

letzte Aktualisierung: 8.3.2019

LSG Sachsen, Urt. v. 8.11.2018 – 9 KR 263/15

GmbHG § 15 Abs. 3 u. 4; SGB IV § 7a Abs. 1

Keine abhängige Beschäftigung, wenn der geschäftsführende Alleingesellschafter die GmbH-Anteile lediglich treuhänderisch hält

Der Geschäftsführer einer GmbH, der zugleich Alleingesellschafter der GmbH ist, ist selbstständig tätig, selbst wenn er eine nicht beurkundete Treuhandabrede vor Gründung der GmbH geschlossen hat, nach der er die Geschäftsanteile nur als Treuhänder hält.



SÄCHSISCHES LANDESSOZIALGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Z....

- Kläger und Berufungskläger -

gegen

Deutsche Rentenversicherung Bund, vertreten durch das Direktorium, Ruhrstraße 2,
10709 Berlin

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

beigeladen:

1. B....
2. Bundesagentur für Arbeit, vertreten durch die Agentur für Arbeit Chemnitz, vertreten durch den Geschäftsführer des Operativen Service, Heinrich-Lorenz-Straße 20, 09120 Chemnitz
3. AOK PLUS - Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstandes, Herrn Rainer Striebel, Sternplatz 7, 01067 Dresden
4. AOK PLUS - Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen, -Pflegekasse-, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstandes, Herrn Rainer Striebel, Augustinerstraße 38, 99084 Erfurt

hat der 9. Senat des Sächsischen Landessozialgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2018 in Chemnitz durch die Vorsitzende Richterin am Landessozialgericht Dr. Scholz, den Richter am Landessozialgericht Schanzenbach, die

Richterin am Sozialgericht Lohr und die ehrenamtlichen Richter Herr Kuhnke und Herr Haas für Recht erkannt:

- I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgericht Chemnitz vom 15.09.2015 wird zurückgewiesen.
- II. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger in der Zeit zwischen dem 20.12.2011 und dem 06.01.2013 bei der Beigeladenen zu 1. abhängig und damit versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung beschäftigt war oder ob er selbstständig tätig war.

Am 11.05.2012 stellte der Kläger einen Antrag zur Feststellung der versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers im Rahmen einer GmbH (hier einer UG).

Die GmbH (die Beigeladene zu 1.) sei am 20.12.2011 gegründet und am 26.04.2012 ins Handelsregister eingetragen worden. Alleingesellschafter der GmbH sei er. Aufgrund eines Treuhandvertrags werde das Stimmrecht zu Gunsten eines Dritten – Herrn C.... - ausgeübt. Er habe der GmbH keine Darlehen gewährt oder für sie Bürgschaften übernommen. Er unterliege dem Weisungsrecht des Herrn C.... hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung und könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft nicht frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung der Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens nicht abhängig. Er könne selbstständig Personal einstellen und entlassen. Er müsse sich den Urlaub genehmigen lassen. Eine Abberufung/Kündigung sei zu jeder Zeit möglich. Eine Kündigungsfrist sei vereinbart. Es sei eine monatlich gleichbleibende Vergütung in Höhe von 750,00 Euro brutto vereinbart. Für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sei die gesetzliche Frist von 6 Monaten vereinbart. Es werde Lohnsteuer

entrichtet. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Betriebsausgabe. Er sei nicht am Gewinn beteiligt.

Seinem Antrag fügte der Kläger den Treuhandvertrag vom 19.12.2011 bei.

Die Beigeladene zu 1. hatte als Gesellschaftszweck die Durchführung von Transporten bis 3,5 Tonnen vereinbart.

Am 20.12.2011 gründete der Kläger als alleiniger Gesellschafter eine Unternehmergeellschaft (UG) gemäß § 2 Abs. 1a Gesellschaft mit beschränkter Haftung-Gesetz. Gemäß 3. des Gesellschaftsvertrags betrug das Stammkapital der Gesellschaft 300,00 Euro und wurde vollständig vom Kläger (Geschäftsanteil Nr. 1) übernommen. Die Einlage war in Geld zu erbringen und zwar sofort in voller Höhe. Gemäß 4. des Gesellschaftsvertrags wurde der Kläger zum alleinigen Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Der Geschäftsführer war von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Unter Punkt 7. letzter Spiegelstrich wies der Notar darauf hin, dass er die Regelungen des Musterprotokolls für völlig unzureichend halte, wenn weitere Gesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen werden sollten. Das Musterprotokoll enthalte keine Regelungen zur Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses, zur Übertragbarkeit der Geschäftsanteile, zur Vererblichkeit der Geschäftsanteile und zur Berechnung der Höhe einer zu zahlenden Abfindung.

