

**Bundessozialgericht**  
**Urt. v. 19.08.2015, Az.: B 12 KR 9/14 R**

---

**Ob Arbeitnehmer oder selbstständig, richtet sich nicht nach dem Willen...**

Ob eine zu 10 Prozent an einer GmbH beteiligte Frau, die in der GmbH tätig ist, als Selbstständige von der Sozialversicherungspflicht ausgenommen ist, richtet sich nicht nach dem Willen der Beteiligten, sondern nach den Fakten des Arbeits- beziehungsweise Dienstverhältnisses. Hier wurde festgestellt, dass die an der GmbH beteiligte Erwerbstätige, ohne ein Unternehmerrisiko zu tragen, wie ein "normaler" Arbeitnehmer in den Betrieb eingebunden war. Dass die Gesellschafterbeschlüsse nur einstimmig Wirkung erzeugen könnten, spiele keine Rolle, so das BSG (hier hielt der Ehemann 90 Prozent der Gesellschaftsanteile). Das eine - Anteile an der GmbH - habe insofern mit dem anderen - weisungsgebunden für die GmbH tätig zu sein - nichts zu tun.

Quelle: Wolfgang Büser

**Sozialversicherungspflicht der Ehefrau des Geschäftsführers einer GmbH als Mitarbeitende Minderheitsgesellschafterin**

**Gericht:** BSG

**Entscheidungsform:** Urteil

**Datum:** 19.08.2015

**Referenz:** JurionRS 2015, 29723

**Aktenzeichen:** B 12 KR 9/14 R

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LSG Nordrhein-Westfalen - 08.05.2014 - AZ: L 5 KR 243/13

**Rechtsgrundlage:**

§ 7 Abs. 1 SGB IV

**Fundstellen:**

DStR 2016, 16

info also 2016, 73

NZA 2016, 624

SGb 2015, 555-556

---

**BSG, 19.08.2015 - B 12 KR 9/14 R**

in dem Rechtsstreit

Az: B 12 KR 9/14 R

L 5 KR 243/13 (LSG Nordrhein-Westfalen)

S 13 KR 386/10 (SG Dortmund)

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,  
Prozessbevollmächtigte: .....

gegen

IKK classic,  
Tannenstraße 4 b, 01099 Dresden,  
Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1. ....,
2. Deutsche Rentenversicherung Bund,  
Ruhrstraße 2, 10709 Berlin,
3. Bundesagentur für Arbeit,  
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,
4. IKK-Pflegekasse classic,  
Tannenstraße 4 b, 01099 Dresden.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. August 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. K r e t s c h m e r , den Richter Prof. Dr. B e r n s d o r f und die Richterin Dr. K ö r n e r sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. H o h n und die ehrenamtliche Richterin C h r i s t o p h - T o j e k

für Recht erkannt:

#### **Tenor:**

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 8. Mai 2014 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

#### **Gründe**

I

- 1 Die Beteiligten streiten über die Feststellung von Versicherungspflicht wegen (abhängiger) Beschäftigung.
- 2 Die Beigeladene zu 1. - eine GmbH, deren Stammkapital die Klägerin zu 10 % und ihr Ehemann zu 90 % halten - betreibt seit Ende 1984 den Handel mit Tapeten, Farben, Glas und Bodenbelägen sowie deren Verarbeitung. Der Ehemann der Klägerin - ein Malermeister - hatte das Unternehmen zuvor als Einzelfirma geführt; er ist alleiniger Geschäftsführer der GmbH und führt dort den Malerbetrieb. Der notariell beglaubigte GmbH-Gesellschaftsvertrag vom 13.12.1984 enthält unter § 8 folgende Bestimmung:

"Solange nur die Gründer-Gesellschafter vorhanden sind, sind sämtliche Gesellschafterbeschlüsse einstimmig zu fassen. Erweitert sich die Zahl der Gesellschafter über diesen Kreis hinaus, so werden die Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst, soweit das Gesetz nicht zwingend eine

höhere Mehrheit vorschreibt. Die Auflösung der Gesellschaft kann in jedem Falle nur einstimmig beschlossen werden."

