnis gewählt worden sei, ändere nichts an ihrer Maßgeblichkeit auch für die

sozialversicherungsrechtliche Versicherungspflicht. Die gewählte Konstruktion sei rechtswirksam, sodass sich die Kläger an ihr festhalten lassen müssten. Es unterliege nicht der Disposition der Beteiligten, die Wirkungen eines wirksamen Vertrages nach Maßgabe der Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken.

Die Kostenentscheidung hinsichtlich der Kläger zu 2) und 3) beruhe auf [§ 193 SGG](#) und entspreche dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache. Die Kostenentscheidung hinsichtlich der Klägerin zu 1) beruhe auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 3 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1 VwGO](#) und entspreche ebenfalls dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache. Insoweit habe eine getrennte kostenrechtliche Behandlung zu erfolgen (Hinweis auf BSG, Beschluss vom 23.03.2017, [B 5 RE 1/17 B](#), juris Rn 15; LSG Hamburg 08.02.2016, [L 3 R 118/13](#), juris Rn 45, 46). Dabei sei es nach billigem Ermessen nicht gerechtfertigt, der Beklagten einen Teil der Kosten aufzuerlegen im Hinblick auf den Verkauf der Anteile durch den Kläger zu 3) und die dadurch eingetretene Änderung der Sachlage. Hinsichtlich des Klägers zu 2) sei die Veränderung nach Erlass des Widerspruchsbescheides eingetreten, so dass sich der Widerspruchsbescheid zum Zeitpunkt seines Erlasses noch als rechtmäßig dargestellt habe. Ferner sei diese Tatsache der Beklagten erst im Klageverfahren mitgeteilt worden, woraufhin sie den Änderungsbescheid vom 03.04.2020 erlassen habe und dieser Änderung Rechnung getragen habe. Hinsichtlich des Klägers zu 3) sei mit Wegfall der Geschäftsführerstellung zum 31.03.2019 eine Erledigung der Streitgegenständlichen Tätigkeit eingetreten, so dass der Widerspruchsbescheid vom 03.04.2019 insoweit hinsichtlich des zugrunde gelegten Zeitraumes nach dem 31.03.2019 nicht mehr der Sachlage entsprochen habe. Diesbezüglich liege jedoch ein nur geringfügiges Obsiegen der Klägerin zu 1) und des Klägers zu 3) vor, so dass der Beklagten insoweit keine Kosten aufzuerlegen seien. Hinsichtlich des Verfahrens, welches die Klägerin zu 1) betreffe, sei ein Streitwert festzusetzen. Der Streitgegenstand werde durch die Verbindung der Rechtsstreitigkeiten der Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) und 3) nicht verändert. Insbesondere entstehe kein „einheitlicher Streitgegenstand“, vielmehr bleibe jedes Verfahren prozessrechtlich selbständig und wäre einem Urteil über einzelne Ansprüche zugänglich. Auch wenn die Beklagte mit gleichlautenden Bescheiden gegenüber der Klägerin zu 1) und dem Kläger zu 2) bzw dem Kläger zu 3) das Vorliegen von Sozialversicherungspflicht aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt habe, ergebe sich durch einheitliche Verfügungssätze in diesen Verwaltungsakten kein einheitlicher Streitgegenstand im Prozess. Das folge daraus, dass die Streitgegenstände der Verfahren der Kläger bereits mangels Identität der Kläger nicht identisch seien. Zwar fochten Arbeitnehmer und Arbeitgeber in der Sache den gleichen Bescheid an, ihre Ansprüche auf Aufhebung dieser Bescheide seien aber nicht dieselben, zumal die prozessrechtlichen Klagevoraussetzungen verschieden sein könnten und sie auch ein eigenständiges an das Gericht gerichtetes Begehren zum Ausdruck bringen könnten, wenn ihre Interessen in einzelnen Punkte nicht übereinstimmten. Daher sei eine objektive Klagehäufung gegeben (Hinweis auf LSG Baden-Württemberg 30.03.2012, [L 4 R 2043/10](#), juris Rn 42). Demgemäß bestehe kein Grund, zu einer Kostenprivilegierung für beide Streitgegenstände zu gelangen. Die Festsetzung des Streitwerts beruhe auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§§ 63 Abs 1 Satz 1, 52 Abs 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG). In der Sache sei die Annahme des Regelstreitwerts jeweils bezüglich des Klägers zu 2) und zu 3) gerechtfertigt. Dabei seien die Regelstreitwerte für das Verfahren der Klägerin zu 1) in Bezug auf den Kläger zu 2) und zu 3) zu addieren, da die Werte mehrerer Streitgegenstände in demselben Verfahren und in demselben Rechtszug zusammengerechnet würden ([§ 39 Abs 1 GKG](#)).

