

Kein Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses für einen GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer (§ 7 Abs. 1 SGB IV); hier: Rechtskräftiges Urteil des Bayer. Landessozialgerichts (LSG) vom 16.3.2000 - L 9 AL 279/97 -

Die Abgrenzung zwischen abhängig Beschäftigtem und Selbständigem ist nicht nur bei der Beurteilung der sogenannten Scheinselbständigkeit von Subunternehmern, sondern generell zumindest ergänzend von der den Selbständigen charakterisierenden Wechselbeziehung zwischen dem unternehmerischen Risiko und einer dementsprechenden unternehmerischen Gestaltungsmacht her vorzunehmen. Danach wird der Minderheitsgesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, der de facto gleichberechtigt mit einem oder zwei Mitgesellschafter-Geschäftsführern einen kleinen bis mittleren Betrieb führt, eher dem Kreis der Selbständigen zuzurechnen sein.

Bayer. LSG Urt. v. 16. 3. 2000 - L 9 AL 279/97 -

[§§ 168 Abs. 1, 173 a AFG; § 7 SGB IV]

I. Der Kläger macht einen Anspruch auf Arbeitslosengeld geltend. Streitig ist dabei, ob er die Anwartschaftszeit erfüllt hat, insbesondere ob er vor Eintritt der Arbeitslosigkeit als Gesellschafter/Geschäftsführer einer GmbH als Arbeitnehmer oder Selbständiger tätig war.

Das SG hat die Beklagte mit Urteil vom 15. 7. 1997 verurteilt, dem Kläger ab 1. 10. 1995 Arbeitslosengeld zu gewähren. Die Anwartschaftszeit sei erfüllt, da der Kläger in der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage beitragspflichtig beschäftigt gewesen sei. Die Tätigkeit des Klägers bei der GmbH sei die eines Arbeitnehmers gewesen.

Die Beklagte beanstandet in der Berufung, dass das SG den Begriff der Weisungsgebundenheit missverstanden habe. Soweit die Gesellschafter die Geschäfte der GmbH in ihrer Gesamtheit geleistet hätten, sei der Kläger an der Entscheidungsfindung maßgeblich mitbeteiligt worden. Die Gesellschafter hätten nach dem Ergebnis der Ermittlungen stets Einvernehmlichkeit angestrebt und fast ausnahmslos erreicht. Bei dieser Praxis könne man nicht davon sprechen, dass die Gesellschaftergesamtheit dem Kläger Weisungen wie einem Arbeitnehmer erteilt habe. Vielmehr müsse man ihn wie auch den Mit-Gesellschafter/Geschäftsführer H. als Mitunternehmer ansehen. Die Notwendigkeit der Absprachen beim Urlaub, die Arbeitszeiten, deren Dauer, der Ort und die Art der Arbeitsausführung hätten sich aus den gegebenen Sachzwängen ergeben, nicht aus Weisungen, die die Gesellschaftergesamtheit den einzelnen Gesellschafter/Geschäftsführern erteilt habe. Als Mit-Gründungsgesellschafter, der auch im Folgenden an grundlegenden Entscheidungen beteiligt gewesen sei, sei der Kläger lediglich in die von ihm mitgegebene Ordnung des Betriebes eingebunden gewesen. Durch seine hohe Kapitalbeteiligung und seine hohe Gewinnbeteiligung habe der Kläger auch ein nicht unerhebliches Unternehmerrisiko getragen. Ausdruck hierfür sei auch die Gewährung eines Darlehens i.H. von 20.000 DM an die GmbH im Jahr 1989.

Fundstelle
Breith 2001, 383-390

II. Die zulässige, insbesondere statthafte und form- wie fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist auch begründet. Das Urteil des SG war aufzuheben. Die Beklagte hat zu Recht abgelehnt, dem Kläger auf seinen Antrag vom 21. 9. 1995 hin Arbeitslosengeld zu gewähren.

Der Kläger hat anlässlich dieses Antrags keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld erworben. Er hat nicht die notwendige Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld erfüllt, da er in der dreijährigen Rahmenfrist vom 1. 10. 1992 bis zum 30. 9. 1995 nicht 360 Kalendertage in einer beitragspflichtigen Beschäftigung gestanden hat (§§ 100, Abs. 1, 104 des im Fall des Klägers noch anzuwendenden AFG).