- 3 Die Klägerin - ursprünglich Finanzbeamtin und bereits vor Gründung der Beigeladenen zu 1. für das Einzelunternehmen ihres Ehemanns tätig - ist seit 12.12.1984 pflichtversichertes Mitglied der beklagten Krankenkasse. Die Klägerin ist bei der Beigeladenen zu 1. zuständig für den Verkauf im Ladengeschäft und erledigt dort - wie schon zuvor im Betrieb ihres Ehemannes - kaufmännische Tätigkeiten, erstellt die Lohnabrechnungen und bearbeitet die Buchhaltung sowie das Mahn- und Bestellwesen. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag schlossen die Beigeladene zu 1. und die Klägerin, die eine feste auf ihr privates Konto überwiesene monatliche Vergütung erhält, nicht; im Falle ihrer Arbeitsunfähigkeit wird ihr Vergütung für die Dauer von sechs Wochen weitergezahlt; sie hat Anspruch auf bezahlten Urlaub. Die Klägerin gewährte der Beigeladenen zu 1. Darlehen in Höhe von insgesamt mehr als 60 000 Euro und nahm gemeinsam mit ihrem Ehemann ein Darlehen über 20 000 Euro zugunsten der Beigeladenen zu 1. auf.
- 4 Mit Bescheid vom 28.3.1985 hatte die Rechtsvorgängerin der Beklagten gegenüber der Beigeladenen zu 1. festgestellt, dass die Klägerin weiterhin kranken- und rentenversicherungspflichtig sei, weil sie als kaufmännische Angestellte nur 10 % des Gesellschaftskapitals halte.
- 5 Im November 2007 stellte die Klägerin bei der Beklagten einen Antrag auf Überprüfung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status. Mit Bescheid vom 26.5.2010 und Widerspruchsbescheid vom 22.9.2010 lehnte die Beklagte die Aufhebung des Bescheides vom 28.3.1985 ab, weil er nicht rechtswidrig gewesen sei und die Voraussetzungen des § 44 SGB X daher nicht vorlägen.
- 6 Das dagegen angerufene SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 20.2.2013). Das LSG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und - wie schon das SG - die Voraussetzungen für eine Rücknahme des Bescheides vom 28.3.1985 verneint: Das Erscheinungsbild der Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 1. werde ganz wesentlich von Elementen geprägt, die für eine abhängige Beschäftigung typisch seien. Daran ändere sich nichts dadurch, dass Gesellschafterbeschlüsse in der GmbH nur einvernehmlich zu fassen seien. Das Weisungsrecht über die Angestellten sei Sache der laufenden Geschäftsführung, die allein dem Ehemann der Klägerin obliege und nicht der Gesellschafterversammlung. Die Übernahme von Darlehensverpflichtungen sei zwar nicht arbeitnertypisch, jedoch treffe die Klägerin daraus vorrangig ein bloßes Haftungs- bzw Ausfallrisiko und kein echtes Unternehmerrisiko (Urteil vom 8.5.2014).
- 7 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung von § 44 SGB X i.V.m. §§ 7 , 28h SGB IV . Das LSG habe bei der Beurteilung ihrer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung fehlerhaft die Fortgeltung eines vermeintlich zuvor bestehenden Anstellungsvertrages nach Gründung der Beigeladenen zu 1. unterstellt. Sie (die Klägerin) und ihr Ehemann hätten ein gleichberechtigtes Nebeneinanderstehen und eine gemeinsame Unternehmensführung vereinbart, indem sämtliche Gesellschafterbeschlüsse einstimmig zu fassen seien. Sie sei bereits aufgrund ihrer durchgehend vorhandenen Sperrminorität und wegen der besonderen Umstände (Ehegatten-GmbH, kein Arbeitsvertrag, gleichberechtigtes Miteinander und Einschluss der Übernahme persönlicher Haftung) im gesamten Streitzeitraum nicht versicherungspflichtig beschäftigt gewesen.
- 8 Die Klägerin beantragt,  
  
das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 8. Mai 2014 und das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 20. Februar 2013 aufzuheben sowie  
  
1. die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 26. Mai 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. September 2010 zu verpflichten, den Bescheid vom 28. März 1985 zurückzunehmen und

2. festzustellen, dass sie (die Klägerin) im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1. seit dem 12. Dezember 1984 nicht wegen Beschäftigung der Sozialversicherungspflicht unterlegen hat.