Gegen dieses Urteil, das ihrem Prozessbevollmächtigten am 12.10.2020 mittels Empfangsbekanntnis zugestellt worden ist, haben die Kläger am 12.11.2020 Berufung zum Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg eingelegt. Zur Begründung tragen sie vor, das SG habe in seinem Urteil zwar die vom BSG in ständiger Rechtsprechung für die Feststellung einer Beschäftigung iSd [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) angewandten Kriterien richtig wiedergegeben, diese jedoch lücken- und fehlerhaft angewandt und insbesondere die entscheidungserheblichen Unterschiede im Sachverhalt übersehen. Ungeachtet aller juristischen Feinheiten könne es im Ergebnis nicht richtig sein, dass wenn zwei Personen mit gleichen Anteilen unternehmerisch in der Rechtsform einer GmbH tätig würden, von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen sei, ab drei Personen mit gleichen Anteilen dagegen von einer nichtselbständigen Arbeit iSd [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) auszugehen sei. Dies habe das BSG auch noch nie entschieden. Im Streitfall sei durch den Eintritt des Investors ausschließlich das Vetorecht der bislang als selbstständig behandelten Kläger zu 2) und zu 3) entfallen. Es habe sich nur diese Rechtsmacht geändert, sonst nichts. Demgegenüber habe es in den Fällen, in denen das BSG bislang die Selbstständigkeit wegen fehlenden Vetorechts abgelehnt habe, stets einen entgegenstehenden Mehrheitsgesellschafter gegeben. Die Selbstständigkeit sei vom BSG noch nicht verneint worden, wenn - wie im Streitfall - Gesellschafter-Geschäftsführer betroffen gewesen seien mit gleicher Beteiligung und gleichgerichteten Interessen, denen nur ein an der Geschäftsführung nicht beteiligter Minderheitsgesellschafter entgegengestanden habe. Außerdem könnten im Streitfall die Geschäftsführer-Anstellungsverträge eine Beschäftigung schon deshalb nicht bestätigen, weil sie zuvor 10 Jahre lang der Selbstständigkeit nicht entgegenstanden hätten.

Zudem führe die nach dem BSG auch ohne Vetorecht vorzunehmende Gesamtabwägung im Streitfall zweifellos zur Verneinung einer Beschäftigung. Die Auffassung des BSG, wonach der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen in der Gesellschafterversammlung verhindern können müsse, erlaube eine klare und einfache Einordnung. Dieses Kriterium stehe aber weder im Gesetz, noch werde es dessen Zweck gerecht. Das BSG wolle einerseits nicht als Ersatzgeber fungieren, andererseits aber auf dieses praktische selbstgeschaffene Abgrenzungskriterium nicht verzichten. Daher betone es stets, dass ein gesellschaftsrechtliches Vetorecht nur ein wesentliches Merkmal sei. Wesentliches Merkmal bedeute jedoch nicht alleiniges Merkmal. Würde man die Rechtsprechung des BSG wie das Sozialgericht so verstehen, dass ohne Vetorecht stets eine Beschäftigung vorliegen würde, könnte sich das BSG auf die Prüfung dieses Kriteriums beschränken. Dies wäre jedoch gesetzwidrig, weil das Gesetz dieses Kriterium nicht enthalte und schon gar nicht die Begrenzung der Prüfung hierauf. Dass das BSG in seinen Entscheidungen bei Fehlen eines Vetorechts stets weitere Kriterien prüfe, belege, dass diese im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen seien und auch ohne Vetorecht zur Verneinung eine Beschäftigung führen könnten. Ansonsten wäre deren Erwähnung und Prüfung völlig überflüssig.