Beitragspflichtig sind nach § 168 Abs. 1 AFG Personen, die als Arbeitnehmer gegen Entgelt beschäftigt sind. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV, auf den in § 173 a AFG verwiesen wird, die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine selbständige Tätigkeit nicht unter den Begriff der Beschäftigung i.S. von § 7 Abs. 1 SGB IV und damit auch nicht unter den Tatbestand der Beitragspflichtigkeit nach § 168 Abs. 1 AFG fällt.

Die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter/Geschäftsführer der „E. a. L. GmbH“ war nach dem sich aus den Ermittlungen ergebenden Gesamtbild nicht die eines Arbeitnehmers, sondern die eines Selbständigen.

Nach der Definition des BSG ist versicherungspflichtiger Arbeitnehmer, „wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Auch wenn das Weisungsrecht – vor allem bei Diensten höherer Art – erheblich eingeschränkt sein kann, darf es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen“ (BSG v. 8. 12. 1994 SozR 3-4100 § 168 AFG Nr. 18 S. 44, wortgleich BSG v. 18. 4. 1991 SozR 3-4100 § 168 Nr. 5, S. 8, s.a. BSG v. 11. 2. 1993 USK 9347 S. 223, v. 30. 1. 1997 SozR 3-4100 § 141b Nr. 17, S. 78, v. 30. 6. 1999 – B 2 U 35/98 R – Breith. 1999, 1033).

Das BSG räumt dem Rechtsunterworfenen damit keine formale Gestaltungsoption ein, gibt dem Rechtsanwender aber auch keine aus dem Abwägen der Notwendigkeiten einer staatlich veranstalteten Risikoversorge gegen die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit entwickelte Abgrenzung von beitragspflichtiger und selbständiger Tätigkeit an die Hand. Vielmehr bevorzugt es mit der oben zitierten Definition eine phänomenologisch-typologische Begriffsbildung, deren einzelne Merkmale und zahlreiche Untermerkmale (vgl. Niesel/Brandt, RdNr. 14, 20 zu § 25 SGB III) mehr oder weniger unverbunden nebeneinander koexistieren und verweist den Rechtsanwender letztlich auf eine sämtlichen Gegebenheiten des jeweils einzelnen Falles Rechnung tragende Gesamtschau in Gestalt eines additiven, nicht aber irgendwie sinnhaft strukturierten Abwägungsvorgangs. Eine

derartige, im Wesentlichen phänomenologisch-typologische Begriffsbildung hat zwar den Vorzug der Flexibilität, vermag aber die vielgestaltige und in ständigem Wandel begriffene soziale bzw. ökonomische Wirklichkeit allein kaum mehr ausreichend konsistent zu strukturieren.

Dies wird besonders am Dreh- und Angelpunkt der vom BSG vorgenommenen Abgrenzung deutlich, nämlich der sog. persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers, die sich gegenbildlich aus der Definition des Handelsvertreters in § 84 Abs. 1 HGB herleitet. Die Gegenüberstellung des „Freien“ und des „Abhängigen“ rührt noch aus der ständisch verfassten Gesellschaft, in welcher der der Rechtsfigur des Selbständigen einerseits und des Arbeitnehmers bzw. abhängig Beschäftigten andererseits zugrunde liegende „soziologische Grundsachverhalt“ (BSGE 16, 289/294 = Breith. 1962, 953) weitgehend mit dessen äußerlich signifikanten Erscheinungsformen gleichgesetzt werden konnte, mit anderen Worten das äußerliche Erscheinungsbild einer Tätigkeit und die Sachentscheidungsmacht einander in aller Regel entsprachen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich der Notwendigkeit der Anpassung an die Fortentwicklung der sozialen und ökonomischen Gegebenheiten nicht verschlossen. Sie hat dabei aber – weitgehend – an der den Arbeitnehmer kennzeichnenden persönlichen Abhängigkeit von einem Arbeitgeber als Ausgangspunkt der vorzunehmenden Abgrenzung festgehalten sowie daran, dass diese sich irgendwie, wenn auch in erweiterter und gleichsam verdünnter Form in der äußeren Gestaltung einer Tätigkeit manifestieren müsse (s.u.a. BSG v. 29. 10. 1986 „Die Beiträge“ 1987, 17/21, v. 11. 2. 1993 USK 9347, 221/223 f., zu den Grenzen dieser Betrachtungsweise s.z.B. BSG v. 25. 2. 1995 „Die Beiträge“ 1995, 296/300; zur Gesamtproblematik ausführlich SG München v. 23. 9. 1987 Breith. 1988, 854 sowie v. 15. 2. 1990 – S 34 AL 702/89).

