

L 11 R 2827/15

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 6 R 1346/12
Datum
21.05.2015
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 2827/15
Datum
19.04.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 21.05.2015 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) seit dem 01.10.2004 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beigeladene zu 1) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die mit Gesellschaftsvertrag vom 16.08.2004 gegründet wurde. Gegenstand des Unternehmens ist die Herstellung von Mischfutter und sonstigen Bedarfsartikeln der Agrarwirtschaft sowie der Handel und die Vermittlung von Mischfutter und sonstigen Bedarfsartikeln der Agrarwirtschaft. Das Stammkapital belief sich zunächst auf 325.000,00 EUR, seit Juli 2005 beträgt es 335.000,00 EUR. Nach § 8 des Gesellschaftsvertrages (Bl 15 Verwaltungsakte) werden Gesellschafterbeschlüsse mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) in Höhe von 335.000,00 EUR ist der Kläger seit 16.08.2004 mit 15.000,00 EUR beteiligt. Außer ihm gibt es noch 20 weitere Gesellschafter. Deren Gesellschafteranteile betragen zwischen 5.000,00 EUR und 55.000,00 EUR. Die Erhöhung des Stammkapitals von 325.000,00 EUR auf 335.000,00 EUR erfolgte, nachdem ein weiterer Gesellschafter mit einer Stammeinlage in Höhe von 10.000,00 EUR hinzutrat.

Der am 04.02.1961 geborene Kläger absolvierte von 1981 bis 1983 eine Ausbildung zum Landwirt, hieran schloss sich bis 1988 ein Studium der Agrarwissenschaft an, welches der Kläger mit dem Diplom eines Agraringenieurs abschloss. Von 1988 bis 1992 war er Bezirksleiter der Firma M. (jetzt T. N. D. GmbH), von 1992 bis 1995 bei dieser stellvertretender Verkaufsleiter, von 1995 bis 2001 Verkaufsleiter bei der D. T. C. GmbH & Co. KG (D.) und von Juli 2001 bis August 2004 Geschäftsführer der N. M. Vertriebs GmbH in H ...

Unter dem 18.07.2005 erließ die BKK M. O. gegenüber dem Kläger einen Bescheid, in welchem sie ausführte, dass in seiner Eigenschaft als GmbH-Geschäftsführer bei der Firma N. M. Vertriebs GmbH ab dem 01.07.2001 Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie dem Recht der Arbeitsförderung bestehe (Bl 59 SG-Akte). Denn er habe als einziger Geschäftsführer die notwendigen Fach- und Branchenkenntnisse, um die GmbH zu leiten und diese wie ein selbständiges Unternehmen zu führen. Er sei vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit und auch nicht in der Ausübung der Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer von den Weisungen der Gesellschaft in Bezug auf die Arbeitsleistung abhängig. Unter Berücksichtigung aller Umstände sei er nicht dem Personenkreis der Arbeitnehmer im Sinne der Sozialversicherung zuzuordnen, die Eigenschaften als selbständiger Unternehmer würden bei ihm überwiegen.

Seit dem 01.10.2004 bis heute ist der Kläger als alleiniger Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) tätig. Er bezieht ausweislich des "Anstellungsvertrags" vom 01.10.2004 (Bl 61 SG-Akte) ein festes Monatsgehalt von 8.000 EUR, ein 13. Monatsgehalt, Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung und eine gewinnabhängige Vergütung von bis 10 %. Es besteht Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall und auf 25 Arbeitstage Jahresurlaub. Er ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit und bedarf bei Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsverlauf nicht mit sich bringt, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder des Beirates. Er ist verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft in den Dienst der Beigeladenen zu stellen. Seine Aufgabe ist es insbesondere, das Unternehmen weiter aufzubauen und alles für die Entwicklung und das Wachstum des Unternehmens und deren Gesellschafter zu tun. Er hat jährlich einen Geschäfts- und Businessplan zu entwickeln und dem Beirat bzw der Gesellschafterversammlung vorzulegen, aus dem sich die kurz- und mittelfristigen Ziele des Unternehmens sowie die Maßnahmen, die zur Zielerreichung vorgesehen sind, ergeben. Außerdem hat der

Businessplan auch den angestrebten Erfolg des Unternehmens auszuweisen.

Der Kläger gewährte der Beigeladenen zu 1) mehrere Darlehen in Höhe von insgesamt 50.000,00 EUR (gegen Verzinsung mit 5 bzw 6 % pa, vgl BI 122 ff Verwaltungsakte, 116 ff SG-Akte) und ging für deren Verbindlichkeiten eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von weiteren 50.000,00 EUR ein (BI 132 Verwaltungsakte).

Am 20.11.2006 führte die Deutsche Rentenversicherung Schwaben (DRV Schwaben) bei der Beigeladenen zu 1) eine Betriebsprüfung nach § 28p Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV), betreffend den Zeitraum vom 01.01.2004 bis 31.12.2005, durch. Der hierauf von der DRV Schwaben am selben Tag erlassene Bescheid enthält keine ausdrücklichen Feststellungen den Kläger betreffend (BI 154 SG-Akte).