Geschäftsführer-Anstellungsverträge und deren Ausgestaltung seien von vornherein kein taugliches Indiz für eine Beschäftigung iSd [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) bei einer GmbH, weil diese aus steuerlichen Gründen zur Vermeidung verdeckter Gewinnausschüttungen gerade bei sog beherrschenden Gesellschaftern mit fremdüblichen Inhalt abgeschlossen werden müssten. Beherrschenden Gesellschafter seien insbesondere Mehrheitsgesellschafter, die sozialversicherungsrechtlich gerade keine Beschäftigte iSd [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) seien. Wäre ein Geschäftsführer-Anstellungsvertrag ein taugliches Indiz für eine Beschäftigung im Sinne des [§ 7 Abs 1 SGB IV](#), müssten danach auch beherrschende Gesellschafter als Beschäftigte behandelt werden. Dann wäre jeder Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH sozialversicherungspflichtig. Beherrschende Gesellschafter im Steuerrecht seien nicht nur Mehrheitsgesellschafter, sondern auch Gesellschafter-Geschäftsführer, die jeder für sich allein zwar nicht über eine beherrschende Stellung verfügten, aber gemeinsam aufgrund gleichgerichteter Interessen. Dabei spiele es keine Rolle, ob es sich dabei um 2 oder mehr Gesellschafter-Geschäftsführer handele. Im

Streitfall seien die Kläger zu 2) und zu 3) daher steuerlich beherrschende Gesellschafter. Das BSG habe noch nicht entschieden, ob diese Rechtsfigur auch bei der Beschäftigung anzuwenden sei. Nach Auffassung der Kläger sei hiervon jedoch auszugehen. Der Grundsatz der Vorhersehbarkeit stehe der Anwendung im Steuerrecht nicht entgegen. Wieso sollte es dann im Sozialversicherungsrecht anders sein? Die Übernahme der Rechtsfigur einer Personengruppe mit gleichgerichteten Interessen aus dem Steuerrecht sei kein exotischer Wunsch der Kläger, sondern nach dem Sinn und Zweck des [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) und wegen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung geboten.

Das SG habe seine Begründung dem Urteil des BSG vom 19.09.2019 ([B 12 R 25/18 R](#)) entnommen, fälschlicherweise jedoch ohne die entscheidenden tatsächlichen Unterschiede. Dort seien die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer zusammen nur mit 49 % beteiligt gewesen. Diesen habe ein mit 51% beteiligter Mehrheitsgesellschafter gegenübergestanden, der nicht Geschäftsführer gewesen sei. Bei einer solchen Sachlage und dem offenkundigen Interessengegensatz zwischen Geschäftsführer- und Gesellschafterinteressen habe bereits auf den ersten Blick von einer Selbstständigkeit der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer keine Rede sein können. Im Streitfall stellten dagegen die in gleicher Höhe beteiligten Geschäftsführer die Gesellschaftermehrheit.

Das SG habe auch das Unternehmerrisiko fälschlicherweise völlig untergewichtet. Das Risiko eines Fremdgeschäftsführers oder sonstigen Beschäftigten sei auf den Verlust seines Arbeitsplatzes beschränkt. Selbstständige trügen ein darüber hinaus gehendes Vermögensrisiko. Dieses bestehe hier aus der Darlehensgewährung, der atypisch stillen Beteiligung und der jeweils 33,5%igen Beteiligung und bestehe in Millionenhöhe. Dieses existenzielle wirtschaftliche Risiko mangels daraus resultierender Rechtsmacht nicht als gewichtiges Indiz für die Selbstständigkeit in die Waagschale zu werfen, mache die vom Gesetzgeber geforderte Abgrenzung zwischen Beschäftigten und Selbstständigen unmöglich und sei daher unzulässig.