Besondere Schwierigkeiten bereitet in aller Regel die Beurteilung der Arbeitnehmer- oder Selbständigeneigenschaft des (Minderheits)Gesellschafter/Geschäftsführers der GmbH. Dieser ist aus sozialrechtlicher Perspektive von Haus aus als eine Mischform von Arbeitnehmer und Selbständigem angelegt. Er vereint Merkmale des Kapitaleinlegers, des selbständig Tätigen und des Arbeitnehmers in sich, insofern als er Geschäftsanteile an der GmbH hält und deren Geschäfte führt, dabei aber den Anordnungen der Gesellschafterversammlung unterliegt, bei deren Willensbildung er

andererseits auch mitbestimmen kann. Die weitgehend von der Rechtsprechung bevorzugte phänomenologisch-typologische Merkmalsabfragung im Rahmen einer letztlich fallbezogenen Gesamtschau hat hier zum Teil zu einer erheblichen Spannweite in der Gewichtung der für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen als maßgeblich angesehenen einzelnen Merkmale geführt (vgl. z.B. die unterschiedliche Gewichtung der in Geschäftsführerverträgen vielfach enthaltenen Klausel, dass der Geschäftsführer seine Arbeitskraft in vollem Umfang in den Dienst der Gesellschaft zu stellen habe, sowie der Weisungsfreiheit bzgl. Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit im BSG v. 8. 8. 1990 SozR 3-2400 § 7 Nr. 4 einerseits und BSG v. 30. 6. 1999 Breith. 1999, 1033 andererseits).

In der Literatur wird anlässlich der derzeit wieder auflebenden Diskussion über die sog. Scheinselbständigkeit unter Bezugnahme auf eine 1988 erschienene Habilitationsschrift „Arbeitnehmer und Selbständige“ von Rolf

Wank darüber diskutiert, ob die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen von der den Selbständigen kennzeichnenden spezifischen Verbindung von unternehmerischem Risiko und unternehmerischen Chancen her erfolgen soll (s. z.B. Brandt in NZS 1997, 552, Reinecke NZA 1999, 129; ausführlich Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht – Preis, insbes. RdNr. 60f. zu § 611 BGB, aber auch Hromadka NZA 1997, 570; s. a. bereits BSG v. 13. 7. 1978 SozR 2200 Nr. 17 zu § 1227 RVO, v. 29. 1. 1981 BSGE 51, 164/170 s., v. 12. 12. 1990 Breith. 1992, 71/76; in jüngerer Zeit zum Unterfrachtführer LSG Berlin v. 27. 10. 1993 NZS 1994, 409, unentschieden BSG v. 25. 2. 1995 „Die Beiträge“ 1995, 296). Die o.g. Perspektive sollte nach Auffassung des erk. Senats jedenfalls ergänzend herangezogen werden. Sie erlaubt nicht nur die Dekuvrierung sog. Scheinselbständiger als eigentlich abhängig Beschäftigter, sondern ermöglicht generell eine durch die Wechselbezüglichkeit eines übernommenen unternehmerischen Risikos mit einer diesem Risiko adäquaten unternehmerischen Gestaltungsmacht strukturierte Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen von der Ratio selbständiger Tätigkeit her, sei es etwa in Gestalt eines abgespaltenen unternehmerischen Freiraums bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung oder auch einer Mitunternehmerschaft in der GmbH (ausführlich hierzu SG München v. 23. 9. 1987 sowie v. 15. 2. 1990 a. a. O.).

Stellt man darauf ab, ob für die Tätigkeit des Klägers für die GmbH die den Arbeitnehmer kennzeichnende persönliche Abhängigkeit kennzeichnend war und fragt, ob die Tätigkeit des Klägers nach Zeit, Dauer, Umfang und Ort im Wesentlichen „frei bestimmt“ war, so ergibt sich das Dilemma, dass sich dies zwar nicht bejahen lässt, dem Kläger aber insoweit auch keine laufenden Weisungen erteilt wurden.

Nach den Ausführungen des Zeugen H. sowohl vor dem Senat wie dem SG wie auch des Zeugen R. vor dem SG, wie auch des Klägers selbst, haben die Gesellschafter die wesentlichen betrieblichen bzw. unternehmerischen Sachentscheidungen – Festsetzung der Einrichtungslinie, Einkäufe, Festsetzung der Preise, Gestaltung der Verkaufsräume, Ein- und Ausstellen von Personal – gemeinsam getroffen. Entscheidungen über Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgingen, wurden § 10 Nr. 2 d des Gesellschaftsvertrages entsprechend demnach nicht von einem Geschäftsführer allein, sondern von den Gesellschaftern gemeinsam getroffen, wobei auch der Minderheitsgesellschafter und bloße Prokurist R. einbezogen wurde. Dies fiel umso leichter, als die Gesellschafter ohnehin in täglichem laufenden Kontakt miteinander standen.

