

## L 1 BA 101/18

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Sonstige Angelegenheiten  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 36 KR 1336/17  
Datum  
24.08.2018  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 1 BA 101/18  
Datum  
14.11.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 24. August 2018 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 16. März 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Mai 2017 wird insoweit aufgehoben, als die Beklagte den Bescheid vom 2. November 2010 mit Wirkung vor dem 23. März 2017 aufgehoben hat. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Klägerin hat 2/3 und die Beklagte 1/3 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen, jeweils mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst zu tragen haben. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Rücknahme eines Statusfeststellungsbescheides.

Die Klägerin wurde durch notariellen Vertrag vom 1. März 2007 als GmbH gegründet und am 20. Juni 2007 in das Handelsregister eingetragen. Von dem Gesellschaftskapital in Höhe von 25.000,- EUR hielt der Beigeladene zu 1) Geschäftsanteile in Höhe von 10.000,- EUR. Gesellschaftsvertraglich vereinbart für Entscheidungen in der Gesellschaft war eine qualifizierte Mehrheit von 70 Prozent. Durch Geschäftsführervertrag vom 15. Januar 2010 wurde der Beigeladene zu 1) ab dem 1. April 2010 als Geschäftsführer der Klägerin eingestellt. Als Vergütung waren 6.000,- EUR im Monat vereinbart, der Beigeladene zu 1) hatte Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub und wurde verpflichtet, im Falle der Arbeitsverhinderung unverzüglich Mitteilung bei der Klägerin zu machen.

Durch Bescheid vom 2. November 2010 stellte die Beklagte im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens fest, dass der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Klägerin seit dem 1. April 2010 im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausübe. Merkmale für eine selbständige Tätigkeit seien, dass der Beigeladene zu 1) am Stammkapital der Klägerin mit 40 % beteiligt sei und Beschlüsse der Klägerin mit einer 70 prozentigen Mehrheit gefasst würden, der Beigeladene zu 1) der einzige Geschäftsführer der Firma sei, er vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit sei und die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich allein vertrete sowie dass er nach seinen Angaben in der Ausgestaltung der Tätigkeit nicht eingeschränkt sei. Der Bescheid enthielt den Hinweis, dass er zu überprüfen sei, sofern in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen hätten, eine wesentliche Änderung eintrete. Für diesen Fall wurde gebeten, die eingetretenen Änderungen schriftlich anzuzeigen.

Durch notariell beurkundeten Beschluss vom 8. Dezember 2012 wurde das Gesellschaftskapital der Klägerin auf 49.000,- EUR heraufgesetzt. Zwei weitere Geschäftsanteile in Höhe von je 12.000,- EUR wurden von der KJK Management und Beteiligungen GmbH erworben. Die Änderung wurde am 4. Januar 2013 in das Handelsregister eingetragen. Ein Kapitalanteil in Höhe von 12.000,- EUR ging am 11. Juli 2013 von der K M und B GmbH auf einen anderen Gesellschafter über.

An zwei Tagen in der Zeit vom 4. August 2016 bis zum 8. November 2016 führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2015 durch. Der Beigeladene zu 1) erklärte gegenüber der Beklagten, dass er der Klägerin ein Darlehen über 220.993,49 EUR gewährt habe. Seine monatliche Vergütung betrage jetzt 7.000,- EUR, Mit Schreiben vom 8. November 2016 wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass über das Ergebnis des Statusfeststellungsverfahrens für den Beigeladenen zu 1) noch gesondert Nachricht ergehen werde.

Mit Schreiben vom 3. Januar 2017 hörte die Beklagte die Klägerin und den Beigeladenen zu 1) dazu an, dass sich die Verhältnisse seit Erlass des Bescheides vom 2. November 2010 wesentlich verändert hätten. Trotz Hinweis in dem Bescheid sei die Veränderung nicht mitgeteilt worden. Die Klägerin entgegnete, dass der Beigeladene zu 1) weiter nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehe, obwohl er derzeit nur 20,41 % der Geschäftsanteile halte. Er unterliege faktisch nicht dem Weisungsrecht der Gesellschaft und verfüge allein über

die notwendigen Branchenkenntnisse und Kontakte, um das Unternehmen erfolgreich zu führen. Seine Abberufung als Geschäftsführer wäre gleichbedeutend mit einer Beendigung der Aktivitäten der Gesellschaft. Auch habe er der Klägerin nicht nur ein Darlehen gewährt, sondern auch die Bürgschaft für 40 Prozent eines von ihr in Anspruch genommenen Bankkredits über 400.000,- EUR übernommen. Die Klägerin sei derzeit noch in der Verlustzone, die Einforderung rückständiger Sozialversicherungsbeiträge bedrohe ihre wirtschaftliche Zukunft.