Am 21.12. hat der Kläger für sich mit der UG einen Arbeitsvertrag für ein Gleitzonenarbeitsverhältnis (Midi-Job) geschlossen:

§ 1 Rechtlicher Rahmen, Arbeitsort und Probezeit

1.1 Der Arbeitnehmer wird ab dem 20.12.2011 im Rahmen des Gleitzonenarbeitsverhältnisses eingestellt. Die ersten drei Monate gelten als Probezeit.

1.2 Arbeitsort ist A.../Sa.

§ 2 Tätigkeit

2.1. Der Arbeitnehmer wird als Geschäftsführer eingestellt und vor allem für folgende Arbeiten eingesetzt: Geschäftsführung und Fahrtätigkeit.

2.2. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, auch andere zumutbare Arbeiten auszuführen; diese Arbeiten haben keine Minderung der Arbeitsvergütung zur Folge.

§ 3 Vergütung

3.1. Das Arbeitsentgelt beträgt 750,00 Euro brutto pro Monat.

3.2. Die Sozialversicherungsbeiträge auf das Arbeitsentgelt werden nach den

Grundsätzen der Beitragsberechnung in der Gleitzone ermittelt. Der Arbeitnehmer kann gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich erklären, dass der Berechnung für die Beiträge zur Rentenversicherung nicht das verminderte Gleitzonenentgelt, sondern das tatsächliche Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt werden soll. ...

Im Hinblick hierauf erklärt der Arbeitnehmer, dass er diese Zuzahlung zur Rentenversicherung aus seinem Beitragsanteil bis zur gesetzlichen Höhe nicht wünscht.

3.3. Der Arbeitnehmer erklärt, dass er derzeit in keinem weiteren sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis steht bzw., dass bei mehreren geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen die Zusammenrechnung des Entgelts insgesamt nicht zu einer Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze von 800,00 Euro brutto führt und ein weiteres sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis nicht ausgeübt wird.

3.4 ...

3.5. Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall richtet sich nach der jeweils geltenden gesetzlichen Regelung.

§ 4 Arbeitszeit

4.1. Die monatliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden.

4.2. Die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und Wochen richten sich nach den Weisungen des Arbeitgebers.

...

§ 5 Urlaub

Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers beträgt 24 Arbeitstage im Kalenderjahr. Der Urlaub muss vor Urlaubsantritt vom Arbeitgeber genehmigt werden.

§ 6 Kündigung

Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis von beiden Parteien mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Nach Ablauf der Probezeit ist die Kündigung für beide Vertragsparteien nur unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zum Monatsende zulässig. Die Kündigung bedarf der Schriftform. Maßgebend für die Fristeinhaltung ist der Eingang des Kündigungsschreibens.

§ 7 Anzeige- und Nachweispflicht bei Krankheit

...

§ 8 Zusätzliche Vereinbarungen

enthält keine Regelungen

§ 9 Schlussbestimmungen

9.1. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.

9.2. Dieser Vertrag bleibt auch dann gültig, wenn sich einzelne Bestimmungen als ungültig erweisen sollten. Die betreffende Bestimmung ist in einem solchen Fall so auszulegen, dass die mit ihr ursprünglich angestrebten wirtschaftlichen und rechtlichen Zwecke soweit wie möglich erreicht werden.

Gemäß Treuhandvertrag vom 19.12.2011 zwischen Herrn C.... (Treugeber) und dem Kläger (Treuhandler) wurde folgendes vereinbart:

"Pflichten des Treuhänders

Der Treuhänder verpflichtet sich,

alle ihm aus dem treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil zufließende Vorteile unverzüglich an den Treugeber herauszugeben;

über den treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil nur nach Zustimmung des Treugebers zu verfügen;

den treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil auf Verlangen des Treugebers an diesen oder an eine von ihm benannte dritte Person zu übertragen;

das Stimmrecht sowie alle sonstigen mit dem treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil verbundenen Rechte nur nach Weisung des Treugebers auszuüben.

Pflichten des Treugebers

Der Treugeber verpflichtet sich, den Treuhänder von allen Verpflichtungen freizustellen, die sich aus dessen Treuhänderstellung ergeben.

Alle mit dem treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil verbundenen Lasten trägt im Innenverhältnis der Treugeber.

Für seine Tätigkeit als Treuhänder erhält dieser vom Treugeber keine Vergütung.