Demgegenüber enthält weder der Gesellschaftsvertrag noch enthalten die Geschäftsführerverträge mit dem Kläger und dem Zeugen H. (oder eine Geschäftsordnung) Maßgaben über die Ausführung der geschäftlichen Entscheidungen, bzw. über die Tätigkeit der Geschäftsführer im Einzelnen. Dies gilt auch für die Arbeitszeit bis auf die Vereinbarung eines Jahresurlaubs von 30 Arbeitstagen. Der Zeuge H. hat hierzu vor dem Senat angegeben, dass auch de facto jeder der Gesellschafter die laufenden Alltagsgeschäfte in eigener Verantwortung besorgt habe. Deren Abwicklung habe sich aus der Natur der Sache ergeben d.h. aus der Art des Geschäfts als Möbele Einzelhandel, also insbesondere aus der Notwendigkeit der Anwesenheit in den Verkaufsräumen während der Ladenöffnungszeiten. In der

jeweiligen Arbeit habe man einander nicht hineingeredet. Es habe auch jeder der drei Gesellschafter ohne Probleme einmal weggehen zu können, um etwas zu erledigen. Er habe die anderen lediglich davon unterrichtet. Bezüglich des Urlaubs habe man sich miteinander abgesprochen. Es lässt sich auch nicht ersatzweise sagen, dass der Kläger in eine ihm „von fremder Seite auferlegte Ordnung des Betriebes eingeliedert“ war. Man wird dies jedenfalls nicht allein schon aufgrund der Beteiligungsverhältnisse bejahen können, wenn anders die Rechtsprechung des BSG, wonach auch der (Minderheits)Gesellschafter/Geschäftsführer einer GmbH frei von persönlicher Abhängigkeit sein kann, einen Sinn haben soll (BSG v. 24. 6. 1982 USK 82160, 727, v. 29. 10. 1986 „die Beiträge“ 1987, 17, v. 8. 8. 1990 SozR 3-2400 § 7 Nr. 4, v. 11. 2. 1993 USK 9347, 221). Gegen die Annahme, der Kläger sei in eine ihm von fremder Seite auferlegte Ordnung des Betriebes eingebunden gewesen, spricht hingegen, dass er selbst zu den Gründungsgesellschaftern der GmbH zählt.

Allerdings hat nach Angabe des Zeugen H. über 90% der Tätigkeit der Gesellschafter im Verkauf bestanden, wobei sich der Kläger als Nebentätigkeit noch um die Auslieferung gekümmert habe. Man könnte daher einwenden, dass die alltägliche Tätigkeit des Klägers soweit es nicht um wesentliche unternehmerische Entscheidungen gegangen sei, sich kaum von derjenigen eines Verkäufers in Vertrauensstellung unterschieden habe. Dies trifft allerdings nicht auf die Arbeitszeit zu. Anders als im Geschäftsführervertrag der GmbH mit dem Kläger hätte der Dienstvertrag mit einem Angestellten mit Sicherheit Angaben über die Arbeitszeit enthalten. Bei einem Unternehmen dieser kleinen bis mittleren Größenordnung hat ein Verkäufer, soweit er nicht Familienangehöriger ist, in aller Regel auch de facto eine geregelte Arbeitszeit, nicht aber eine Arbeitszeit von 50 bis 60 Stunden ohne Überstundenausgleich, wie sie sich beim Kläger aus den Ladenöffnungszeiten bzw. zum Teil noch darüber hinausgehenden Gesprächen mit Kunden sowie notwendigen Auslieferung ergab. Ein derartiger zeitlicher Einsatz ist vielmehr typisch für einen Geschäftsinhaber bzw. Mitinhaber, der auch an den erhofften Gewinnen des Unternehmens praktiziert. Dies gilt im Übrigen auch für die Klausel in § 1 Abs. 2 des Geschäftsführervertrages, wonach der Kläger seine gesamte Arbeitskraft für die Tätigkeit in der GmbH einzusetzen habe und zu dieser nicht in Konkurrenz treten dürfe. Diese für den GmbH-Geschäftsführer typische Verpflichtung, die sich ohnehin bereits aus seiner Organstellung ergibt (Baumbach/Hueck GmbH Gesetz RdNr. 19ff. zu § 35), macht aus seiner Tätigkeit weder inhaltlich noch in der Art ihrer Ausführung eine abhängige Tätigkeit. Vielmehr wird damit dem GmbH-Geschäftsführer ein Teil des unternehmerischen Risikos auferlegt.