Durch Bescheid vom 16. März 2017 hob die Beklagte den Bescheid der Clearingstelle vom 2. November 2010 mit Wirkung ab dem 8. Dezember 2012 auf. An diesem Tag sei eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten, weil der Beigeladene zu 1) Gesellschaftsanteile nur noch in Höhe von 20,41 % halte. Die Klägerin habe die Mitteilung der Veränderung grob fahrlässig unterlassen. Deswegen sei der Bescheid vom Zeitpunkt der Veränderung der Verhältnisse an aufzuheben.

Die Klägerin legte Widerspruch ein, den sie damit begründete, dass der Beigeladene zu 1) aufgrund seiner Stellung bei der Klägerin weiter wie ein selbständiger Unternehmer zu behandeln sei. Tatsächlich habe sich seine Situation nach der Kapitalerhöhung nicht geändert. Aus dem Bescheid vom 2. November 2010 ließen sich zudem keine Mitwirkungspflichten ableiten. Jedenfalls könne der Statusfeststellungsbescheid nur mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben werden.

Die Beklagte wies den Widerspruch durch Widerspruchsbescheid vom 29. Mai 2017 zurück. Zur Begründung wiederholte und vertiefte sie ihre Darlegungen aus dem Bescheid vom 16. März 2017. Besondere fachliche Kenntnisse begründeten noch nicht eine Selbständigkeit. Der Beigeladene zu 1) habe mit seinem Stimmanteil von 20,41 % seit dem 8. Dezember 2012 keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft gehabt. Angesichts seiner festen Monatsbezüge habe er kein Unternehmerrisiko getragen. Daran ändere die Gewährung eines Darlehens und die Übernahme einer Bürgschaft nichts. Im Übrigen enthalte der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag einige arbeitnehmertypische Regelungen, nämlich den von der Ertragslage unabhängigen Anspruch auf die vereinbarte monatliche Vergütung sowie den Anspruch auf bezahlten Urlaub und Gehaltsfortzahlung. Es sei eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse eingetreten, die bei Erlass des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen hätten. Die frühere Entscheidung hätte unter den geänderten Verhältnissen nicht ergehen können. Wegen des Hinweises in dem Bescheid vom 2. November 2010 hätte die Veränderung mitgeteilt werden müssen.