Bevollmächtigung

Der Treuhänder bevollmächtigt den Treugeber hiermit unwiderruflich,

das Stimmrecht aus dem vom Treuhänder gehaltenen Anteil auszuüben, soweit der Treugeber von dieser Vollmacht Gebrauch macht, ist der Treuhänder von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen;

den Anteil jederzeit ganz oder teilweise auf sich selbst oder einen von ihm bestimmten Dritten zu übertragen;

den Anteil jederzeit ganz oder teilweise zu belasten.

Die Vollmacht wird unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt.

Beendigung des Treuhandverhältnisses

Das Treuhandverhältnis endet

mit der Auflösung der GmbH;
dem Tod des Treuhänders;
bei Kündigung.

Eine Kündigung ist von beiden Seiten mit einer Frist von 1 Monat zu Ende eines jeden Geschäftsjahres der GmbH möglich.

Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist jederzeit möglich.

Bei Kündigung ist der Treugeber verpflichtet, den Anteil auf sich selbst oder eine andere Dritte Person zu übertragen."

Am 26.04.2012 wurde die Beigeladene zu 1. mit dem Kläger als Gesellschafter-Geschäftsführer ins Handelsregister B des Amtsgerichts Chemnitz eingetragen. Nach Anhörung des Klägers mit Schreiben vom 6. Juni 2012 stellte die Beklagte mit Bescheid vom 4. Juli 2012 fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1. seit dem 20.12.2011 nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Daher bestehe in dieser Tätigkeit keine Versicherungspflicht als abhängig Beschäftigter in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Da der Kläger an der Gesellschaft beteiligt sei, sei er sogenannter Gesellschafter-Geschäftsführer. Bei Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH liege nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH vor, wenn diese funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilhätten, für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhielten und keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft Kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen könnten.

Maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft habe der Gesellschafter-Geschäftsführer, der – bei Ausgestaltung der Stimmrechte nach Höhe der Geschäftsanteile – so viele Geschäftsanteile an der GmbH besitze, die für Beschlüsse der Gesellschafter eine Stimmenmehrheit sicherten, oder aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag Beschlüsse der Gesellschafter verhindern könne (Sperrminorität). Die Unternehmensgesellschaft (UG) sei keine eigene Rechtsform, sondern eine besondere Variante der GmbH. In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ergäben sich keine abweichenden Besonderheiten. Entscheidend für die versicherungsrechtliche Beurteilung sei das Gesamtbild der Tätigkeit nach Maßgabe der den Einzelfall

bestimmenden rechtlichen und tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse, wozu auch unabhängig von ihrer Ausübung die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht gehöre. Maßgebend sei die Rechtsbeziehung, so wie sie praktiziert werde und die praktizierte Beziehung, so wie sie rechtlich zulässig sei. Auf die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben hätten oder eine von ihnen gewünschte Rechtsfolge, komme es hingegen nicht an. Aus den vorgelegten vertraglichen und dargestellten tatsächlichen Verhältnissen ergäben sich keine Merkmale für eine abhängige Beschäftigung. Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit seien, dass das Stammkapital der Beigeladenen zu 1. 300,00 Euro betrage. Daran sei der Kläger mit 100% beteiligt. Beschlüsse der UG würden mit einfacher Mehrheit gefasst. Das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters richte sich dabei nach der Höhe der Geschäftsanteile. Nach der Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwögen die Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit. Mit der Kapitalbeteiligung in Höhe von 100% sei der Kläger im Besitz der Mehrheit und habe somit maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft.

Im hiergegen eingelegten Widerspruch verwies der Kläger auf das Treuhandverhältnis mit Herrn C.....

Mit Widerspruchsbescheid vom 28.11.2012 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurück. Die Regelungen im Treuhandvertrag seien nicht durch Stimmrechtsvorbehalt im Gesellschaftsvertrag verankert. Der Treuhandvertrag stelle deshalb nur eine Regelung zwischen Treuhänder und Treugeber im Sinne des bürgerlichen Rechts dar. Er habe keinen Einfluss auf die Stimmrechtsmacht des Treuhänders innerhalb der Gesellschafterversammlung. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung des Treuhänders aus dem Treuhandvertrag könne lediglich zivilrechtlichen Schadensersatz nach sich ziehen. Aus dem Umstand, dass die Geschäftsanteile treuhänderisch gehalten würden, könne nicht auf eine abhängige Beschäftigung geschlossen werden. Etwas anderes könne allenfalls dann gelten, wenn sich eine nach außen wirkende Abhängigkeit des Treuhänders vom Treugeber unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag selbst ergebe.