Die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 01.10.2020 sowie den Bescheid der Beklagten vom 06.06.2018, Versicherungsnummer 23 230874W001 4879, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.09.2018 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger zu 2) in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 1) vom 01.01.2016 bis zum 03.02.2019 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 3) beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 01.10.2020 sowie den Bescheid der Beklagten vom 06.06.2018, Versicherungsnummer 23 020472 W006 4879, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.04.2019 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger zu 3) in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 1) in der Zeit vom 01.01.2016 bis zum 31.03.2019 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufungen der Kläger zurückzuweisen.

Die Beklagte hält die Entscheidung des SG für zutreffend.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz sowie die Verwaltungsakten der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegten Berufungen der Kläger sind statthaft und zulässig.

Streitgegenstand des Berufungsverfahrens sind die Bescheide der Beklagten vom 06.06.2018 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.09.2018 und 03.04.2019, mit denen die Beklagte im Rahmen eines von den Klägern eingeleiteten Statusverfahrens festgestellt hat, dass die Kläger zu 2) und zu 3) in ihrer Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägern zu 1) als abhängig Beschäftigte der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegen. Die Kläger können den Prozess als (einfache) Streitgenossen führen, da mit der hier streitigen Beurteilung der Versicherungspflicht gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden ([§ 74 SGG](#) iVm [§ 60](#) Zivilprozessordnung). Richtige Klageart ist die mit der Anfechtungsklage verbundene Feststellungsklage ([§§ 54 Abs 1 Satz 1, 55 Abs 1 Nr. 1, 56 SGG](#)).

Der Bescheid vom 03.04.2020 ist nicht gemäß [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens geworden. Mit diesem Bescheid nahm die Beklagte ihren Bescheid vom 06.06.2018 hinsichtlich des Klägers zu 2) in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.09.2018 für die Zeit ab dem 04.02.2019 zurück und stellte fest, dass seit dem 04.02.2019 keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten-, sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht. Da der Bescheid während eines gegen den Bescheid vom 06.06.2018 anhängigen Klageverfahrens ergangen ist und - gemessen am Klageantrag des Klägers zu 2) - diesen ausschließlich begünstigt, handelt es sich um einen Teil-Abhilfebescheid. Ein solcher Bescheid wird nicht nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens. Die Frage, ob der Bescheid vom 06.06.2018 in größerem Umfang bzw ganz hätte aufgehoben werden müssen, ist Gegenstand des Klageverfahrens gegen diesen Bescheid. Der Bescheid vom 03.04.2020 enthält hierzu keine Regelung.

Die Berufungen der Kläger sind jedoch unbegründet. Das SG hat die Klagen zu Recht abgewiesen. Die streitgegenständlichen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen die Kläger nicht in ihren Rechten.

Nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) in der hier anwendbaren bis zum 31.03.2022 geltenden Fassung können die Beteiligten schriftlich (und seit dem 05.04.2017 auch elektronisch) eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten (Clearingstelle)

beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn (was hier nicht der Fall ist), die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hat im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Inhaltlich entscheidet die Clearingstelle gemäß [§ 7a Abs 2 SGB IV](#) aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt. [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungsbranche und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Das Verwaltungsverfahren ist in den Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. Die Bekanntgabe der Statusfeststellung gegenüber den Beteiligten erfolgt seitens der Beklagten durch einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung.

Versicherungspflichtig sind in der gesetzlichen Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Gemäß [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung (stRspr) des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und 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 sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr vgl zB BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [BSGE 111, 257](#); BSG 30.04.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 21; BSG 30.10.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), USK 2014-117; BSG 31.03.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), USK 2015-21; BSG 31.03.2017, [B 12 R 7/15 R](#), [BSGE 123, 50](#); zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht <BVerfG>, Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (stRspr vgl zB BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#); BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [BSGE 111, 257](#); BSG 30.10.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), USK 2013-171, jeweils mwN).