Gegen den am 6. Juni 2017 zugegangenen Widerspruchsbescheid richtet sich die am 5. Juli 2017 bei dem Sozialgericht Berlin eingegangene Klage, mit der neben der Aufhebung der angefochtenen Bescheide die Feststellung begehrt wird, dass auch über den 8. Dezember 2012 hinaus kein Beschäftigungsverhältnis und keine Versicherungspflicht besteht, hilfsweise erst ab dem 16. März 2017.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 24. August 2018 abgewiesen. Der angegriffene Bescheid sei rechtmäßig. Die Voraussetzungen für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung bei Änderung der Verhältnisse hätten vorgelegen. Nach Erlass des Feststellungsbescheides vom 2. November 2010 sei es durch die Erhöhung des Stammkapitals zu einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) gekommen. Diese Änderung habe zur Folge gehabt, dass der Bescheid vom 2. November 2010 so nicht mehr erlassen werden durfte. Seit dem 8. Dezember 2012 übe der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit für die Klägerin im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus. Weder aus seiner Gesellschafterstellung mit einem Geschäftsanteil von 20,40 Prozent noch aus einer gesellschaftsvertraglich vereinbarten Sperrminorität heraus habe der Beigeladene zu 1) maßgeblich die Geschicke der Gesellschaft nach seinen eigenen Vorstellungen beeinflussen können. Aus einem alleinigen unternehmensbestimmenden Fachwissen lasse sich keine selbständige Tätigkeit ableiten. Das BSG habe sich von seiner früheren "Kopf und Seele Rechtsprechung" distanziert. Zudem enthalte der Geschäftsführervertrag einige arbeitnehmertypische Regelungen wie die Vereinbarung eines festen Gehalts und einen Urlaubsanspruch für 30 Tage. Auch die Übernahme von Darlehensverpflichtungen und einer Bürgschaft begründe keine unternehmerische selbständige Tätigkeit. Die Klägerin habe eine gesetzliche Mitwirkungspflicht verletzt, weil die Aufforderung der Beklagten zu Mitteilungen im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens weiter nachwirke. Die Meldung eines Beschäftigungsverhältnisses bei der Einzugsstelle sei ohnehin allgemeine Arbeitgeberpflicht. Der Klägerin sei auch die ihrem Geschäftsführer unterlaufende grobe Fahrlässigkeit zuzurechnen. Bereits aus dem Hinweis der Beklagten in ihrem Bescheid vom 2. November 2010, dass der Bescheid bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse zu überprüfen sei, habe es dem Geschäftsführer bekannt gewesen sein müssen, dass eine Änderung der Stimmrechtsverhältnisse Anlass für eine Überprüfung des Bescheides sein würde. Die Einlassung, dass die Änderungen zunächst nicht als wesentlich angesehen worden seien, sei nicht plausibel. Soweit eine Mitteilung an die Beklagte vergessen worden sei, sei der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit berechtigt. Angesichts der Umstände habe sich aufdrängen müssen, die Änderung der Beklagten mitzuteilen. Eine eigene abschließende Bewertung werde der Klägerseite gerade nicht abverlangt.

Gegen das ihr am 5. September 2018 zugestellte Urteil richtet sich die am 2. Oktober 2018 bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingegangene Berufung der Klägerin. Das Urteil des Sozialgerichts sei fehlerhaft. Der Beigeladene zu 1) sei auch nach der Kapitalerhöhung weiter als selbständig anzusehen. Die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Beklagten ergebe sich jedenfalls daraus, dass die Klägerin keine Mitteilungspflicht grob fahrlässig verletzt habe. Allein die Erhöhung des Stammkapitals könne nicht über das Bestehen von Sozialversicherungspflicht entscheiden. Grobe Fahrlässigkeit liege nur vor, wenn der Leistungsempfänger aufgrund einfachster Überlegungen seine Mitteilungspflicht habe erkennen können, was hier aber nicht der Fall gewesen sei. In dem Bescheid vom 2. November 2010 sei die Bewertung der Sozialversicherungsfreiheit anhand von vier gleichwertigen Kriterien vorgenommen worden. Dass bereits die Änderung nur eines Kriteriums erheblich werden könnte, müsse sich einem rechtsunkundigen Bürger nicht aufdrängen. Angesichts der vielfältigen Pflichten eines Geschäftsführers könne eine unterbliebene Mitteilung nicht als grob fahrlässig gewertet werden. Die drei weiteren Kriterien neben der Erhöhung des Stammkapitals hätten unverändert weiter für eine selbständige Tätigkeit gesprochen. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich durch die Erhöhung des Stammkapitals nicht geändert. Der Freiraum des Beigeladenen zu 1) sei unverändert geblieben. Man könne von einem juristischen Laien nicht erwarten, dass er die Beteiligungsverhältnisse als allein entscheidendes Kriterium erkenne, zumal die Beklagte selbst in ihren Bescheid noch auf andere Umstände abgestellt habe. Das BSG habe seine Kopf und Seele Rechtsprechung erst kurz vor der Kapitalerhöhung aufgegeben. Von der Klägerin könne nicht verlangt werden, sich über solche Entwicklungen der Rechtsprechung ständig auf dem Laufenden zu halten. Eindeutig aufgegeben worden sei die bisherige Kopf und Seele Rechtsprechung auch frühestens mit den Urteilen vom 29. Juli 2015. Zum Zeitpunkt der Stammkapitalerhöhung sei der Klägerin die Bedeutung dieses Umstands daher noch nicht erkennbar gewesen. Das Vorliegen von grober Fahrlässigkeit sei nach dieser ex-ante-Sicht zu beurteilen. Das Sozialgericht habe stattdessen eine ex-post-Sicht vorgenommen. Schließlich habe die Beklagte in ihrem Bescheid vom 2. November 2010 nur sehr knapp um die Mitteilung eingetretener Änderungen gebeten. Drei der im Bescheid genannten Merkmale hätten an die Kopf und Seele Rechtsprechung angeknüpft.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 24. August 2018 sowie den Bescheid der Beklagten vom 16. März 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Mai 2017 aufzuheben und festzustellen, dass eine Sozialversicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund einer Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin seit dem 8. Dezember 2012 nicht besteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend. Materiellrechtlich bestünden keine Zweifel daran, dass der Beigeladene zu 1) ab dem 8. Dezember 2012 nach der mit der Erhöhung des Stammkapitals einhergehenden Rechtsmachtverschiebung sozialversicherungsrechtlich als abhängig Beschäftigter einzuordnen sei. Ergänzend werde verwiesen auf das Urteil des BSG v. 14. März 2018 - [B 12 KR 13/17 R](#). Der Bescheid vom 2. November 2010 habe auch keinen Zweifel daran gelassen, dass das entscheidende Indiz für die Selbständigkeit die sich aus der 40 Prozent Kapitalbeteiligung ergebende Sperrminorität gewesen sei. Die Kopf und Seele Rechtsprechung sei in dem Bescheid nicht erwähnt worden und habe auch keine Bedeutung gehabt. Der Bescheid habe deutlich auf die Verpflichtung zur Anzeige wesentlicher Änderungen hingewiesen. Eine solche Verpflichtung ergebe sich auch aus dem Gesetz. Weil der Verlust der Sperrminorität nicht zu übersehen gewesen sei, sei die Anzeige der Änderung schuldhaft unterblieben. Der Bescheid vom 2. November 2010 habe den Inhalt gehabt, dass der Beigeladene zu 1) von der Versicherungspflicht aufgrund der Feststellung selbständiger Tätigkeit befreit ist. Es handle sich auch um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, weil sich seine Wirkungen bis zu einer Änderung in seinen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen entfalten sollten. Die Mitteilungspflicht habe ihre gesetzliche Grundlage in [§ 7a Abs. 3 Satz 1 SGB IV](#) und [§ 28a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 SGB IV](#).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht Berlin die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte den Bescheid vom 2. November 2010 mit Wirkung vor dem 23. März 2017 aufgehoben hat. Insoweit ist der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 16. März 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Mai 2017 rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