Hiergegen hat der Kläger am 28.12.2012 beim Sozialgericht Chemnitz (SG) Klage erhoben. Der Treuhandvertrag enthalte die Regelung, dass der Treugeber auch selbst die Stimmrechte ausüben könne. In diesem Fall sei die Ausübung des Stimmrechts durch den Kläger ausgeschlossen. Insoweit könne der Treugeber jederzeit in die

Gesellschafterrechte eingreifen. Auch der Arbeitsvertrag des Klägers belege dessen abhängige Beschäftigung.

Am 16.01.2013 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers die notarielle Auflösung des Treuhandverhältnisses übersandt. Der Kläger hat im Rahmen der Auflösung am 28.12.2012 den Geschäftsanteil an den Treugeber C.... veräußert. Die unter dem 07.01.2013 ausgestellte Notarbescheinigung hat nunmehr Herrn C.... als 100%-igen Gesellschafter der PH Transporte und Mietfahrer UG ausgewiesen. Die Bescheinigung ist am 04.04.2013 beim SG eingegangen.

Daraufhin hat die Beklagte mit Teilanerkennnisangebot vom 16.01.2014 die Versicherungspflicht des Klägers für die Zeit ab dem 07.01.2013 anerkannt. Nachdem der Kläger das Teilanerkennnisangebot angenommen hatte, hat die Beklagte das Teilanerkennnis mit Bescheid vom 21.10.2014 ausgeführt.

Mit Urteil vom 15. September 2015 hat das SG die Klage abgewiesen. Der Kläger sei im noch streitgegenständlichen Zeitraum vom 20.12.2011 bis zum 06.01.2013 nicht versicherungspflichtig beschäftigt bei der PH Transporte und Mietfahrer UG (Beigeladenen zu 1.) gewesen. Vielmehr sei seine Tätigkeit als selbstständig einzustufen. Auch wenn es grundsätzlich möglich sei, als Gesellschafter einer GmbH gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis zu stehen, lägen hier besondere Umstände vor, die eine Weisungsgebundenheit des Klägers im Einzelfall ausschließen. Der Kläger sei Gesellschafter-Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter gewesen. Er habe nicht nur über die Mehrheit, sondern über sämtliche Geschäftsanteile verfügt. Er habe jede gegen ihn gerichtete Entscheidung über die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung abwehren können. Das Treuhandverhältnis zwischen dem Kläger und Herrn C.... sei lediglich schuldrechtlich vereinbart gewesen und führe zu keinem anderen Ergebnis. Das BSG fordere, dass das Beurkundungserfordernis des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbH-Gesetz sich auf den gesamten Übertragungsprozess erstrecke und deshalb gerade auch auf die wichtige Nebenabrede einer Treuhand. Da die Treuhandvereinbarung nicht notariell beurkundet worden sei, sei sie nichtig gewesen.

Gegen das dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 23.09.2015 zugestellte Urteil hat dieser am 22.10.2015 beim Sächsischen Landessozialgericht Berufung eingelegt. Der Treuhandvertrag sei vor Gründung der UG abgeschlossen worden. Er datiere auf den 19.12.2011, die Gründung der UG sei jedoch erst am 20.12.2011 erfolgt und somit nicht

gleichzeitig mit der Gründung der GmbH. Der BGH habe in seinem Urteil vom 19.04.1999 II ZR 365/97 entschieden, dass ein Treuhandvertrag hinsichtlich eines GmbH-Geschäftsanteils, der vor der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags geschlossen werde, nicht dem Formzwang des § 15 Abs. 4 GmbH-Gesetz unterliege. Entgegen der Ansicht des Gerichts sei somit der Treuhandvertrag nicht nichtig.

Mit Beschluss vom 23.11.2015 sind neben den bereits Beigeladenen zu 1. und 2. zusätzlich die AOK Plus als gesetzliche Krankenversicherung (Beigeladene zu 3.) sowie die AOK Plus als Soziale Pflegekasse (Beigeladene zu 4.) beigeladen wurden.