Am 01.09.2010 führte die Beklagte bei der Beigeladenen zu 1) eine Betriebsprüfung bezüglich des Zeitraums vom 01.01.2006 bis 31.12.2009 durch. In diesem Rahmen wurde auf Anforderung der Beklagten von der Beigeladenen zu 1) unter anderem der Anstellungsvertrag des Klägers der Beklagten vorgelegt (vgl BI 72/73 SG-Akte). Unter dem 07.12.2010 (BI 49 Verwaltungsakte) erließ die Beklagte sodann an die Beigeladene einen Betriebsprüfungsbescheid nach § 28p Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Darin forderte sie Beiträge nach und führte aus, dass die stichprobenweise durchgeführte Prüfung ergeben habe, dass Abfindungen beitragsrechtlich unzutreffend abgerechnet worden seien. Es seien Säumniszuschläge erhoben worden für die Feststellungen aus der beitragsrechtlichen Auswertung des Vergleichs des Arbeitsgerichts. Die Feststellungen bezogen sich auf Herrn W. K ... Feststellungen zum sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) oder zu nachzufordernden Beiträgen für ihn enthält der Bescheid nicht.

Am 11.04.2011 stellte der Kläger bei der Beklagten einen Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1). Hierzu legte er neben den Antragsunterlagen auch den zwischen ihm und der Beigeladenen geschlossenen Anstellungsvertrag vom 01.10.2004 sowie die Gesellschafterverträge von August 2004 und Juni 2009 vor. Im Antragsformular auf Statusfeststellung gab der Kläger an, dass von seiner Vergütung Lohnsteuer entrichtet werde und die Verbuchung der Vergütung als Betriebsausgabe (nicht als Gewinn-Vorwegentnahme) erfolge.

Mit zwei Schreiben vom 20.07.2011 (BI 35/37 Verwaltungsakte) hörte die Beklagte den Kläger sowie die Beigeladene zu 1) dazu an, dass beabsichtigt sei, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen, da der Kläger als Gesellschafter-Geschäftsführer keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen nehmen könne, da er bei Gesellschafterbeschlüssen weder über einen entsprechend hohen Gesellschafteranteil noch über eine Sperrminorität verfüge. Beschlüsse der Beigeladenen zu 1) würden mit einfacher Mehrheit gefasst. Es liege ein gesonderter Arbeitsvertrag vor, der die Mitarbeit in der Gesellschaft regele. Zudem werde für die Tätigkeit eine Vergütung in Höhe von 8.000,00 EUR pro Monat und damit ein für die Tätigkeit übliches Arbeitsentgelt gezahlt. Dies seien Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche demgegenüber die vom Geschäftserfolg abhängige Tantiemenzahlung, wonach der Kläger indirekt am Gewinn der Beigeladenen beteiligt sei. Nach den vorliegenden Unterlagen bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Am 19.09.2011 nahm die Beigeladene zu 1) zum Anhörungsschreiben Stellung. Sie wies auf die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die Gewinnbeteiligung sowie daraufhin, dass der Kläger aufgrund seiner im Anstellungsvertrag eingeräumten Kompetenzen die Geschicke der Beigeladenen selbstständig und alleine führe. Er bestimme Ort und Zeit seiner Arbeitszeit sowie seinen Urlaub selbstständig. Überdies sei sein sozialversicherungsrechtlicher Status bereits zweimal Gegenstand einer Betriebsprüfung gewesen, der letzte Bescheid sei der vom 07.12.2010 (BI 49 Verwaltungsakte). Dabei sei auch der Anstellungsvertrag vorgelegt worden. Seither hätte sich an den rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen nichts geändert. Der begünstigende Bescheid vom 07.12.2010, in dem der versicherungsrechtliche Status des Klägers geprüft worden sei, sei bestandskräftig geworden. Auf diesen Bescheid hätten der Kläger und die Beigeladene zu 1) vertraut. Der Bescheid sei für das vorliegende Verfahren bindend. Aufgrund der dem Kläger in der Vergangenheit mehrfach und bestandskräftig mitgeteilten Ansicht der Beklagten habe er für seine Zukunft privat vorgesorgt und hierfür monatlich erhebliche Beiträge entrichtet.

Mit an den Kläger gerichteten Bescheid vom 22.09.2011 (BI 67 Verwaltungsakte) führte die Beklagte einerseits aus, dass die Prüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status ergeben habe, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) seit 01.10.2004 "im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit" ausgeübt werde. Andererseits hieß es in dem Bescheid: "In dem Beschäftigungsverhältnis besteht Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung". Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Dabei wiederholte sie ihr Vorbringen aus dem Anhörungsschreiben und führte ergänzend aus, dass der vorgelegte Arbeitsvertrag arbeitsvertraglich typische Regelungen zum Urlaubsanspruch und über die Gewährung von Sonderzahlungen enthalte. Aufgrund des Kapitaleinsatzes von 4,8 % des Gesamtkapitals und dem daraus resultierenden Stimmrechtsanteil sei es dem Kläger nicht möglich, die Geschicke der Firma maßgeblich zu beeinflussen. Weiterhin könne er aufgrund der mangelnden Vetorechte bzw Sperrminorität keine Entscheidungen verhindern. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage er kein Unternehmerrisiko. Zwar sei er aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlung indirekt am Gewinn der Beigeladenen zu 1) beteiligt, eine Kürzung bzw den Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage müsse er jedoch nicht befürchten. Hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Tätigkeit sei ihm weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen. Trotzdem bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da er sich in eine von der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedere. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne jedoch nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden, da der Kläger im Übrigen in eine nicht von ihm vorgegebene Ordnung des Betriebes eingegliedert sei und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschaftsbeschlüsse handeln dürfe, sodass er - selbst bei Belassung großer Freiheiten - der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung unterliege. Dies gelte auch dann, wenn diese Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machen würden. Aus der Betriebsprüfung ergebe sich keine abweichende Beurteilung, da es sich um eine Stichprobenprüfung gehandelt habe. Eine Prüfung des Anstellungsverhältnisses des Klägers habe nicht stattgefunden.