- 9 Die Beklagte und die Beigeladene zu 2. beantragen,  
die Revision der Klägerin zurückzuweisen.
- 10 Sie sind der Auffassung, das Berufungsgericht habe zutreffend und in Übereinstimmung mit höchstrichterlicher Rechtsprechung angenommen, dass die Klägerin als mitarbeitende Minderheitsgesellschafterin der Beigeladenen zu 1. abhängig beschäftigt sei.
- 11 Die Beigeladene zu 4. stellt keinen Antrag und äußert sich auch nicht zur Sache.
- II
- 12 Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet.
- 13 Das LSG hat die Berufung gegen das die Klage abweisende erstinstanzliche Urteil revisionsrechtlich beanstandungsfrei zurückgewiesen.
- 14 Die angefochtenen Bescheide der beklagten Krankenkasse (Bescheid vom 26.5.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.9.2010) sind rechtmäßig. Die Beklagte war nicht nach § 44 Abs 1 S 1 SGB X zu verpflichten, auf den Überprüfungsantrag der Klägerin von November 2007 hin den Bescheid vom 28.3.1985 zurückzunehmen und entgegen diesem Bescheid festzustellen, dass die Klägerin in ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. in der Zeit vom 12.12.1984 bis 8.5.2014 (= Tag der mündlichen Verhandlung vor dem LSG) nicht der Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung unterlag.
- 15 1. Die Voraussetzungen des § 44 Abs 1 S 1 SGB X sind in Bezug auf den Bescheid der Beklagten vom 28.3.1985 nicht erfüllt.
- 16 a) Nach § 44 Abs 1 S 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass des Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind.
- 17 Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Weder ist die Beklagte von einem "unrichtigen Sachverhalt" ausgegangen noch hat sie das "Recht unrichtig angewandt". Das LSG ist vielmehr ausgehend von den dafür einschlägigen Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätzen (dazu im Folgenden b) sowie von den auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller Umstände des hier zu beurteilenden Einzelfalls vom LSG festgestellten, für den Senat bindenden Tatsachen (vgl § 163 SGG ; dazu im Folgenden c) ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin auch nach der Gründung der Beigeladenen zu 1. aufgrund (abhängiger) Beschäftigung seit Ende 1984 versicherungspflichtig in den Zweigen der Sozialversicherung war.
- 18 b) Ob bei Erlass eines Verwaltungsaktes iS von § 44 Abs 1 S 1 SGB X das Recht richtig bzw unrichtig angewandt worden ist, beurteilt sich nach dem zu jenem Zeitpunkt maßgebenden Recht. Bei Bekanntgabe des Bescheides vom 28.3.1985 unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, in der - hier wegen von der Beklagten angenommener Versicherungsfreiheit in der Arbeitslosenversicherung kraft Geringfügigkeit zunächst nur betroffenen - Kranken- und Rentenversicherung der Versicherungspflicht (vgl § 165 Abs 2 S 1 RVO , seit 1.1.1989 § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V ; § 1227 Abs 1 S 1 RVO , seit 1.1.1992 § 1 S 1 Nr 1 SGB VI in ihren jeweils geltenden Fassungen); seit Einführung der sozialen Pflegeversicherung zum 1.1.1995 unterliegen solche Personen auch der Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung ( § 20 Abs 1 S 2 Nr 1 SGB XI idF des Pflege-Versicherungsgesetzes vom 26.5.1994, BGBl I 1014). Eine

entsprechende Regelung zur Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung - maßgeblich für die spätere vollschichtige Tätigkeit der Klägerin - enthält § 25 Abs 1 SGB III . Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung war und ist § 7 Abs 1 SGB IV (seit 1.1.1999 § 7 Abs 1 S 1 SGB IV , vgl Gesetz vom 20.12.1999, BGBl I 2000, 2). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach § 7 Abs 1 S 2 SGB IV (idF des Gesetzes vom 20.12.1999, aaO) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