Der Kläger hat vorgetragen, dass die in der mündlichen Verhandlung vom Gericht gezogene Schlussfolgerung, Herr C.... erhalte monatlich 1.000,00 Euro nicht zutreffend sei. Die diesbezügliche Frage des Gerichts sei eine Fangfrage gewesen. Herr C.... habe lediglich die Buchhaltung durchgeführt und die Jahresabschlüsse sowie Steuererklärungen erstellt und sei dafür unter den für die Steuerberatungstätigkeit üblichen Honoraren vergütet worden. Damit habe er stets zeitnahen Einblick in die wirtschaftliche Lage der Beigeladenen zu 1. gehabt und habe eingreifen können, sobald sich eine Entwicklung abzeichnete, die nicht in seinem Sinne gewesen sei oder die zu einer Schieflage der Gesellschaft hätte führen können. Anders als sonst bei GmbH's/UG's üblich, habe der Treugeber/Gesellschafter sogar Einblick in jeden einzelnen Geschäftsvorfall und nicht nur – wie sonst – in eine vom Geschäftsführer erstellte Bilanz gehabt. Ausschüttbare Gewinne seien nicht erwirtschaftet worden und hätten daher auch nicht ausgeschüttet werden können.

Nachdem der Prozessbevollmächtigte des Klägers verstorben ist, hat der Kläger mitgeteilt, sich zukünftig selbst vertreten zu wollen.

Der Anforderung des Gerichts, Geschäftskontoauszüge aus der Zeit vom 20.12.2011 bis zum 06.01.2013 betreffend das Unternehmen der Beigeladenen zu 1. sowie die privaten Kontoauszüge betreffend den selben Zeitraum zu übersenden, ist der Kläger nicht nachgekommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Chemnitz vom 15. September 2015 sowie den Bescheid der Beklagten vom 04.07.2012 in der Gestalt des

Widerspruchsbescheides vom 28.11.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, seine in der Zeit vom 20.12.2011 bis 06.01.2013 als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. ausgeübte Tätigkeit als versicherungspflichtige Beschäftigung in der Rentenversicherung, der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der Sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung festzustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist zur Begründung auf das erstinstanzliche Urteil sowie ihren bisherigen Vortrag.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Verwaltungsakte der Beklagte sowie die Gerichtsakten beider Instanzen Bezug genommen. Ihr Inhalt war Gegenstand der Beratung und Entscheidungsfindung.

Entscheidungsgründe

Die gemäß §§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist unbegründet. Zu Recht hat das SG für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 20.12.2011 bis zum 06.01.2013 das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit des Klägers als Alleingesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. angenommen. Der zugrunde liegende Bescheid der Beklagten vom 04.07.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28.11.2012 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

Rechtsgrundlage für den Erlass der angefochtenen Bescheide ist § 7a Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Danach können die Beteiligten bei der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Bund schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren über die

Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet (Abs. 1). Die DRV Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles (Abs. 2). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer (abhängigen) Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG, welcher der Senat folgt, 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 eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Bei untergeordneten und einfacheren Arbeiten ist regelmäßig eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation anzunehmen. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. BSG, Urteil vom 28.09.2011, - B 12 R 17/09 R, Rn. 16 m.w.N., juris).

Ob eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen 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. Verwaltung und Gerichte haben hierzu den konkreten Inhalt festzustellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind gegebenenfalls nur dann maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG, 18.11.2015, B 12 KR 16/13 R, juris).

Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil vom 30.04.2013, B 12 KR 19/11 R, Rn. 14 m.w.N., juris).

Auch die Tätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers ist nach diesen Grundsätzen zu beurteilen. Dabei gilt, dass grundsätzlich eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft auch als Geschäftsführer nicht von vorneherein ausgeschlossen ist. Vielmehr muss dann im einzelnen differenziert werden. Sofern ein GmbH-Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt ist, 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. Der Status als Selbstständiger ist dann nach der Rechtsprechung des BSG anzuerkennen, wenn der im Unternehmen Tätige Gesellschaftsanteile an der Kapitalgesellschaft hält, mit denen zugleich eine entsprechende Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen verbunden ist, und der Betroffene damit rechtlich über die Möglichkeit verfügt, ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit abzuwehren (vgl. BSG, Urteil v. 11.11.2015, B 12 KR 10/14 R, Rn. 28; BSG, Urteil vom 29.08.2012 - B 12 KR 25/10 R - Rn. 25; BSG, Urteil v. 03.04.2014 – B 2 U 26/12 R – Rn. 16, jeweils m.w.N.; BAG, Beschluss v. 17.09.2014 – 10 AZB 43/14 – Rn. 22 ff., juris). Hinzu kommen die Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung. Wer demnach als Geschäftsführer Gesellschaftsanteile an einer Kapitalgesellschaft hält, ist dann selbstständig tätig, wenn damit eine entsprechende Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen verbunden ist, etwa in Form einer Sperrminorität oder einer zumindest 50 prozentigen Beteiligung am Stammkapital, und der Betroffene damit rechtlich über die Möglichkeit verfügt, ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit abzuwehren (BSG, Urteil v. 11.11.2015, B 12 R 2/14 R, juris).