Letztlich lassen die äußeren Umstände der Tätigkeit des Klägers diese demnach weder überwiegend als diejenige eines Arbeitnehmers noch als diejenige eines Arbeitnehmers noch als diejenige eines Selbständigen beurteilen.

Hingegen erweist sich die Tätigkeit des Klägers, sofern man die den Selbständigen kennzeichnende Verbindung eines unternehmerischen Risikos mit einer dem adäquaten unternehmerischen Gestaltungsmacht als ergänzenden Beurteilungsmaßstab heranzieht, überwiegend als diejenige eines Selbständigen.

Der Kläger hat über die vertraglich eingegangene Verpflichtung einer ausschließlichen Tätigkeit für die GmbH hinaus ein ins Gewicht fallendes unternehmerisches Risiko getragen. Dies vor allem dadurch, dass er einen für seine Verhältnisse hohen Geldbetrag, nämlich 125.000 DM, in die GmbH investiert hat, zum großen Teil durch Aufnahme eines Darlehens, wie er gegenüber dem Senat erklärt hat.

Der Kläger war dadurch, wie auch durch die zwischenzeitliche Gewährung eines Darlehens i.H. von 20.000 DM, wenn er dieses auch zurückerhalten hat, am Risiko der Firma beteiligt. Tatsächlich hat er bei der Auflösung der Firma nur einen Teil seiner Investitionen zurückerhalten. Nach Angaben des Zeugen H. vor dem Senat hat sich aus der Verwertung des Geschäftsvermögens ein positiver Saldo von etwa 150.000 DM ergeben, der auf die Gesellschafter verteilt worden sei, was beim Kläger einen Betrag von 62.490 DM ergeben haben müsste. Andererseits war der Kläger aufgrund seiner Geschäftsanteile von 41,66% erheblich an einem möglichen Gewinn beteiligt. Ein solcher ist nach den Angaben des Zeugen H. auch in

etwa bis zu dessen Eintritt als Gesellschafter durchaus angefallen. Dafür, dass das Einrichtungshaus zwischenzeitlich sogar sehr gut gelaufen ist, spricht auch, dass H. dem Mit-Gründungsgesellschafter W. Ende 1990 dessen Geschäftsanteile i. H. von 125.000 DM gegen einen Betrag von 312.000 DM abgekauft hat.

Auch ist die dem Kläger zustehende Gewinnbeteiligung i. H. von 12,5 % des Jahresüberschusses der Handelsbilanz vor Verrechnung mit Verlustvorträgen und vor Abzug der Körperschafts- und Gewerbesteuer keineswegs geringfügig, bzw. in dieser Höhe nicht typisch für einen Arbeitnehmer, auch wenn der Kläger seinen laufenden Lebensunterhalt und seine laufenden Verpflichtungen möglicherweise durch sein normales Monatsgehalt abdecken konnte. Ein unternehmerisches Risiko ist nicht notwendigerweise gleichzusetzen mit einem laufenden Existenzrisiko.

Im Übrigen steckt auch in der bei einem angestellten Verkäufer unüblichen Kündigungsfrist von einem halben Jahr zum Quartalsende und der 6-wöchigen Gehaltsfortzahlung für jeden Fall nicht zu vertretender Arbeitsverhinderung nach §§ 2 und 4 des Gesellschaftsvertrages auch eine Abgeltung des investiven Risikos.

Der Kläger hatte auch eine seinem eingegangenen unternehmerischen Risiko adäquate unternehmerische Gestaltungsmacht.

Nach dem Gesellschaftsvertrag hatte der Kläger allerdings keine alleinige oder dominierende unternehmerische Macht, und es wurde ihm eine solche auch nicht de facto eingeräumt.