- 19** Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats setzt 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 eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Tätigkeit und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr; vgl zum Ganzen zB zuletzt BSG Urteil vom 30.10.2013 - B 12 KR 17/11 R - RdNr 23 mwN; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 17 RdNr 15 und BSG SozR 4-2400 § 28e Nr 4 RdNr 17; ferner BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 6 RdNr 14 mwN; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 19 S 69 f, Nr 13 S 31 f und Nr 4 S 13, jeweils mwN; BSGE 78, 34, 36 [BSG 22.02.1996 - 12 RK 6/95] = SozR 3-2940 § 2 Nr 5 S 26 f mwN; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl BVerfG SozR 3-2400 § 7 Nr 11). Die jeweilige Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw selbstständigen Tätigkeit macht es erforderlich, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 15 Leitsatz und RdNr 25 ff).
- 20** Das LSG hat diese allgemeinen rechtlichen Maßstäbe im Ausgangspunkt zutreffend herangezogen, die insoweit maßgebenden Umstände des Falles berücksichtigt und im beschriebenen Sinne beanstandungsfrei begründet, dass die für eine (abhängige) Beschäftigung sprechenden Indizien hier überwiegen.
- 21** c) Die Feststellungen des LSG zu den der Tätigkeit der Klägerin zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen (dazu aa), den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (dazu bb) sowie zu der Gewährung von Darlehen (dazu cc) rechtfertigen - ohne dass dies revisionsrechtlich zu beanstanden ist - die Annahme des LSG, dass die Klägerin für die Beigeladene zu 1. als Beschäftigte versicherungspflichtig war. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin mit dem Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. verheiratet ist (dazu dd).
- 22** aa) Das LSG hat anhand der zwischen den Beteiligten getroffenen und auch entsprechend umgesetzten vertraglichen Vereinbarungen die wesentlichen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses iS von § 7 Abs 1 SGB IV zutreffend festgestellt, die auch so umgesetzt wurden.
- 23** Ob eine wertende Zuordnung zum Typus der Beschäftigung gerechtfertigt ist, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen

abweichen. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl BSG Urteil vom 11.3.2009 - B 12 KR 21/07 R - USK 2009-25; BSG Urteil vom 28.9.2011 - B 12 R 17/09 R - USK 2011-125 = RdNr 17; BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17 , RdNr 16 mwN).