Rechtsgrundlage des angefochtenen Bescheides ist [§ 48 Abs. 1 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X). Danach ist ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass des Verwaltungsakts vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eingetreten ist. Darüber hinaus soll der Verwaltungsakt mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse an aufgehoben werden, wenn (1) die Änderung zugunsten des Betroffenen erfolgt, (2) der Betroffene einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist, (3) nach Antragstellung oder Erlass des Verwaltungsaktes Einkommen oder Vermögen erzielt hat, das zum Wegfall oder zur Minderung des Anspruchs geführt haben würde oder (4) der Betroffene wusste oder wissen musste, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen gekommen oder ganz oder teilweise weggefallen ist.

Mit Recht ist die Beklagte in dem angefochten Bescheid davon ausgegangen, dass durch die Erhöhung des Gesellschaftskapitals zum 8. Dezember 2012 eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, die dazu geführt hat, dass der Bescheid vom 2. November 2010 so nicht mehr hätte erlassen werden dürfen. Rechtsgrundlage des Bescheides vom 2. November 2010 war [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Nach dieser Vorschrift hat die Beklagte im Anfrageverfahren über das Vorliegen einer Versicherungspflicht auslösenden Beschäftigung zu entscheiden. Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 20 Abs. 1 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch und [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die danach für den Eintritt von Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung erforderliche Beschäftigung wird in [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) definiert. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Abzugrenzen ist die eine Versicherungspflicht begründende abhängige Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit. Nach der Rechtsprechung des BSG liegt Beschäftigung vor, wenn die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird. Dieses Merkmal ist bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb gegeben, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und mit seiner Tätigkeit einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung erfassenden Weisungsrecht unterliegt. Dabei kann sich die Weisungsgebundenheit insbesondere bei Diensten höherer Art zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern. Dagegen ist eine selbständige Tätigkeit durch ein eigenes Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freie Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob eine abhängige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit vorliegt, richtet sich danach, welche der genannten Merkmale bei Betrachtung des Gesamtbildes der Verhältnisse überwiegen (Urteile des BSG vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - und Urteil vom 12. November 2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) -, zitiert jeweils nach juris).