Die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungsmaßstäbe (vgl etwa BSG 04.06.2019, [B 12 R 11/18 R](#), [Honorararzt]) gelten grundsätzlich auch für Geschäftsführer einer GmbH (BSG 23.02.2021, [B 12 R 18/18 R](#), Rn 14, juris). Bei Personen, die - wie die Kläger zu 2) und zu 3) - Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH sind, ist zwar aus steuerrechtlichen Gründen zu beachten, dass die den Geschäftsführern gezahlten Vergütungen keine verdeckten Gewinnausschüttungen (vGA) sind. Nach [§ 8 Abs 3 Satz 2](#) des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) darf eine vGA das steuerlich zu erfassende Einkommen der GmbH nicht mindern. vGA in diesem Sinne sind nach stRspr des BFH Vermögensminderungen und verhinderte Vermögensmehrungen, die nicht auf einer offenen Gewinnausschüttung beruhen, sich auf den Unterschiedsbetrag iSd [§ 4 Abs 1 Satz 1](#) des Einkommensteuergesetzes auswirken und durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind. Dazu gehören insbesondere einem Gesellschafter-Geschäftsführer gezahlte Vergütungen, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer unter ansonsten vergleichbaren Verhältnissen nicht gewährt hätte (BFH 04.06.2003, [I R 38/02](#), [BFHE 202, 500](#) Rn 9). Es mag zwar sein, dass aus diesem Grund auch in den vorliegenden Fällen die Anstellungsverträge mit den Klägern zu 2) und zu 3) in einer bei Fremdgeschäftsführern üblichen Weise gefasst wurden und deshalb zahlreiche Elemente eines Arbeitsvertrages enthalten. So erhielten die Kläger zu 2) und zu 3) zB für ihre Tätigkeit von der Klägerin zu 1) ein festes Monatsgehalt, eine zusätzliche Weihnachtsgratifikation, ein Urlaubsgeld sowie eine Tantieme in Höhe von 20 % des Jahresgewinns (§ 4 Abs 1 bis 4 Anstellungsvertrag). Im Krankheitsfalls oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung blieb der Gehaltsanspruch für die Dauer von sechs Monaten bestehen (§ 4 Abs 6 Anstellungsvertrag). Die Klägerin zu 1) hatte sich außerdem verpflichtet, den Klägern zu 2) und zu 3) einen Zuschuss zur Krankenversicherung zu gewähren (§ 5 Abs 1 Anstellungsvertrag), ihnen Kosten und Aufwendungen im Rahmen ihrer ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit zu erstatten (§ 5 Abs 3 Anstellungsvertrag) und ihnen Reisespesen zu ersetzen (§ 5 Abs 4 Anstellungsvertrag). Ferner hatten die Kläger zu 2) und zu 3) einen Anspruch auf 30 Arbeitstage bezahlten Urlaub pro Jahr (§ 6 Abs 1 Anstellungsvertrag). Alle diese Regelungen sind für einen Arbeitsvertrag typisch. Die Kläger folgern hieraus allerdings zu Unrecht, dass Anstellungsverträge mit Geschäftsführern einer GmbH und deren Ausgestaltung von vornherein kein taugliches Indiz für eine Beschäftigung iSd [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) sind, weil diese zur Vermeidung einer vGA gerade bei sog beherrschenden Gesellschaftern mit fremdüblichen Inhalt abgeschlossen werden „müssen“. Es handelt sich auch bei solchen Geschäftsführerverträgen nicht um gemäß [§ 117](#) Bürgerliches Gesetzbuch nichtige Scheingeschäfte. Ein Scheingeschäft ist nicht anzunehmen, wenn der von den Parteien erstrebte Erfolg objektiv die zivilrechtliche Gültigkeit des Geschäfts voraussetzt (LSG Baden-Württemberg 13.03.2018, [L 11 R 609/17](#), juris Rn 21; BGH 17.12.2019, [X ZR 148/17](#), juris Rn 44). Die mit der konkreten Fassung der Geschäftsführerverträge verbundene steuerrechtliche Wirkung tritt aber nur ein, wenn die Verträge zivilrechtlich wirksam sind.