- 24** Auf der Grundlage der von der Klägerin nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und deshalb für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (vgl § 163 SGG ) durften die Vorinstanzen annehmen, dass die Klägerin im Betrieb der Beigeladenen zu 1. eine Stellung innehatte, wie derjenigen von Beschäftigten in einem Arbeitsverhältnis entspricht. So erhielt die Klägerin von der Beigeladenen zu 1. eine feste, vorab vereinbarte und monatlich ausgezahlte Vergütung. Diese wurde von der Beigeladenen zu 1. auf das (eigene) private Konto der Klägerin zu deren alleinigen Verfügbarkeit überwiesen. Die Klägerin hatte Anspruch auf eine arbeitnehmertypische Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Wochen sowie auf bezahlten Urlaub. Dass kein schriftlicher Arbeitsvertrag existierte, ändert - wie vom LSG angenommen - nichts an der Wirksamkeit dieser ursprünglich zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann als früheren Einzelunternehmer getroffenen und nach Gründung der Beigeladenen zu 1. fortgeführten Vereinbarungen sowie an deren Bedeutung im Rahmen der vorzunehmenden sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung. Die Erwerbstätigkeit wurde auch von den Beteiligten des dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses in der Praxis fortlaufend sozialversicherungsrechtlich als Beschäftigungsverhältnis behandelt. Erst nach einer - mehr als zwei Jahrzehnte nach Erlass des die Versicherungspflicht feststellenden Bescheides vom 28.3.1985 - über lange Zeit hinweg derart unbeanstandet hingenommenen Handhabung, während derer die Klägerin den Status als in den Schutz der Sozialversicherung einbezogene Person und die damit verbundenen Beitragspflichten akzeptierte, zog sie diese Praxis im November 2007 in Zweifel.
- 25** bb) Die Klägerin war auch unter Berücksichtigung ihrer Stellung als Gesellschafterin im Rahmen einer Beschäftigung iS von § 7 Abs 1 SGB IV für die Beigeladene zu 1. als (abhängig) Beschäftigte versicherungspflichtig erwerbstätig. Einem Beschäftigungsverhältnis zwischen der Klägerin und der in der Rechtsform einer GmbH handelnden Beigeladenen zu 1. stehen die zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann getroffenen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nicht entgegen. Die Klägerin war insbesondere trotz der ihr eingeräumten Sperrminorität im Gesellschaftsvertrag weisungsgebunden in den von ihr selbst personenverschiedenen unterhaltenen Betrieb der Beigeladenen zu 1. - einer juristischen Person des Privatrechts - eingegliedert.
- 26** Die Klägerin war in dem hier streitigen Zeitraum am Stammkapital der Beigeladenen zu 1. in wirtschaftlich untergeordnetem Maße, nämlich überhaupt nur in einem Umfang von 10 % beteiligt. Wer aber Gesellschaftsanteile an einer Kapitalgesellschaft - sei es auch an einer Familiengesellschaft - hält, ist nach der ständigen Rechtsprechung des BSG nur dann selbstständig erwerbstätig, wenn damit zugleich eine entsprechende Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen verbunden ist; das kann insbesondere in einem seinem Gesellschaftsanteil entsprechendes Stimmgewicht zum Ausdruck kommen oder ausnahmsweise auch in Form einer Sperrminorität, wenn der Betroffene damit rechtlich zugleich über die Möglichkeit verfügt, ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner konkreten Tätigkeit abzuwehren (vgl hierzu allgemein bereits zB BSGE 38, 53, 57 f [BSG 31.07.1974 - 12 RK 26/72] = SozR 4600 § 56 Nr 1 S 5; BSGE 42, 1, 3 [BSG 30.04.1976 - 8 RU 78/75] = SozR 2200 § 723 Nr 1 S 3 mwN; BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17 , RdNr 25 mwN; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 21 , RdNr 16). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.
- 27** Die Klägerin und ihr Ehemann vereinbarten unter § 8 des Gesellschaftsvertrages vom 13.12.1984 zwar, dass - solange nur die Gründer-Gesellschafter vorhanden waren - "sämtliche Gesellschafterbeschlüsse einstimmig" zu fassen sind. Neben der Klägerin und ihrem Ehemann wurden keine weiteren Gesellschafter in die GmbH aufgenommen. Die Klägerin verfügte damit nur über eine Sperrminorität und konnte darauf bezogen maßgeblich Einfluss auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen nehmen. Allerdings reichte diese Rechtsstellung der Klägerin als Gesellschafterin nicht soweit, dass sie damit jegliche Einzelanweisung im Rahmen ihrer - vorliegend sozialversicherungsrechtlich allein zu beurteilenden - Erwerbstätigkeit für die Beigeladene zu 1. an sich jederzeit hätte verhindern können. Vielmehr blieb die Klägerin trotz der ihr auf der Ebene des

Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der Geschicke der GmbH eingeräumten Sperrminorität hinsichtlich der im Betrieb konkret ausgeübten Tätigkeiten (weiterhin) weisungsgebunden und war gleichwohl in den von ihr personenverschiedenen (fremden) Betrieb der Beigeladenen zu 1. eingegliedert. Die Klägerin hatte auf der Grundlage der Feststellungen des LSG arbeitnertypische Rechte inne und war über Jahre hinweg grundsätzlich in einen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Pflichtenkreis eingebunden.