Entscheidendes Merkmal für eine abhängige Beschäftigung ist das Vorliegen von Weisungsgebundenheit. Der Beigeladene zu 1) war seit dem 1. April 2010 als Geschäftsführer der Klägerin tätig. Der Geschäftsführer einer GmbH steht grundsätzlich nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, wenn er mindestens über die Hälfte des Stammkapitals verfügt und damit einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft besitzt (Urteile des BSG vom 11. November 2015 - [B 12 KR 10/14 R](#) - juris RdNr. 23 und vom 4. Juli 2007 - [B](#)

[11a AL 5/06 R](#) - juris Rdnr. 16; vgl. Seewald in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, [§ 7 SGB IV](#) RdNr. 89 ff.). Verfügt der Gesellschafter-Geschäftsführer dagegen über weniger als 50 v. H. des Stammkapitals, stellt dieser Umstand in der Regel ein Indiz dafür dar, dass er abhängig beschäftigt ist. Das Indiz kann zwar durch besondere Umstände entkräftet werden, so dass auch bei einem unter 50 v. H. liegenden Anteil Selbstständigkeit möglich ist. Allerdings wird der mitarbeitende Gesellschafter bei diesem Kapitalanteil in der Regel an Entscheidungen der Gesellschafterversammlung, die er nicht endgültig beeinflussen kann und durch die ihm Weisungen erteilt werden können, gebunden sein, so dass von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen ist. In diesem Zusammenhang ist nicht maßgebend, ob dem Geschäftsführer tatsächlich Weisungen von der Gesellschafterversammlung erteilt worden sind. Entscheidend ist, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer die Rechtsmacht hatte zu verhindern, dass ihm Weisungen erteilt werden. Wollte man anders entscheiden, gäbe es Fälle der "Schönwetter-Selbständigkeit", in denen erst nach Beendigung der Tätigkeit anhand des bisherigen Ausbleibens von Weisungen festgestellt werden könnte, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung gehandelt hat. Das stünde indessen im Widerspruch zu dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungsrechtlicher und beitragsrechtlicher Tatbestände, die schon zu Beginn der Tätigkeit gegeben sein müssen (Urteile des BSG vom 11. November 2015 - B [12 KR 2/14 R](#) -, - und - [B 12 KR 10/14 R](#) -, zitiert nach juris). An diesen Grundsätzen gemessen, war der Beigeladene zu 1) nur in der Zeit bis zum 7. Dezember 2012 selbstständig tätig. Denn nur bis zu der Kapitalerhöhung vom 8. Dezember 2012 verfügte er aufgrund seines Kapitalanteils von 40 Prozent und der Bestimmung in § 7 des Gesellschaftsvertrags, wonach erst die Mehrheit von 70 % der Stimmen des gesamten Stammkapitals entscheidet, über eine Sperrminorität, mittels derer er ihm nicht genehme Beschlüsse der Gesellschafterversammlung hätte verhindern können. Nach der Rechtsprechung des BSG schließt die einem GmbH-Geschäftsführer gesellschaftsvertraglich eingeräumte Sperrminorität eine Beschäftigung aus, wenn sie sich allumfassend auf die gesamte Unternehmenstätigkeit und nicht ausschließlich auf bestimmte Bereiche erstreckt (BSG v. 14. März 2018 - [B 12 KR 13/17 R](#) - juris Rn 23). Die 70 % Klausel gilt nach dem Gesellschaftsvertrag zwar umfassend für alle Angelegenheiten. Ab dem 8. Dezember 2012 hatte der Beigeladene zu 1) aber nicht mehr genügend Kapitalanteile in seiner Hand, um eine Sperrminorität noch weiter ausüben zu können.