Im Übrigen stellt auch das BSG bei Geschäftsführern einer GmbH nicht allein auf die Bestimmungen im Geschäftsführervertrag ab. Ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, richtet sich bei Geschäftsführern einer GmbH zusätzlich (in der Praxis: ausschließlich) danach, ob der Geschäftsführer nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag (und nicht aus dem Geschäftsführervertrag) ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern oder Beschlüsse beeinflussen kann, die sein Anstellungsverhältnis betreffen (vgl BSG 23.02.2021, [B 12 R 18/18 R](#), Rn 14, juris; BSG 14.03.2018, [B 12 KR 13/17 R](#), [BSGE 125, 183](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 35, Rn 15 ff; BSG 14.03.2018, [B 12 R 5/16 R](#), juris Rn 13 ff). Die von den Klägern mit der Klage vertretene Rechtsansicht, der Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung komme keine wesentliche Indizwirkung zu, ist deshalb unrichtig; richtig ist vielmehr das Gegenteil. Bei einem Fremdgeschäftsführer scheidet deshalb eine selbstständige Tätigkeit generell aus (BSG 14.03.2018, [B 12 KR 13/17 R](#) - [BSGE 125, 183](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 35, Rn 20; BSG 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#) S 79). Ist ein GmbH-Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, sind der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig, sondern muss über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 vH der Anteile am Stammkapital hält. Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, ist dagegen grundsätzlich abhängig beschäftigt. Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbstständiger anzusehen, wenn er exakt 50 vH der Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach

dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende ("echte" oder "qualifizierte"), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist. Denn der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber ist eine "unechte", auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln (vgl BSG 11.11.2015, [B 12 R 2/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 27 Rn 28 mwN; BSG 11.11.2015, [B 12 KR 10/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 28 Rn 24 mwN; BSG 29.06.2016, [B 12 R 5/14 R](#), juris Rn 39 ff; BSG 14.03.2018, [B 12 KR 13/17 R](#), [BSGE 125, 183](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 35, Rn 21).

Gemessen an den vorgenannten Grundsätzen waren der Kläger zu 2) in der Zeit vom 01.01.2016 bis zum 03.02.2019 und der Kläger zu 3) in der Zeit vom 01.01.2016 bis zum 31.03.2019 in der jeweils streitgegenständlichen Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Klägerin zu 1) abhängig beschäftigt und versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Sie waren nicht in der Lage, ihnen nicht genehme Weisungen zu verhindern, und konnten Beschlüsse, die ihr Anstellungsverhältnis zur Klägerin zu 1) betreffen, nicht beeinflussen. Denn sie verfügten im hier streitigen Zeitraum über lediglich 33,5 % der Gesellschaftsanteile und konnten das Geschick der Gesellschaft nicht einzeln umfassend bestimmen, da Gesellschaftsbeschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit gefasst wurden und die Stimmanteile sich nach der Höhe der Geschäftsanteile richteten. Dies entnimmt der Senat § 7 Abs 7 und Abs 8 des Gesellschaftsvertrages. Zwei Gesellschafter konnten daher den dritten Gesellschafter überstimmen. Eine umfassende Sperrminorität, mit der jeder Gesellschafter ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung hätte verhindern können, bestand nicht.