Mit Telefaxeschreiben vom 29.09.2011 (BI 76 Verwaltungsakte) ließ der Kläger über seinen Bevollmächtigten noch einmal auf die Betriebsprüfung von 2010 hinweisen und beantragte, den Bescheid vom 22.09.2011 vor diesem Hintergrund aufzuheben und festzustellen, dass er nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt sei.

Mit an den Kläger gerichteten Bescheid vom 29.09.2011 (Bl 73 Verwaltungsakte) hob die Beklagte den Bescheid vom 22.09.2011 unter Verweis auf § 44 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) auf. In der Einleitung des Bescheides sei eine falsche Aussage - Würdigung der abhängigen Beschäftigung als selbständige Tätigkeit - getroffen worden und die folgende Begründung richtig dargestellt worden. Die Prüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status habe ergeben, dass die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) seit 01.10.2004 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Es bestehe Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Im Rahmen der Begründung wiederholte die Beklagte ihr Vorbringen aus dem Bescheid vom 22.09.2011 sowie den Beginn der Versicherungspflicht am 01.10.2004.

Gegen den Bescheid vom 29.09.2011 legte der Kläger am 01.11.2011 Widerspruch ein. Er wiederholte sein bisheriges Vorbringen und wies ergänzend darauf hin, dass er sich mit insgesamt 115.000,00 EUR (Gesellschaftsanteil, Darlehen und Bürgschaft) bei der Beigeladenen zu 1) engagiert habe, was für eine selbstständige Tätigkeit spreche, denn er laufe Gefahr, dieses eingesetzte Kapital gegebenenfalls zu verlieren, wenn es der Beigeladenen wirtschaftlich schlecht gehe. Unzutreffend gehe die Beklagte davon aus, dass sein Status bei der Betriebsprüfung im Jahr 2010 betreffend den Zeitraum vom 01.01.2006 bis 31.12.2009 nicht geprüft worden sei. Vielmehr sei sein Anstellungsvertrag von der Prüferin angefordert und ihr hierauf auch vorgelegt worden. In dem Bescheid sei seine Versicherungspflicht nicht festgestellt worden. Der Anstellungsvertrag sei zudem bereits Gegenstand einer Betriebsprüfung im Jahr 2006 gewesen. Auch in diesem Zusammenhang sei seine Sozialversicherungspflicht nicht festgestellt worden. Überdies sei bezüglich seiner Tätigkeit bei der N. M. Vertriebs GmbH von der BKK M. O. mit Bescheid vom 18.07.2005 festgestellt worden, dass er rückwirkend ab dem 01.07.2001 von der Sozialversicherungspflicht befreit sei. Inhaltlich sei seine Tätigkeit und Stellung bei der Beigeladenen zu 1) weitestgehend deckungsgleich mit der bei der N. M. Vertriebs GmbH. Insbesondere sei ein nahezu gleichlautender Dienstvertrag geschlossen worden. Auch die Gesellschafter seien nahezu dieselben. Die Feststellungen der BKK M. O. müssten seiner Auffassung nach daher für seine Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) gleichlautend getroffen und begründet werden. Darüber hinaus sei er wegen seiner Branchenkenntnisse und Kundenbeziehungen bereits bei der N. M. Vertriebs GmbH unersetzlich gewesen und sei dies angesichts des noch weiteren Geschäftsbetriebes bei der Beigeladenen bei dieser erst recht. Nur aufgrund seiner Branchenkenntnisse und seiner Netzwerke sei es überhaupt möglich, die Beigeladene gewinnbringend zu betreiben. Sein über seinen Werdegang erworbenes Wissen stelle neben seinen hervorragenden Branchenkontakten ein Alleinstellungsmerkmal gegenüber allen anderen Gesellschaftern der Beigeladenen dar. Dementsprechend würden ihm die Gesellschafter bei der Durchführung der Geschäfte auch freie Hand lassen. Der Beirat der Gesellschaft habe gemäß § 5 des Gesellschaftsvertrages nur Zustimmungsrechte bei der Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen, bei dem Erwerb bzw der Beteiligung an anderen Unternehmen, der Veräußerung des Betriebes bzw von Teilbetrieben und dem Erwerb bzw der Belastung von Grundstücken. Derartige Beschränkungen der Befugnisse eines Geschäftsführers seien aber absolut marktüblich und sprächen nicht für eine abhängige Beschäftigung. Sie würden keine generelle Weisungsabhängigkeit begründen, sondern sich nur auf außerordentliche Geschäfte der Gesellschaft beziehen, die das Vermögen der Gesellschaft außergewöhnlich belasten oder den Gesellschaftszweck beeinflussen könnten. Er habe die Personal- und Budgethoheit und könne frei entscheiden, ob er von dem Büro in L. aus oder am Standort in H. arbeite. Das Büro in L. sei im Übrigen in seinem Privathaus eingerichtet und an die Beigeladene vermietet. Er gebe demzufolge den Arbeitsprozess vor, statt sich bei der Beigeladenen eingliedern zu müssen. Weisungen seitens der Gesellschafter, wie der Arbeitsprozess im Einzelnen zu gestalten sei, gebe es nicht und könne es nicht geben. Schließlich zahle die Beigeladene keinen steuerfreien Zuschuss zur Kranken- und Rentenversicherung. Angesichts der mehrfachen Prüfung seines Anstellungsverhältnisses und der nicht ergangenen Feststellungen der Beklagten, dass er sozialversicherungspflichtig sei, habe er in erheblichem Maße in seine private Altersversorgung investiert, nämlich 40.302,56 EUR in eine Lebensversicherung und 32.274,59 EUR in eine Rentenversicherung. Überdies seien zu seinen Gunsten bisher insgesamt 8.820,00 EUR in eine betriebliche Altersvorsorge investiert worden. Hätte er gewusst, dass Sozialversicherungspflicht bestehe, hätte er diese Investitionen so nicht getätigt bzw einen Befreiungsantrag gestellt. Seiner Ansicht nach sei er bei der Beigeladenen zu 1) nicht abhängig beschäftigt. Jedenfalls bestehe Vertrauensschutz für den Zeitraum vom 01.01.2006 bis 31.12.2009 aufgrund des Bescheides vom 07.12.2010. Dieser Vertrauensschutz sei bereits im Statusfeststellungsverfahren und nicht erst bei einer Beitragsnachforderung zu berücksichtigen. Der Vertrauensschutz greife aber auch für die Zukunft, da er sonst mit erheblichen Einbußen bezüglich seines Nettoeinkommens sowie seiner privaten Altersvorsorge zu rechnen habe. Vertrauensschutz ergebe sich überdies aus dem Bescheid der BKK M. O. vom 18.07.2005.