Nicht erheblich für die Annahme von Selbstständigkeit ist der Vortrag der Klägerin, dass der Beigeladene zu 1) nach dem 8. Dezember 2012 weiter tatsächlich weisungsfrei gearbeitet habe und ohne ihn der Betrieb nicht hätte fortgesetzt werden können, Konkrete Handlungsanweisungen werden gerade bei Diensten höherer Art wie bei einer Prokuristen- und Geschäftsführertätigkeit regelmäßig nicht, jedenfalls nur in einem sehr eingeschränkten Umfang erteilt. Die Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden reduziert sich insoweit zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess (Urteil des BSG vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 12/05 R](#) -). Höhere Dienste werden im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen, der Betroffene also in den Betrieb eingegliedert ist.

Für eine Eingliederung spricht hier, dass der Beigeladene zu 1) dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung unterlag. Nach § 37 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind. Aus dieser Vorschrift ergibt sich ein absolutes Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern für jegliche Tätigkeit. Zudem sah § 5 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich vor, dass die Geschäftsführung der Klägerin für Angelegenheiten, die über den üblichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen hat. Der Beigeladene zu 1) war danach an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden, ohne dass er ab dem 8. Dezember 2012 noch in der Lage gewesen wäre, ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Auch die Übernahme einer Bürgschaft und die Gewährung eines Darlehens an die Klägerin begründeten für den Beigeladenen zu 1) keine weitergehenden gesellschaftsvertraglichen Einflussmöglichkeiten.

Im Übrigen ist nicht entscheidend, ob dem Beigeladenen zu 1) tatsächlich Weisungen erteilt worden sind. Entscheidend ist das Vorliegen einer Rechtsmacht, mit der er hätte verhindern können, dass ihm Weisungen erteilt werden. Dementsprechend hat das BSG auch die in der Vergangenheit vereinzelt vertretene Rechtsauffassung der sogenannten "Kopf- und Seele"-Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben (Urteil des BSG vom 29. Juli 2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) und [B 12 KR 1/15 R](#) -, zitiert nach juris).

Der Beigeladene zu 1) hat schließlich auch nur eingeschränkt ein unternehmerisches Risiko getragen. Maßgebendes Kriterium für ein derartiges Risiko ist der Einsatz von Kapital oder der eigenen Arbeitskraft, verbunden mit der Gefahr des Verlustes, so dass der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist. Ein derartiger Sachverhalt liegt hier aber nicht vor. Der Beigeladene zu 1) erhielt eine monatliche Vergütung, die unabhängig von dem Erfolg seiner Tätigkeit bemessen war. Er trug damit nicht das Risiko, den Einsatz seiner Arbeitskraft nicht vergütet zu bekommen. Auch die Übernahme einer Bürgschaft und die Gewährung eines Darlehens begründeten kein solches mit seiner Tätigkeit für die Klägerin verbundenes Risiko. Der Beigeladene zu 1) übernahm damit vielmehr ein anderes Risiko. Dieses Haftungs- oder Ausfallrisiko ist kein echtes Unternehmerrisiko (Urteil des BSG vom 11. November 2015 - [B 12 R 2/14 R](#) -, zitiert nach juris). Seine eigene Arbeitskraft dagegen hat der Beigeladene zu 1) gerade nicht mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt. Für seine Tätigkeit erhielt er als Gegenleistung nämlich vereinbarungsgemäß eine feste monatliche Vergütung von 6.000,- EUR bzw. 7.000,- EUR. Demnach war der Beigeladene zu 1) ab dem 8. Dezember 2012 nicht mehr als Selbständiger, sondern als abhängig Beschäftigter für die Klägerin tätig. Die Entscheidung der Beklagten vom 2. November 2010 hätte so nach dem 8. Dezember 2012 nicht mehr ergehen können.

Unbeachtlich für das Vorliegen einer Änderung der Verhältnisse ist der Umstand, dass der Bescheid vom 2. November 2010 von Anfang an deswegen rechtswidrig war, weil die Beklagte mit ihm nicht über das Bestehen von Versicherungspflicht sondern über die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit entscheiden hat. [§ 7a SGB IV](#) ermächtigt nicht zur Elementenfeststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer abhängigen Beschäftigung (BSG v. 11. März 2009 - [B 12 R 11/07 R](#)). Das ändert aber nichts daran, dass der Bescheid vom 2. November 2010 bestandskräftig und damit Grundlage für ein berechtigtes Vertrauen der Klägerin geworden ist. Die im Nachhinein eingetretene Änderung der Verhältnisse betraf auch nicht die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit des Bescheides, so dass seine Aufhebung hier nicht wegen der ursprünglichen Fehlerhaftigkeit ausgeschlossen ist.