Die Ausführungen der Kläger zu den steuerrechtlichen Konsequenzen in Bezug auf die Annahme einer vGA bei beherrschenden Gesellschaftern oder bei Vorliegen einer beherrschungähnlichen Situation kraft Interessenübereinstimmung sind im Sozialversicherungsrecht unbeachtlich. Zwar liegt eine beherrschende Stellung eines GmbH-Gesellschafters im Regelfall nur vor, wenn der Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte besitzt und deshalb bei Gesellschafterversammlungen entscheidenden Einfluss ausüben kann. Im Allgemeinen ist das erst der Fall, wenn der Gesellschafter, der durch Leistungen der Kapitalgesellschaft Vorteile erhält, mehr als 50 % der Stimmrechte hat (BFH 03.02.2011, [VI R 4/10](#), [BFHE 232, 501](#) Rn 16; Gosch KStG/Gosch, 4. Aufl. 2020, [KStG § 8](#) Rn 220). Insoweit ist auch im Sozialversicherungsrecht vom Vorliegen von Selbstständigkeit auszugehen. Andererseits kann sich auch im Falle einer Nichtbeherrschung eine Situation ergeben, die steuerlich eine Gleichbehandlung mit der Beherrschung durch den Gesellschafter oder einer diesem nahe stehenden Person verlangt. Hält ein Gesellschafter nicht mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile, kann er nach stRspr des BFH einem beherrschenden Gesellschafter gleichgestellt werden, wenn er mit anderen gleichgerichtete materielle, dh finanzielle Interessen verfolgenden Gesellschaftern zusammenwirkt, um eine ihren Gesellschafterinteressen entsprechende Willensbildung der Kapitalgesellschaft herbeizuführen (BFH 03.02.2011 [aaO](#) Rn. 17; Gosch KStG/Gosch, 4. Aufl. 2020, [KStG § 8](#) Rn. 221). Darauf kann nun im Sozialversicherungsrecht gerade nicht abgestellt werden. Selbst schuldrechtliche Stimmbindungsverträge sind für die Beurteilung der Versicherungspflicht eines Gesellschafter-Geschäftsführers unbeachtlich. Die sich aus dem Bestehen einer atypischen Gesellschaft ergebende Interessengleichheit zwischen den Klägern zu 2) und zu 3) sowie deren Verwandtschaft sind daher für die hier zu beurteilende Frage der Sozialversicherungspflicht irrelevant.

Die Argumentation der Kläger, das SG habe seine Begründung dem Urteil des BSG vom 19.09.2019 ([B 12 R 25/18 R](#)) entnommen, fälschlicherweise jedoch ohne die entscheidenden tatsächlichen Unterschiede, übersieht, dass es nach diesem Urteil des BSG gerade nicht darauf ankommt, wie hoch der Gesellschaftsanteil derjenigen Gesellschafter ist, die nicht Geschäftsführer sind. Maßgeblich ist allein der Gesellschaftsanteil des jeweiligen Gesellschafter-Geschäftsführers, dessen Tätigkeit im Hinblick auf eine möglicherweise bestehende Versicherungspflicht beurteilt wird. Nicht entscheidend ist auch die Zahl der Gesellschafter. Ob die Gesellschaft zwei, drei oder noch mehr Gesellschafter hat, ist unerheblich. Daher verfängt auch die Argumentation der Kläger nicht, wonach es im Ergebnis nicht richtig sein könne, dass wenn zwei Personen mit gleichen Anteilen unternehmerisch in der Rechtsform einer GmbH tätig würden, von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen sei, ab drei Personen mit gleichen Anteilen dagegen von einer nichtselbstständigen Arbeit iSd [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) auszugehen sei. Auch in diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die relative Größe des dem Gesellschafter-Geschäftsführers zustehenden Gesellschaftsanteils im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern keine Relevanz hat. Im Übrigen trifft es auch nicht zu, dass bei zwei Gesellschafter-Geschäftsführern immer von einer selbstständigen Tätigkeit beider Geschäftsführer auszugehen ist. Auch in einem solchen Fall ist die Höhe des dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Anteils an der Gesellschaft maßgeblich.