Mit Widerspruchsbescheid vom 29.03.2012 (Bl 137 Verwaltungsakte) wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Die Feststellung, dass der Kläger die Tätigkeit als Gesellschafter und Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 1) seit dem 01.10.2004 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe, dass Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung vorliege und dass die Versicherung am 01.10.2004 beginne, bleibe bestehen. Dabei wiederholte und vertiefte die Beklagte ihr bisheriges Vorbringen.

Hiergegen hat der Kläger am 23.04.2012 Klage zum Sozialgericht Ulm (SG) erhoben. Er hat sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft und ergänzend vorgebracht, dass sein Anstellungsverhältnis und sein Anstellungsvertrag entgegen der Auffassung der Beklagten Gegenstand der Betriebsprüfung von 2010 gewesen sei. Im Bescheid vom 07.12.2010 heiße es, dass vorgelegte Unterlagen und Einwände gewürdigt worden seien. Aus der Tatsache, dass zu seinem Sozialversicherungsstatus keine Feststellungen getroffen worden seien, habe die Beigeladene zu 1) nichts anderes ableiten können, als dass Sozialversicherungsbeiträge für ihn nicht geschuldet seien. Auch bei der damaligen Schlussbesprechung im Jahr 2010 sei seine Beitragspflicht nicht erwähnt worden. Aus dem Verhalten der Betriebsprüferin ergebe sich Vertrauensschutz, auch unabhängig davon, ob in dem Bescheid Feststellungen zur Sozialversicherungspflicht enthalten gewesen seien. Etwaige Nachforderungen der Einzugsstelle würden sein schutzwürdiges Vertrauen bzw das der Beigeladenen zu 1) verletzen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat auf den Inhalt der beigefügten Akte sowie des angefochtenen Bescheides Bezug genommen. Sie ist der Auffassung, dass der Kläger aus den vorherigen Betriebsprüfungen keinen Vertrauensschutz herleiten könne. Denn Betriebsprüfungen fänden nur stichprobenweise statt und dienten unmittelbar nur dem Interesse der Versicherungsträger, indem sie ua Beitragsausfälle verhindern helfen sollten. Den Betriebsprüfungen käme damit eine Kontrollfunktion zu und stünden nur mittelbar im Interesse der Versicherten selbst.

Mit Beschluss vom 03.08.2012 hat das SG die Beigeladene zu 1) zum Verfahren beigeladen. Diese hat sich dem Vorbringen und dem Antrag des Klägers angeschlossen.

Mit Urteil vom 21.05.2015 hat das SG die Klage abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten seien rechtmäßig und würden den Kläger nicht in seinen Rechten verletzen. Er sei bei der Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt. Es liege Versicherungspflicht in der

gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung vor. Vertrauensschutz bestehe nicht.