- 28** Ein GmbH-Gesellschafter, der von der GmbH angestellt und nicht zum Geschäftsführer bestellt wurde, besitzt allein aufgrund seiner gesetzlichen Gesellschafterrechte in der Gesellschafterversammlung nicht regelmäßig zugleich auch die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft nach Belieben aufzuheben oder abzuschwächen. Die Rechtsmacht eines Gesellschafters mit Sperrminorität erschöpft sich in solchen Fällen vielmehr allein darin, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern zu können (vgl dazu bereits BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 22 S 64 f). Vorbehaltlich abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ist die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Angestellten der GmbH Sache der laufenden Geschäftsführung, nicht dagegen der Gesellschafterversammlung (vgl BSG Urteil vom 23.6.1994 - 12 RK 72/92 - RdNr 15; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 17 RdNr 15; BSG Urteil vom 25.1.2006 - B 12 KR 30/04 R - RdNr 23).
- 29** Entsprechendes gilt auch im vorliegenden Fall: Als alleiniger Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. war der Ehemann der Klägerin bestellt. Das LSG hat daher zutreffend angenommen, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit für die Beigeladene zu 1. an die Weisungen des Geschäftsführers rechtlich gebunden war. Allein dieser führte die laufenden Geschäfte der GmbH, zu denen auch die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber den Beschäftigten der Gesellschaft gehörte. Einschränkungen in Bezug auf dieses Weisungsrecht sieht der Gesellschaftsvertrag insoweit nicht vor, insbesondere hat sich die Gesellschafterversammlung keine Weisungsrechte gegenüber Beschäftigten vorbehalten. Auch soweit die Klägerin innerhalb der GmbH für den kaufmännischen und buchhalterischen Bereich verantwortlich war, wurde sie letztlich nur als Erfüllungsgehilfin des Geschäftsführers tätig; allein dieser ist kraft Gesetzes verpflichtet, für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen ( § 41 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung [GmbHG], bis 31.10.2008 § 41 Abs 1 GmbHG ; vgl dazu bereits BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 17 S 58).
- 30** Die Klägerin war aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung bei der Beigeladenen zu 1. im Übrigen auch nicht in der Lage, ihren Ehemann als Geschäftsführer gegen seinen Willen nach § 46 Nr 5 GmbHG abzuberufen und sich gegebenenfalls auf diesem Weg dessen Weisungen zu entziehen. Da Gesellschafterbeschlüsse nach § 8 des Gesellschaftsvertrages nur einstimmig gefasst werden konnten, hätte der Ehemann als Gesellschafter-Geschäftsführer seiner eigenen Abberufung zustimmen müssen. Selbst wenn man insoweit eine mittelbare Beeinflussung des Geschäftsführers durch die Klägerin in der Form in Erwägung ziehen wollte, dass sie als Mitgesellschafterin über die Möglichkeit verfügte, dem Geschäftsführer die - ebenfalls einstimmig zu erteilende - Entlastung nach § 46 Nr 5 GmbHG zu versagen (vgl dazu allgemein BSG Urteil vom 23.6.1994 - 12 RK 72/92 - RdNr 18), würde dies an der rechtlich bestehenden persönlichen Abhängigkeit der Klägerin von der Beigeladenen zu 1. in Bezug auf ihren sozialversicherungsrechtlichen Status nichts ändern. Zwar wäre es denkbar, auf diesem Weg Einfluss auf den Geschäftsführer zu nehmen. Ohne Weiteres erfolgversprechend wäre dies indessen nicht, zumal nach einer nicht erteilten Entlastung zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer wiederum ein - nur mit dessen Mitwirkung zu treffender - einstimmiger Gesellschafterbeschluss nötig gewesen wäre. Auch handelt es sich insoweit nicht um ein rechtlich wirksames und durchsetzbares Instrument, um Weisungen des Geschäftsführers zu verhindern.
- 31** cc) Das LSG hat zu Recht auch das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit der Klägerin verneint, weil sie kein Unternehmerrisiko trug, das bei der Beurteilung des Gesamtbildes ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. in ihrem Sinne entscheidend zu berücksichtigen gewesen wäre.