Nach § 10 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages bedurfte es u. a. für „alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen“, der Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss. Die Gesellschaft konnte auch im Rahmen ihrer sog. Allzuständigkeit sonstige Geschäftsführungsfragen an sich ziehen (Baumbach/Hueck GmbH Gesetz RdNr. 60f. zu § 46). Der Kläger hatte lediglich eine Kapital- und Stimmenbeteiligung von 41,66 %, und konnte damit keine Entscheidungen durchsetzen,

auch keine Entscheidungen der GmbH blockieren, nachdem keine Sperrminorität für bestimmte Angelegenheiten vorgesehen war mit der einzigen Ausnahme, dass nach § 14 des Gesellschaftsvertrages ausschüttungsfähige Gewinne den Gesellschaftern nur bei entsprechendem einstimmigen Beschluss vorenthalten werden durften. Allerdings hatte auch kein anderer Gesellschafter eine gesellschaftsvertraglich dominierende Stellung.

Die tatsächlichen Abläufe entsprachen nach der Schilderung der Zeugen den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen. Die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen wie die Festlegung der Einkaufspolitik aufgrund des Besuchs der Messen, die Bestellungen, die Festsetzung der Preise für die Möbel und sonstigen Waren, die Ein- und Ausstellung von Personal beim Auslieferunsteam, die Untervermietung von Flächen wurden gemeinsam getroffen. Dabei handelte es sich, nachdem die Gesellschafter ohnehin dauernd in Kontakt waren, um eine laufenden, nicht weiter formalisierten Prozess der gemeinsamen Entscheidungsfindung. Daran, dass einer der Gesellschafter/Geschäftsführer einmal in einer wichtigen Angelegenheit „überstimmt“ worden wäre, konnte sich weder der Zeuge H. noch der Zeuge R. erinnern. Koalitionen hat es nicht gegeben.

Die Beteiligten ziehen aus diesem Sachverhalt unterschiedliche Schlussfolgerungen. Nach Auffassung der Klageseite bedeutet die einvernehmliche laufende Entscheidungsfindung der drei Gesellschafter in allen wichtigen geschäftlichen Fragen, dass alle drei Gesellschafter „weisungsabhängig“ von der Gesamtgesellschaft, also als Arbeitnehmer agierten. Die Beklagte hingegen meint, ein derartiges gleichberechtigtes Mitwirken an der laufenden Entscheidungsfindung in dem gegebenen Rahmen könne man nicht der „Weisungsunterworfenheit“ eines Arbeitnehmers gleichsetzen.

Dem schließt sich der Senat an. Den Entscheidungen der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit zu den wesentlichen betrieblichen bzw. unternehmerischen Fragen kommt im Hinblick auf dessen gleichberechtigtes laufendes Mitwirken an der Entscheidungsfindung jedenfalls gegenüber dem Kläger und dem Mit-Gesellschafter/Geschäftsführer H. unter den gegebenen Umständen kein „Weisungscharakter“ (vgl. BSG v. 11. 2. 1993 USK 9347, S. 221/225) zu. Dies einmal aufgrund der Art des Betriebes. Es handelte sich um einen kleineren, von den wirtschaftlichen Vorgängen her überschaubaren Betrieb, dessen Geschäftsanteil auf nur drei Personen verteilt waren, davon 83,32 % auf die beiden Gesellschafter/Geschäftsführer. Unter diesen

Umständen erscheint es künstlich, hier das bloße Vorhandensein eines juristischen Unternehmers in Form der GmbH ohne persönlichen „Unternehmer“ anzunehmen. Hinzu kommt, dass nach den Angaben des Zeugen H. zwischen den nach dem Ausscheiden des W. in der GmbH verbliebenen drei Gesellschaftern aufgrund langjähriger Zusammenarbeit und gegenseitiger Kenntnis bereits aus einem vormaligen Ausbildungsbetrieb ein hohes Maß an Vertrauen sowie auch eine in etwa einheitliche Auffassung in der Geschäftspolitik bestanden habe, so dass eine einvernehmliche Entscheidungsfindung nicht nur angestrebt wurde, sondern auch keine Schwierigkeiten bot.

Der Senat meint daher, dass zumindest der Kläger und der Zeuge H. unter den gegebenen Umständen als Mitunternehmer angesehen werden müssen, wobei offen bleiben kann, ob der Zeuge R. im Hinblick auf dessen erheblich geringeren Kapitaleinsatz und seine formale Stellung als bloßer Prokurist auch so einzuordnen ist.

Der Annahme einer die Beitragspflicht ausschließenden Mitunternehmerschaft unter den gegebenen betrieblichen und persönlichen Umständen stehen die begrifflichen Eigenheiten der Unternehmerversicherung in der gesetzlichen UV nicht entgegen. Es handelt sich insoweit um eine spezielle Problematik (s. BSG v. 25. 10. 1989 USK 8998).