Gegen das seinen Prozessbevollmächtigten am 10.06.2015 gegen Empfangsbekanntnis zugestellte Urteil des SG hat der Kläger am 03.07.2015 Berufung beim Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt. Zur Begründung hat er geltend gemacht, dass das SG die entscheidungsrelevanten Kriterien nicht zutreffend gewürdigt habe. Nicht maßgeblich sei die Kapitalbeteiligung des Klägers an der Beigeladenen zu 1). Der Kläger sei frei von Weisungen und könne entsprechend frei agieren. Er sei nicht in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingebunden. Ihm sei Budget- und Personalhoheit eingeräumt. Er treffe eigenständig die Entscheidungen darüber, wie er über das Vermögen der Beigeladenen zu 1) verfüge und darüber, wer eingestellt bzw entlassen werde. Aufgrund seiner herausragenden fachlichen Kenntnisse gestalte er den Ablauf und den Inhalt seiner Tätigkeit vollkommen frei. Er könne auch den Ort seiner Arbeit selbst bestimmen. Als einziger Gesellschafter verfüge er über Kenntnisse in der Tierfutterherstellung. Dies betreffe den Kernbereich der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1). Aufgrund seiner Fachkenntnis könne der Kläger wie ein Mehrheitsgesellschafter agieren und von keinem der anderen Gesellschafter kontrolliert werden. Ihm würden keine Weisungen erteilt, weil die anderen es weder könnten noch wollten. Er trage ein stark ausgeprägtes unternehmerisches Risiko wegen seiner finanziellen Beteiligungen als Darlehensgeber und bürge für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Im Rahmen einer Gesamtschau würden daher die Merkmale für eine nicht abhängige Beschäftigung überwiegen. Darüber hinaus genieße er sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft Vertrauensschutz im Hinblick auf seinen sozialversicherungsfreien Status, der auf den verschiedenen Betriebsprüfungsbescheiden folge. Im Bescheid vom 07.12.2010 sei nicht festgestellt worden, dass er abhängig beschäftigt und sozialversicherungspflichtig sei. Diesbezüglich sei ausnahmsweise von einer Erklärungsbehandlung im Sinne eines "bereden Schweigens" auszugehen. Im Rahmen der Betriebsprüfung 2010 sei von der damaligen Prüferin explizit der 4,5 %-Anteil des Klägers an der Beigeladenen zu 1) thematisiert worden, worauf der Prüferin der Anstellungsvertrag des Klägers übersandt worden sei. Nachdem der Bescheid vom 07.12.2010 sodann keine Ausführungen zum sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers enthalten habe, sei im Umkehrschluss die – wenn auch ungeschriebene – Feststellung enthalten, dass der Kläger nicht abhängig bei der Beigeladenen zu 1) beschäftigt sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 21.05.2015 und den Bescheid der Beklagten vom 29.09.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 29.03.2012 aufzuheben und festzustellen, dass seine Tätigkeit als Geschäftsführer für die Beigeladene zu 1) seit dem 01.10.2004 nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird und keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie nimmt auf die Ausführungen des SG im Urteil vom 21.05.2015 und die jüngere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) Bezug.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 21.05.2015 und den Bescheid der Beklagten vom 29.09.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 29.03.2012 aufzuheben und festzustellen, dass die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer für sie seit dem 01.10.2004 nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird und keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Akte des Senats sowie die beigezogenen Akten des SG und der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist statthaft, zulässig aber unbegründet.

Der Bescheid vom 22.09.2011 ist nicht Streitgegenstand des Verfahrens, denn die Beklagte hat diesen Bescheid auf den Antrag des Klägers mit Bescheid vom 29.09.2011 aufgehoben. Die Beklagte konnte den Bescheid vom 22.09.2011 entweder wegen offener Unrichtigkeit ([§ 38 SGB X](#)) berichtigen oder seine Nichtigkeit ([§ 40 SGB X](#)) feststellen. Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist ([§ 40 Abs 1 SGB X](#)). Die von der Beklagten getroffenen Feststellungen einer selbständigen Tätigkeit einerseits und des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses mit Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung andererseits sind aus logischen und rechtlichen Gründen nicht gemeinsam möglich. Ob die Beklagte mit dem Bescheid vom 29.09.2011 den Bescheid vom 22.09.2011 insofern nach [§ 38 SGB X](#) berichtigt und ersetzt oder die Nichtigkeit des Bescheids vom 22.09.2011 festgestellt hat, kann letztlich offenbleiben; der Bescheid vom 22.09.2011 ist nicht mehr existent.

Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 29.09.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 29.03.2012 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Zu Recht hat das Sozialgerichts Ulm die Klage abgewiesen. Die Beklagte hat zu Recht festgestellt, dass der Kläger seit 01.10.2004 bei der Beigeladenen zu 1) eine sozialversicherungspflichtige abhängige Beschäftigung ausgeübt und daher der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig, er ist nach erfolgter Anhörung der Beteiligten ergangen.

Nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der

Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Diese entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in Abs 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 ([BGBl 2000 I S 2](#)) eingeführten Antragsverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drs 14/185 S 6](#)).

Einen entsprechenden Antrag auf Statusfeststellung hat der Kläger am 11.04.2011 gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich. Der Bescheid der BKK M. O. vom 18.07.2005 bezog sich nicht auf die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen im streitgegenständlichen Zeitraum in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#), [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) in der ab 01.01.1999 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#), BSG 04.07.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)) 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 (BSG 28.09.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris). Demgegenüber ist eine selbständige 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 selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)).

Zur Feststellung des Gesamtbilds kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu. Zwar hat das BSG noch im Urteil vom 22.6.2005 (BSG, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 5](#)) ausgeführt, dass beim Abweichen der Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen letztere den Ausschlag geben. Jedoch hat es diese Aussage in Zusammenfassung älterer Entscheidungen nachfolgend präzisiert: Danach sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. 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. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG 29.08.2012 [aaO](#)).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Senat davon überzeugt, dass der Kläger seit dem 01.10.2004 bei der Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt ist, denn es überwiegen bei einer Gesamtschau aller für und gegen eine abhängige Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkte diejenigen Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Ob der Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem Beschäftigungsverhältnis steht, ist ebenfalls nach den oben dargelegten Grundsätzen zu beurteilen. Dies ist grundsätzlich auch bei Gesellschafter-Geschäftsführern neben deren gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich. Das BSG hat insoweit mehrmals entschieden, dass eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft selbst im Rahmen einer Geschäftsführertätigkeit nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen ist. Bei einem am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das BSG dementsprechend regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#); BSG 06.03.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#)). Vergleichbares gilt auch bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen (BSG 06.03.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), aaO). Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalls den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor. Eine Sperrminorität in diesem Sinne liegt dann vor, wenn der Gesellschafter nach dem Gesetz und den Abreden des Gesellschaftsvertrags Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG 08.08.1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4 S 13](#); BSG 23.06.1994, [12 RK 72/92](#), [NJW 1994, 2974](#)). Dagegen liegt kein maßgeblicher gesellschaftsrechtlicher Einfluss - und damit in der Regel eine Stellung als Beschäftigter - vor, wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter so wesentliche Entscheidungen wie die Auflösung der Gesellschaft, die operative Neuausrichtung oder seine eigene Abberufung bzw Entlassung nicht verhindern kann (Senatsurteil vom 30.09.2014, [L 11 R 2662/13](#) mwN zur Rechtsprechung des BSG).

Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Geschäftsführertätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen im Rahmen einer Beschäftigung oder selbstständig ausgeübt wird, ist der "Anstellungsvertrag" vom 01.10.2004. Dieser Vertrag hat sowohl nach seiner Bezeichnung als auch

nach seinem Inhalt - etwa monatlich festes Gehalt, Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Anspruch auf bezahlten jährlichen Erholungsurlaub - ein Arbeitsverhältnis zum Gegenstand. Tatsächliche Abweichungen von dieser Vereinbarung sind weder ersichtlich noch vorgetragen worden. Die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) spricht nicht zwingend für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit (BSG 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-182). Der zusätzlich eingeräumte Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung (je nach Höhe des Gewinns zwischen 5 bis 10 %) ist ebenfalls nicht als zwingendes Indiz für eine selbstständige Tätigkeit zu werten, sondern ist auch bei einer abhängigen Beschäftigung nicht ungewöhnlich (Senatsurteil vom 30.09.2014 - [L 11 R 2662/13](#) mwN).

Der Kläger ist nicht in einer Familiengesellschaft tätig, sondern in einer Gesellschaft mit 20 weiteren Gesellschaftern, die teilweise einen deutlich größeren Gesellschaftsanteil tragen. Ein "freies Schalten und Walten", wie es uU bei Familiengesellschaften denkbar ist, ergibt sich hieraus nicht. Zudem hat das BSG, dem der Senat folgt, die insbesondere für das Leistungsrecht der Arbeitsförderung entwickelte "Kopf und Seele"-Rechtsprechung aufgegeben, wonach bestimmte Angestellte einer Familiengesellschaft ausnahmsweise als Selbstständige zu betrachten sind, wenn sie faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen. Diese Rechtsprechung ist für die Statusbeurteilung im sozialversicherungsrechtlichen Deckungsverhältnis nicht heranzuziehen (BSG 29.07.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 24, für BSGE vorgesehen). Der Kläger selbst trägt lediglich einen Gesellschafteranteil von deutlich unter 50 %, nämlich von zunächst 4,62 % und ab Juli 2005 von lediglich 4,48 %. Für Gesellschafterbeschlüsse ist die einfache Mehrheit erforderlich. Hierfür genügt der Gesellschafteranteil des Klägers nicht. Auch über eine Sperrminorität verfügt der Kläger nicht. Der Kläger kann mithin kraft seines Gesellschaftsanteils keinen bestimmenden Einfluss auf die Willensbildung und Geschicke der Beigeladenen ausüben und etwaige Einzelanweisungen an ihn im Bedarfsfall nicht jederzeit verhindern. Nichts anderes ergibt sich aus den gewährten Darlehen bzw der übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft. Denn dem Kläger wurde hierfür bei der Stimmbildung nach den Gesellschafterbeschlüssen kein weitergehendes Stimmrecht eingeräumt.

Weiter mag es zwar zutreffen, dass dem Kläger von der Beigeladenen zu 1) bzw der Gesellschafterversammlung bzw dem Beirat "freie Hand" bei der Verrichtung seiner Tätigkeit gelassen wird, er seinen Urlaubsanspruch von 25 Tagen jährlich frei einteilen kann, er frei entscheiden kann, ob er von L. aus oder in H. seine Tätigkeit verrichtet und ob er der einzige Gesellschafter ist, der - nach seinem Vortrag - über entsprechendes Fachwissen bzw Kompetenzen verfügt. Denn allein diese Umstände, insbesondere auch besondere Branchenkenntnisse, genügen für sich nicht, um eine Selbstständigkeit begründen zu können (vgl Senatsurteil vom 30.09.2014, [L 11 R 2662/13](#) mwN). Überdies ist nicht nachvollziehbar, warum nicht etwa ein oder mehrere Fremdgeschäftsführer mit entsprechenden Branchenkenntnissen die Tätigkeiten des Klägers übernehmen könnten sollten.