Gemessen an den vorstehenden Kriterien überwiegen vorliegend die Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit bei weitem. Ausgangspunkt sind zunächst die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1., hier der Anstellungsvertrag vom 21.12.2011. Nach den Angaben des Klägers im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung sowie nach dem Arbeitsvertrag war der Kläger vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB befreit. Als Einzelgeschäftsführer war er alleinvertretungsberechtigt und weisungsfrei tätig. Dies spricht für eine selbstständige Tätigkeit, wobei auch hier Ausnahmen denkbar und möglich sind (LSG BW, Urteil v. 30.09.2014, L 11 R 2662/13, juris). Zudem war der Kläger 100-prozentiger Gesellschafter der GmbH und hatte damit maßgebliche Einfluss- und Weisungsmöglichkeiten auf seine Geschäftsführertätigkeit und auf die Geschicke des Unternehmens.

Der Kläger büßte seinen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft nicht durch den Treuhandvertrag ein.

Unter dem Institut der Treuhand fasst man die Fälle der Wahrnehmung auch fremder Interessen bezogen auf ein bestimmtes Vermögensrecht zusammen, über das der Treuhänder zwar die volle Rechtsmacht bzw. Verfügungsmacht innehat und das von ihm im eigenen Namen ausgeübt wird, das wirtschaftlich indes dem Treugeber zusteht. Typisierendes Merkmal der Treuhand ist das Auseinanderfallen von rechtlicher und wirtschaftlicher Zuordnung des Rechts (Seibt in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 15 Rn. 227). Die Zulässigkeit der Treuhand an Geschäftsanteilen ist allgemein anerkannt (Löbbe in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2013 ff, § 15 Rn. 198; BGH, Urteil v. 19.04.1999, II ZR 365/97, Rn. 17).

Der Treuhänder ist vollberechtigter und vollverpflichteter Gesellschafter, dem demgemäß alle Mitgliedschaftsrechte aus dem Geschäftsanteil zustehen und den auch alle Pflichten aus dem Geschäftsanteil treffen. Dies trifft sowohl das Verhältnis zur Gesellschaft als auch zu den Mitgesellschaftern. Die schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Treuhänder und Treugeber schlagen nicht auf das Außenverhältnis des Treuhänders zu der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern durch (Löbbe in Ulmer/Habersack/Löbbe, a.a.O. Rn. 212).

Auch wenn der zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1. am 19.12.2011 geschlossene Treuhandvertrag formwirksam geschlossen worden ist, geht dennoch die beurkundete gesellschaftsrechtliche Regelung unter dem Aspekt der Vorhersehbarkeit

im Sozialversicherungsrecht vorliegend vor, und es kommt auf die Frage der Wirksamkeit der Treuhandvereinbarung nicht an.

Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil v. 19.04.1999, II ZR 365/97, Rn. 19) wird bereits mit der Begründung des Treuhandverhältnisses, aufgrund dessen eine Person für den Treugeber einen Geschäftsanteil erwirbt -aufschiebend bedingt- die Verpflichtung zur Anteilsübertragung begründet, weil der Treuhänder diese Beteiligung aus dem Treuhandverhältnis erlangt hat und er bei dessen Beendigung kraft Gesetzes (§ 667 BGB) zur Herausgabe verpflichtet ist. Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen, ob wegen dieser zwangsläufigen Rechtsfolge des Treuhandvertrages das Geschäft nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG beurkundungspflichtig ist oder nicht. Maßgebend ist vielmehr, ob nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift das Beurkundungserfordernis auch für solche Rechtsgeschäfte gilt, die zwar nicht ausdrücklich, aber zwangsläufig – zumindest befristet oder bedingt – die Verpflichtung zur Geschäftsanteilsübertragung begründen.