Die Kläger zu 2) und zu 3) trugen im streitbefangenen Zeitraum kein Unternehmerrisiko, das bei der Beurteilung des Gesamtbildes ihrer Tätigkeit für die Klägerin zu 1) in ihrem Sinne entscheidend zu berücksichtigen ist. Die Darlehensgewährungen der Kläger zu 2) und zu 3) begründen kein solches mit ihrer Tätigkeit für die Klägerin zu 1) verbundenes Risiko. Die Kläger zu 2) und zu 3) übernahmen damit vielmehr nur ein Haftungs- oder Ausfallrisiko, wie es mit jeder Darlehensgewährung verbunden ist. Im Übrigen ist es im Geschäftsleben auch nicht völlig unüblich, dass Arbeitnehmer dem Unternehmen persönliche Darlehen gewähren oder zu dessen Gunsten sonstige finanzielle Verbindlichkeiten eingehen (vgl BSG 19.08.2015, [B 12 KR 9/14 R](#), juris Rn 33). Die Bildung einer stillen Gesellschaft durch die Kläger steht der Feststellung von Versicherungspflicht nicht entgegen. Als Innengesellschaft ist die stille Gesellschaft in erster Linie Schuldverhältnis mit dem Einlageverhältnis als zentralem vermögensrechtlichen Aspekt und nicht mit einer GmbH als Handelsgesellschaft im Sinne des HGB vergleichbar. Die Eigenschaft als stiller Gesellschafter steht einer (abhängigen) Beschäftigung nicht entgegen, weil die Kläger zu 2) und zu 3) als stille Gesellschafter nicht in der Lage waren, entscheidenden unternehmerischen Einfluss auf die Klägerin zu 1) auszuüben (vgl BSG 24.11.2020, [B 12 KR 23/19 R](#), juris Rn 29).

Im Übrigen weist der Senat die Berufung aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung zurück und sieht insoweit von weiteren Ausführungen ab ([§ 153 Abs 2 SGG](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). In beiden Rechtszügen gehörten die Kläger zu 2) und zu 3) in ihrer Eigenschaft als Versicherte zum kostenprivilegierten Personenkreis des [§ 183 SGG](#). Sind - wie hier - bei einem Streit mit einheitlichem Streitgegenstand kostenrechtlich privilegierte Hauptbeteiligte (Kläger oder Beklagter), greift nach stRspr des Senats (LSG Baden-Württemberg 17.05.2021, [L 11 BA 3492/19](#), juris Rn 81) auch bei subjektiver Klagehäufung mit einem nicht Kostenprivilegierten die Regelung für Kostenprivilegierte ein (BSG 26.09.2006, [B 1 KR 1/06 R](#), [BSGE 97, 112-125](#); ebenso LSG Mecklenburg-Vorpommern 24.02.2022, [L 4 R 73/15](#) juris Rn 61 sowie LSG Baden-Württemberg 10.10.2014, [L 4 R 2204/13](#) unter Änderung seiner früheren und vom SG zitierten Rspr im Urteil vom 30.03.2012, [L 4 R 2043/10](#) -, in juris). Eine objektive Klagehäufung ([§ 56 SGG](#)) dergestalt, dass die Hauptbeteiligten hinsichtlich des einen Streitgegenstands

nicht kostenprivilegiert sind, wohl aber zumindest einer der Hauptbeteiligten hinsichtlich des anderen, liegt hier nicht vor. Der Senat kann insoweit auch die Kostenentscheidung des SG zu Ungunsten der Beklagten (keine Erstattung der außergerichtlichen Kosten) ändern; denn das Verbot der reformatio in peius gilt hier nicht (stRspr BSG 21.10.2020, [B 13 R 19/19 R](#), SozR 4-1300 § 45 Nr 25, SozR 4-1300 § 44 Nr 40, Rn. 41)

Die Revision wird nicht zugelassen, da ein Grund hierfür ([§ 160 Abs 2 Nr 1 und 2 SGG](#)) nicht vorliegt.

Rechtskraft

Aus

Saved

2022-07-28