Auch wenn der Kläger seine Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen konnte bzw kann, steht dies der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Denn diese Möglichkeit besteht häufig bei leitenden Angestellten. Deren Tätigkeiten werden aber trotz fehlender Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort, Dauer und Art der Ausführung der Tätigkeit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (Senatsurteil vom 30.09.2014, [L 11 R 2662/13](#) mwN). So liegt der Fall hier, da der Kläger trotz aller eingeräumten Freiheiten von Beginn an bis heute in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen eingebunden ist. Denn bereits nach dem Anstellungsvertrag ist der Kläger verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft in den Dienst der Beigeladenen zu stellen. Seine Aufgabe ist es insbesondere, das Unternehmen weiter aufzubauen und alles für die Entwicklung und das Wachstum des Unternehmens und deren Gesellschafter zu tun. Er hat jährlich einen Geschäfts- und Businessplan zu entwickeln und diesen dem Beirat bzw der Gesellschafterversammlung vorzulegen. Aus diesem Plan müssen sich die kurz- und mittelfristigen Ziele des Unternehmens sowie die Maßnahmen, die zur Zielerreichung vorgesehen sind, ergeben. Außerdem hat der Plan auch den angestrebten Erfolg des Unternehmens auszuweisen. Damit werden dem Kläger klare Vorgaben gemacht, deren Einhaltung auch regelmäßig - nämlich jährlich - kontrolliert werden und die über eine bloße Zustimmungspflicht für über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehende Geschäfte hinausgehen. Im Übrigen ist die Wahrnehmung von Handlungsfreiheiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Die Tätigkeiten werden dennoch im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie - wie vorliegend - fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes ausgehen. Auch weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines leitenden Angestellten, der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsplatz einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbstständigen (BSG 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#) aaO).

Entsprechendes gilt für die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen, die der Kläger nach seinem Vortrag ausübt (Einstellung und Entlassung von Personal). Denn diese sind für einen leitenden Angestellten ebenfalls typisch. Im Übrigen erscheint auch lebensfremd, dass die weiteren 20 Mitarbeiter auf eine Kontrolle und Rechenschaftspflicht des Klägers vollständig verzichten und ihm - zumindest nötigenfalls - keine Weisungen erteilen würden. Ein entsprechend neu gefasster Gesellschaftsbeschluss liegt nicht vor und erscheint auch unter Berücksichtigung der rechtlichen Vorgaben des GmbH-Gesetzes bzw des Handelsgesetzbuches zumindest fraglich (vgl. BSG 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-182).

Schließlich resultiert aus den eingegangenen Darlehen i.H.v. insgesamt 50.000,00 EUR sowie der weiteren selbstschuldnerischen Bürgschaft i.H.v. 50.000,00 EUR kein derart starkes unternehmerisches Risiko, dass hierdurch die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit gerechtfertigt ist. Zum einen ist der Einsatz privaten Vermögens auch bei abhängig Beschäftigten nicht unüblich. Eine Unternehmereigenschaft wird hierdurch allein nicht begründet (vgl BSG 19.08.2015, [B 12 KR 9/14 R](#), Die Beiträge Beilage 2016, 59; Senatsurteil vom 22.07.2014 - [L 11 R 4543/13](#); LSG Baden-Württemberg 07.05.2014, [L 4 KR 1024/13](#);). Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger die Darlehen mit 5 % bzw 6 % jährlich verzinst bekommt, was sein Risiko deutlich schmälert.

Damit überwiegen vorliegend die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung, weshalb nach einer Berücksichtigung und Abwägung der unterschiedlichen Merkmale nach dem Gesamtbild von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist.

Das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit kann der Kläger auch nicht auf andere Gründe stützen, insbesondere nicht auf Vertrauensschutz.

Der Senat lässt offen, ob sich aus den Vorgängen während der Betriebsprüfung im Herbst 2010 durch die Beklagte objektive Anknüpfungspunkte für eine Vertrauensbildung im Sinne eines Vertrauensstatbestands ergeben. Denn neben der Vertrauensbildung setzt die Gewährung von Vertrauensschutz eine tatsächliche Vertrauensbetätigung voraus (BSG 22.04.1998, [B 9 V 20/97 R](#), SozR 3-3200 § 81 Nr 15

unter Hinweis auf BVerwG 28.10.1983, [8 C 91/82](#), [BVerwGE 68, 159](#) (164)), an der es vorliegend fehlt.

Vertrauensschutz im Bereich der Verwaltung hat nicht nur im Rahmen der Rücknahme oder des Widerrufs von Verwaltungsakten (zB [§ 45 SGB X](#), [§§ 48, 49](#) Verwaltungsverfahrensgesetz) Bedeutung, sondern ist allgemein Ausfluss des Rechtsstaatsgebots; insbesondere kann ungeachtet der wirklichen Rechtslage Vertrauensschutz zu gewähren sein, wenn unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit nach Abwägung der Belange des Allgemeinwohls mit den Interessen des einzelnen diesen der Vorrang gebührt (vgl BSG 22.04.1998, [B 9 V 20/97 R](#), [SozR 3-3200 § 81 Nr 15](#) unter Hinweis auf [BVerfGE 59, 128](#) (166) und [BSGE 53, 22](#) (27)).

In den Betriebsprüfungsbescheiden vom 20.11.2006 und 07.12.2010 wurden Feststellungen zum Status des Klägers nicht getroffen. Schweigen kommt zwar grundsätzlich keine Rechtsbedeutung zu, jedoch hat vorliegend die Prüferin L. im Zuge der Betriebsprüfung im Herbst 2010 das Statusverhältnis des Klägers thematisiert, als klärungsbedürftig angesehen und in der Folge explizit den Anstellungsvertrag des Klägers angefordert, um die Betriebsprüfung abschließen zu können (Bl 72/73 SG-Akte). Der Senat erachtet den Vortrag des Klägers diesbezüglich für zutreffend und wahr, weshalb die beantragte Vernehmung des Steuerberaters F. als Zeuge unterbleiben konnte. Sodann hat die Beklagte im Bescheid vom 07.12.2010 keine Feststellungen über das Bestehen oder Nichtbestehen von Versicherungspflicht des Klägers getroffen.