Daraus ergibt sich, dass auch die nach Gründung aber vor Eintragung ins Handelsregister geschlossene, auf den künftig entstehenden Geschäftsanteil abzielende Treuhandabrede in notarieller Form geschlossen wird (BGH a.a.O., Rn. 20). Denn nach Ansicht des BGH in Anlehnung an die gefestigte Rechtsprechung des Reichsgerichts ist der wesentliche Zweck des § 15 Abs. 4 GmbHG zu vereiteln, dass GmbH-Geschäftsanteile Gegenstand des freien Handelsverkehrs werden (BGHZ 13, 49, 51 f.; BGHZ 19, 69, 71; BGHZ 75, 352, 352; BGHZ 130, 71, 74; BGHZ 141, 207, 211, Vereinbarungstreuhand)

Bei der Frage nach der Formbedürftigkeit von Treuhandverträgen gem. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG sind verschiedene Fälle zu unterscheiden. Formbedürftig im Sinne des § 15 Abs. 4 GmbHG ist die Abrede, nach der der Gesellschafter einen bereits bestehenden Geschäftsanteil künftig für einen Dritten treuhänderisch halten soll (sog. Vereinbarungstreuhand, RGZ 124, 371, 377; BGH a.a.O., Rn. 22; Seibt in Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 230). Auch die Übertragungstreuhand, bei der ein Treuhänder den Geschäftsanteil vom Treugeber erwirbt, ist nach § 15 Abs. 4 GmbHG beurkundungspflichtig, da hier eine Abtretungsverpflichtung des Treugebers gegenüber dem Treuhänder begründet wird (BayObLG v. 18.03.1991 – BReg 3 Z 69/90; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 15 Rn. 56).

Bei der sogenannten Erwerbstreuhand verpflichtet sich der Treuhänder gegenüber dem Treugeber, einen Geschäftsanteil durch Teilnahme an der Gesellschaftsgründung bzw. an einer Kapitalerhöhung oder von einem Dritten zu erwerben. Diese Form der Treuhand ist

nicht beurkundungspflichtig nach § 15 Abs. 4 GmbHG, da sich einerseits die Abtretungsverpflichtung des Treuhänders gegenüber dem Treugeber aus der gesetzlichen Herausgabepflicht des § 667 BGB ergibt und andererseits, weil die Vorschrift nach ihrem Normzweck (Verhinderung eines Anteilshandels) nicht betroffen ist. Dies beurteilt sich jedoch dann anders, wenn der Treuhänder sich gegenüber dem Treugeber verpflichtet, einen bereits bestehenden oder in Entstehung befindlichen Geschäftsanteil von einem Dritten zu erwerben (BGH, Urteil v. 19.04.1999, II ZR 365/97, Rn. 23).

Anders verhält es sich lediglich dann, wenn die Parteien bereits vor dem Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags eine Treuhandvereinbarung getroffen haben. Dies kann, da weder ein Geschäftsanteil vorhanden ist, noch dessen Entstehen in die Wege geleitet ist, und nur noch von der Eintragung des Gesellschafters in das Handelsregister abhängig ist, formfrei geschehen (Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rn. 48, Fastrich in Baumbach/Hueck, a.a.O., Rn. 56; BGHZ 19, 69, 70). In diesen Fällen, in denen die Treuhandabrede im Vorgründungsstadium geschlossen wird, sich aber weder auf bestehende noch nach Abschluss des notariellen Gründungsvertrages künftig mit der Eintragung der GmbH entstehende Geschäftsanteile bezieht, ist der Treuhandvertrag formfrei (BGH, Beschluss v. 12.12.2005, II ZR 330/04, Rn. 3, juris).

Übertragen auf den vorliegenden Fall handelt es sich bei dem zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1. am 19.12.2011 abgeschlossenen Treuhandvertrag um eine Treuhandabrede, die einen Tag vor der notariellen Beurkundung der Unternehmensgründung der Beigeladenen zu 1. PH am 20.12.2011 unterschrieben wurde und damit noch vor ihrer notariellen Gründung. Da zu diesem Zeitpunkt die GmbH noch gar nicht gegründet war, bedurfte eine Treuhandvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit noch nicht der notariellen Beurkundung.

Im Zusammenhang mit Statusfeststellungsverfahren von Gesellschafter-Geschäftsführern und sonstigen Gesellschaftern hat das BSG bei den sogenannten Stimmbindungsverträgen darauf abgestellt (BSG, Urteil vom 29.07.2015, B 12 KR 23/13 R, Rn. 28 ff.; juris, BSG, Urteil v. 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, Rn. 25 ff., juris), dass es zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung auf ausschließlich schuldrechtlich getroffene Vereinbarungen nicht ankomme. Entscheidend zur Beurteilung der Frage, ob eine Beschäftigung abhängig oder die Tätigkeit als selbstständig einzustufen ist, komme es auf die Vorhersehbarkeit für die Sozialversicherungszweige an. Eine Abhängigkeit der Statuszuordnung vom rein faktischen nicht an rechtlich gebundenes und daher jederzeit änderbares Verhalten der Beteiligten wäre mit dem Erfordernis sozialversicherungs- und

beitragsrechtlicher Tatbestände nicht in Einklang zu bringen. Es soll gerade keine "Schönwetter-Selbstständigkeit" geben.