Ein auf der Grundlage des [§ 7a SGB IV](#) erlassener Statusfeststellungsbescheid ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Bescheide über das Bestehen oder Nichtbestehen von Versicherungspflicht beinhalten keine Momentaufnahme, sondern eine zukunfts offene Regelung mit Dauerwirkung (BSG v. 23. April 2015 - [B 5 RE 19/14 R](#) juris Rn 14; LSG Berlin-Brandenburg v. 13. Dezember 2017 - [L 9 KR 165/15](#) - juris Rn 151). Soweit der 3. Senat des BSG dazu eine andere Auffassung vertreten hat (Urt. v. 2. April 2014 - [B 3 KS 4/13 R](#) - juris Rn 13), ist dies den

Besonderheiten der Künstlersozialversicherung geschuldet (vgl. Schneider-Danwitz, SGB 2016, S. 409-412).

Der Bescheid vom 2. November 2010 hatte sich auch nicht dadurch erledigt, dass in den tatsächlichen Verhältnissen zum 8. Dezember 2012 durch die Erhöhung des Gesellschaftskapitals eine Änderung eingetreten war. Nach [§ 39 Abs. 2 SGB X](#) bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Eine Erledigung auf andere Weise wäre dann gegeben, wenn der Gegenstand der ursprünglichen Entscheidung der Beklagten infolge der bei der Klägerin eingetretenen Veränderung weggefallen wäre. Indessen wird die Identität der Klägerin als juristische Personen durch einen Wechsel der Beteiligungsverhältnisse nicht berührt. Auch der Gegenstand der Tätigkeit des Klägers sowie sein Auftragsverhältnis blieben dieselben. Eine Änderung in den Beteiligungsverhältnissen einer GmbH, die den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag als solchen unangetastet lässt, führt demnach nicht zur Erledigung eines den Gesellschafter-Geschäftsführer betreffenden Statusfeststellungsbescheids (LSG Nordrhein-Westfalen v. 16. März 2017 - [L 8 R 263/16 B ER](#) - juris Rn 14; v. 20. April 2016, [L 8 R 801/15](#) - juris Rn 38). Der Wegfall der Sperrminorität reicht nicht aus. Ob etwas anderes gelten würde, wenn der Bescheid ausschließlich auf das Fortbestehen der Sperrminorität abgestellt hätte, kann der Senat dahingestellt sein lassen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, der Bescheid hat die Annahme einer selbständigen Tätigkeit auch auf weitere Umstände gestützt.

Der Bescheid vom 2. November 2010 durfte dann mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben werden. Maßgebend für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Bescheides ist nach [§ 39 Abs. 1 SGB X](#) seine Bekanntgabe. Gemäß [§ 37 Abs. 2 SGB X](#) gilt der Bescheid der Beklagten vom 16. März 2017 drei Tage nach seiner Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Nach Aktenlage ist der Bescheid vom 16. März 2017 am 20. März 2017 zur Post gegeben worden. Damit gilt er am 23. März 2017 als bekannt gegeben und wirksam, so dass die Beklagte ab diesem Tag mit Recht ihren früheren Bescheid vom 2. November 2010 aufgehoben hat.

Entgegen der Rechtsauffassung des Sozialgerichts und der Beklagten lagen dagegen die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Bescheides vom 2. November 2010 mit Wirkung von der Änderung der Verhältnisse an nicht vor. Bescheide über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Versicherungspflicht können nach [§ 48 Abs. 1 SGB X](#) mit Wirkung für die Vergangenheit nur unter den Voraussetzungen des [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB X](#) wegen der Verletzung einer Mitteilungspflicht aufgehoben werden. Auf das Wissen oder Nichtwissen des nachträglichen Entstehens von Versicherungspflicht kann es nicht ankommen, weil die auf einen Anspruch zugeschnittene Regelung in [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X](#) nicht analogiefähig ist (BSG v. 26. September 1991 - [4 RK 5/91](#) - juris Rn 19). Die Mitteilungspflicht, welche vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt worden sein muss, braucht nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#) eine gesetzliche Grundlage. Es reicht deswegen nicht aus, dass die Beklagte in ihrem Bescheid vom 2. November 2010 die Klägerin aufgefordert hat, Änderungen bei den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen mitzuteilen. Eine gesetzliche Rechtsgrundlage für die Verpflichtung, Änderungen der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnisse mitzuteilen, die sich nach dem Erlass eines Statusfeststellungsbescheides ergeben haben, gibt es aber nicht.