Nach der Rechtsprechung des BSG, der sich der Senat anschließt, gilt im Grundsatz, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus Betriebsprüfungen, bei denen es zunächst keine Beanstandungen gab, sich später jedoch herausstellte, dass die Versicherungs- und/oder Beitragspflicht von Mitarbeitern vom geprüften Arbeitgeber schon im Prüfzeitraum unzutreffend beurteilt worden, dieses im Rahmen der Betriebsprüfung aber nicht aufgefallen war, keine weitergehenden Rechte herleiten können, weil Betriebsprüfungen unmittelbar im Interesse der Versicherungsträger und mittelbar im Interesse der Versicherten nur den Zweck haben, die Beitragsentrichtung zu einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu sichern (BSG 30.10.2013, [B 12 AL 2/11 R](#), [BSGE 115, 1](#), SozR 4-2400 § 27 Nr 5 Rn 24 mwN). Eine Betriebsprüfung besagt nur, welches versicherungsrechtliche Ergebnis aus dem geprüften Sachverhalt hervorgeht, weshalb Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Recht haben, gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) rechtzeitig eine Entscheidung der Beitragseinzugsstelle über die Versicherungs- und Beitragspflicht des Arbeitnehmers in Form eines Verwaltungsaktes herbeizuführen oder, wie vorliegend geschehen, das Anfrageverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) durchzuführen (vgl BSG 30.10.2013, [B 12 AL 2/11 R](#), [BSGE 115, 1](#), SozR 4-2400 § 27 Nr 5; 29.07.2003, [B 12 AL 1/02 R](#), [SozR 4-2400 § 27 Nr 1](#) unter Hinweis auf BSG SozR 2400 § 2 Nr 3 und BSG [SozR 3-2400 § 26 Nr 7](#)). Die von der Klägerseite angeführte Entscheidung des Bayerischen LSG v 07.10.2011, [L 5 R 613/11 B ER](#), [NZS 2012, 280](#) ist nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, da es dort um einen zweiten Betriebsprüfungsbescheid nach [§ 28p SGB IV](#) ging, dem ein zuvor ergangener bestandskräftiger Beitragsprüfungsbescheid über den selben Prüfzeitraum gegenüberstand.

Ob vorliegend eine Fallgestaltung vorliegt, bei der ein Abweichen von den aufgezeigten Grundsätzen angezeigt und ein objektiver Vertrauenstatbestand anzuerkennen ist, kann offenbleiben, da Vertrauensschutz nur in Betracht kommt, wenn sowohl tatsächlich Vertrauen im Hinblick auf eine konkrete Fallgestaltung gebildet als auch in der Folge betätigt worden ist (BSG 22.04.1998, [B 9 V 20/97 R](#) aaO, vgl auch BSG 5.11.1997, [9 RV 20/96](#), [BSGE 81, 156](#), SozR 3-1300 § 45 Nr 37). Betätigung in diesem Sinne meint ein sog Ins-Werk-Setzen des Vertrauens, dh der Betreffende muss sich darauf eingerichtet haben, ggf entsprechende Dispositionen getroffen haben (BVerwG 28.10.1983, [8 C 91/82](#), [BVerwGE 68, 159](#); 15.04.1983, [8 C 170/81](#), [BVerwGE 67, 129](#), DÖV 1983, 941 jeweils mwN). Da der Kläger nur 4 Monate nach Erlass des Bescheids vom 07.12.2010 selbst beantragt hat, seinen versicherungsrechtlichen Status zu klären, hat er nach außen deutlich zu erkennen gegeben, dass er sich gerade nicht auf dem von ihm vorgebrachten Vertrauen eingerichtet hat; er hat offenbar nicht darauf vertraut, dass die Beklagte bereits im Bescheid vom 07.12.2010 stillschweigend eine selbständige Tätigkeit festgestellt hat, sondern er hat selbst Klärungsbedarf gesehen. Eine andere rechtliche Bewertung ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass der Kläger in der Vergangenheit - vor der Betriebsprüfung 2010 - bereits Aufwendungen für eine private Alters- und Krankenvorsorge erbracht hat. Dieser Umstand stellt weder ein wesentliches Indiz für eine selbständige Tätigkeit dar, begründet auch nicht für sich einen Vertrauensschutztatbestand, der der Beklagten zuzurechnen wäre, noch kann aus Handlungen der Vergangenheit eine Vertrauensbetätigung für den späteren Zeitraum nach einer etwaigen Vertrauensbildung im Dezember 2010 hergeleitet werden.

Vertrauensschutz ist daher nach Auffassung des Senats nicht zu gewähren. Die Beklagte hat ihre Befugnis zur Feststellung des versicherungsrechtlichen Status des Klägers auch nicht verwirkt (vgl dazu etwa BSG 11.08.2015, [B 9 SB 2/15 R](#), SozR 4-1300 § 48 Nr 31 Rn 22).

Die Versicherungspflicht tritt mit dem Beginn der Beschäftigung am 01.10.2004 ein. Die Voraussetzungen für einen späteren Eintritt nach [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) sind vorliegend nicht erfüllt. Nach dieser Vorschrift tritt, soweit der Antrag nach [§ 7a Abs 1 SGB IV](#) innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wird und die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis feststellt, die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte zustimmt und er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht. Vorliegend fehlt es schon daran, dass der Antrag nicht innerhalb von drei Monaten nach Beginn der Beschäftigung im Oktober 2004 gestellt wurde, sondern erst am 11.04.2011.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs 2 Nr 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-04-27