**32**

Zwar ist es nach der Rechtsprechung des Senats (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 36 mwN; BSG Urteil vom 25.1.2001 - B 12 KR 17/00 R - RdNr 24; zuletzt BSG Urteil vom 28.9.2011 - B 12 R 17/09 R - RdNr 25) maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko, dass eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Ein unternehmerisches Risiko ist allerdings nur dann hinreichendes Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (so schon BSG SozR 2200 § 1227 Nr 17 S 37; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 36 mwN; zuletzt BSG Urteil vom 28.9.2011, aaO). Das LSG hat unter diesem Blickwinkel zu Recht ein Unternehmerrisiko verneint.

- 33** Die Darlehensgewährung der Klägerin begründet kein solches mit ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. verbundenes Risiko. Die Klägerin übernahm damit vielmehr nur ein Haftungs- oder Ausfallrisiko, wie es mit jeder Darlehensgewährung verbunden ist. In Bezug auf die Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 1. ergaben sich aus der Darlehensgewährung jedoch keine erkennbaren finanziellen Auswirkungen, vielmehr erhielt die Klägerin insoweit als Gegenleistung nach wie vor und weiterhin eine feste monatliche Vergütung. Im Übrigen ist es im Geschäftsleben auch nicht völlig unüblich, dass Arbeitnehmer (insbesondere in einer Familiengesellschaft) dem Unternehmen persönliche Darlehen gewähren oder zu dessen Gunsten sonstige finanzielle Verbindlichkeiten eingehen, insbesondere vor dem - bereits vom LSG angeführten - Hintergrund, dass Kreditinstitute bei Familienunternehmen typischerweise auch auf einer finanziellen Beteiligung bzw Mithaftung von Ehepartnern bzw anderen beteiligten Familienangehörigen bestehen.
- 34** dd) Der Beurteilung der Tätigkeit der Klägerin als Beschäftigung iS von § 7 Abs 1 SGB IV steht schließlich auch nicht entgegen, dass sie mit dem alleinigen Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. verheiratet ist.
- 35** Wie der Senat bereits entschieden hat, ist ein wichtiger Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer (abhängigen) Beschäftigung auch im Zusammenhang mit Familiengesellschaften die Möglichkeit, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw Dienstberechtigten abzuwenden. Eine solche Möglichkeit mag rein faktisch unbeschadet einschlägiger rechtlicher Bindungen allein aufgrund gegenseitiger familiärer Rücksichtnahme solange bestehen, wie auch das Einvernehmen der beteiligten Familienmitglieder im Rahmen eines gedeihlichen Zusammenwirkens gewahrt ist. Im Falle eines familiären Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten würde dieser Gesichtspunkt indessen versagen, weil in einem solchen Fall durchsetzbar doch wieder allein die den einzelnen Familienmitgliedern konkret zustehende Rechtsmacht zum Tragen käme, sodass dann auch nach den gelebten tatsächlichen Verhältnissen, die einen Rückgriff auf die der Erwerbstätigkeit zugrundeliegenden vertraglichen und gesetzlichen Grundlagen gebieten, wieder eine Weisungsunterworfenheit angenommen werden müsste. Eine bloße "Schönwetter-Selbstständigkeit" ist mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände indessen schwerlich hinnehmbar und nicht anzuerkennen (grundlegend BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17 ; zuletzt BSG Urteil vom 29.7.2015 - B 12 KR 23/13 R - zur Veröffentlichung vorgesehen, vgl dazu Nr 4 des BSG-Terminberichts Nr 31/15 vom 30.7.2015).
- 36** 2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG .

---

Dr. Kretschmer  
Prof. Dr. Bernsdorff  
Dr. Körner  
Dr. Hohn  
Christoph-Tojek

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist



nicht gestattet.