Zu Unrecht hat das Sozialgericht insoweit auf [§ 7a Abs. 3 Satz 1 SGB IV](#) verwiesen. Dort ist bestimmt, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund den Beteiligten schriftlich oder mündlich mitteilt, welche Angaben und Unterlagen sie für ihre Entscheidung benötigt. Der Gesetzgeber geht auch von einer entsprechenden Antwortpflicht der Beteiligten aus. Denn er hat in [§ 7a Abs. 3 Satz 2 SGB IV](#) bestimmt, dass die Rentenversicherung eine Frist setzen kann, innerhalb derer die Beteiligten ihre Angaben zu machen haben. Die Mitteilungspflicht besteht aber nur, soweit Angaben für die Entscheidung benötigt werden, also bis zum Ergehen der das Statusfeststellungsverfahren abschließenden Entscheidung. Mit dem Ergehen einer Statusfeststellungsentscheidung ist das Verwaltungsverfahren zunächst abgeschlossen (vgl. [§ 8 SGB X](#)). Wie sich aus einem Vergleich mit der die Mitteilungspflicht bei gewährten Leistungen regelnden Vorschrift des [§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 Sozialgesetzbuch erstes Buch](#) ergibt, unterscheidet der Gesetzgeber zwischen Tatsachen, die für die erstmalige Entscheidung maßgeblich sind, und späteren Änderungen in den Verhältnissen (Voelke in jurisPK SGB I, [§ 60 Rn 48](#)). [§ 7a Abs. 3 SGB IV](#) enthält keine Regelung, die eine Mitteilungspflicht für Änderungen begründen könnte, die sich nach der Statusentscheidung ergeben habe.

Auch [§ 28a SGB IV](#) ist keine Rechtsgrundlage für eine Mitteilungspflicht der Klägerin. Die Vorschrift regelt den Umfang der Meldepflicht des Arbeitgebers bei versicherungspflichtig Beschäftigten. Ein vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verstoß setzt demnach voraus, dass die Klägerin wusste oder wissen musste, dass der Beigeladene zu 1) seit dem 8. Dezember 2012 bei ihr versicherungspflichtig beschäftigt war. Davon geht indessen auch die Beklagte nicht aus, die lediglich meint, es hätte Anlass für die Klägerin gegeben, erneut eine Statusüberprüfung einzuleiten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Klägerin Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit in Bezug auf den Eintritt von Versicherungspflicht nachgewiesen werden könnte. Dem Bescheid vom 2. November 2010 war nicht hinreichend eindeutig zu entnehmen, dass allein der Umfang der Kapitalbeteiligung für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer abhängigen Beschäftigung entscheidend war. Der Bescheid formuliert nämlich, dass aufgrund der damals bestehenden Kapitalbeteiligung von 40 % ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein ausgeschlossen sei und deswegen die weiteren allgemeinen Voraussetzungen geprüft werden müssten. Insoweit war nicht klar erkennbar, dass allein der Umfang der Kapitalbeteiligung über die Frage der Selbständigkeit entscheidet.

Schließlich ist auch [§ 196 SGB VI](#) keine Rechtsgrundlage für eine Mitteilungspflicht der Klägerin. Diese Vorschrift begründet eine Auskunftspflicht und Mitteilungspflicht für Personen, für die eine Versicherung durchgeführt werden soll. Für die Klägerin selbst sollte offensichtlich keine Versicherung durchgeführt werden. Aber auch für den Beigeladenen zu 1) war kein entsprechender Antrag gestellt worden.

Nach alledem war auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Sozialgerichts nur insoweit aufzuheben, als es die Klage für Zeiträume vor dem 23. März 2017 abgewiesen hat.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs. 1 VwGO](#).

Der Senat hat die Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache im Hinblick auf die Frage einer gesetzlichen Grundlage von Mitteilungspflichten bei Statusfeststellungsentscheidungen zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2020-02-11