Vorliegend kann der am 19.12.2011 privatschriftlich abgeschlossene Treuhandvertrag die gesellschaftsrechtlichen gesetzlichen Regelungen wie insbesondere die Vorschriften zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen nicht aushebeln. Das Anknüpfen an die den Beteiligten von Gesetzes oder Vertrags wegen zukommende Rechtsmacht verringert Manipulationsmöglichkeiten bezüglich der Generierung oder Negierung von Sozialversicherungspflichten. Genauso wie der schuldrechtlichen Stimmbindungsvereinbarung im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Gesamtabwägung keine entscheidende Indizfunktion für das Vorliegen selbstständiger oder abhängiger Beschäftigung zukommt, ist auch eine außerhalb des Gesellschaftsvertrags getroffene, nicht notariell beurkundete Vereinbarung nicht geeignet, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsverhältnisse mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben, weil sie von jedem Gesellschafter ordentlich und –entsprechend den insoweit zwingenden gesetzlichen Vorgaben für Dauerschuldverhältnisse (vgl. § 314 BGB) – von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann.

Inwieweit sich etwas anderes ergäbe, sofern der Treuhandvertrag notariell i.S.v. § 15 Abs. 4 GmbHG beurkundet worden wäre, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Denn hierin unterscheidet sich der zu entscheidende Fall aus Sicht des erkennenden Senats von der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.03.2018, L 11 R 590/17, anhängig beim BSG unter B 12 R 5/18 R). Denn anders als in dem dort zu beurteilenden Fall, in dem der gesamte Treuhandvertrag notariell geschlossen war, hat im anhängigen Fall der Kläger zusammen mit dem Beigeladenen zu 1. die Treuhandvereinbarung ja gerade nicht notariell getroffen. Das BSG hatte in der Entscheidung vom 25.01.2006 (B 12 KR 30/04 R, juris, Rn. 27) entscheidend darauf abgestellt, dass die dortige Treuhandabrede nichtig war, weil sie nicht nach § 15 Abs. 4 GmbHG notariell beurkundet worden war.

Bei dieser Sachlage reicht auch der Umstand, dass der Kläger und die Beigeladene zu 1. nach dem Treuhandvertrag und nach dem Vortrag im Prozess ersichtlich von einer abhängigen Beschäftigung ausgingen (vgl. § 1 Abs. 5 und § 3 Abs. 6 des Vertrages), nicht aus, um den Kläger als abhängig Beschäftigten anzusehen. In dieser Handhabung zeigt sich lediglich der Wille der Vertragspartner, seine Beschäftigung als eine abhängige zu behandeln. Dieser Wille allein macht aus einer tatsächlich bestehenden selbstständigen

Tätigkeit kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Parteivereinbarungen können die Bewertung der Rechtsbeziehung nicht beeinflussen. Maßgebend ist aus den dargelegten Gründen nicht die subjektive Vorstellung der Beteiligten, sondern das Gesamtbild der Arbeitsleistung nach den tatsächlichen Verhältnissen (BSG, Urteil vom 03.04.2014, B 5 RE 13/14 R, Rn. 57, juris; Urteil vom 22.06.2005, B 12 KR 28/03 R, Rn. 20, juris; Urteil vom 18.12.2001, B 12 KR 8/01 R, Rn. 21, juris; BAG, Urteil vom 20.01.2010, 5 AZR 106/09, Rn. 18, juris). Daher reicht auch nicht aus, dass die Vergütung als Lohn/Gehalt verbucht und von ihr Lohnsteuer entrichtet, dass Lohnfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart war, und dass eine 40-Stunden Woche vereinbart war.

Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 160 Abs. 2 SGG). Eine Revisionszulassung war aus Sicht des Senats nicht erforderlich, weil sich die Entscheidung in die mittlerweile zahlreichen, einer Linie folgenden Entscheidungen des BSG im Zusammenhang mit Statusfeststellungen insbesondere zu Gesellschafter-Geschäftsführern bei sog. Stimmbindungsverträgen, bzw. -abreden einreicht.

Die Frage der Vorhersehbarkeit für die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung lässt sich vorliegend anhand der vorhandenen Rechtsprechung zu Stimmbindungsverträgen für den zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1. geschlossenen Treuhandvertrag klar beantworten.