L 8 R 125/14

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 61 R 2176/11
Datum
13.12.2013
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 125/14
Datum
03.09.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 13.12.2013 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 17.5.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.10.2011 wird aufgehoben, soweit mit diesem festgestellt wird, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) seit dem 1.10.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger dessen erstattungsfähige außergerichtliche Kosten im erstinstanzlichen Verfahren im Umfang von 3/8 zu erstatten. Im Berufungsrechtszug findet eine Kostenerstattung zwischen den Beteiligten nicht statt. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens (§ 7a Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch [SGB IV]) über die Versicherungspflicht des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung im Zeitraum vom 1.10.2010 bis zum 9.8.2012.

Der am 00.00.1967 geborene Kläger war in der Zeit vom 15.8.2007 bis zum 30.9.2010 als Einzelunternehmer - nach eigener Darstellung - im Bereich der Erstellung und des Vertriebs softwaregesteuerter Anwendungen im Bereich Mobile Computing sowie der Entwicklung von Applikationen tätig.

Mit notariellem Vertrag vom 12.8.2010 wurde die Beigeladene zu 1) gegründet und am 7.10.2010 in das Handelsregister des Amtsgerichts I (HRB 000) eingetragen. Der Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 1) vom 12.8.2010 enthält auszugsweise folgende Regelungen:

"§ 1
Firma und Sitz

1. Der Name der Gesellschaft lautet: 2. Q GmbH 3. ( ).

§ 2
Gegenstand des Unternehmens

Gegenstand des Unternehmens ist die Erstellung und der Vertrieb von softwaregesteuerten Anwendungen im Bereich Mobile Computing sowie die Entwicklung von Applications im Business Bereich (B2B) und von intelligenten Informationsworkflows im Zusammenhang mit Applications.

(...).

§ 3
Stammkapital und Einlagen

1. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 100.000,00 ( )

2. Die Einlagen wurden wie folgt übernommen: EUR 55.000,00 (Geschäftsanteil Nr. 1) von der Firma B Unternehmensgruppe GmbH, P-ring 003, X (HRB 000 AG X),

EUR 30.000,00 (Geschäftsanteil Nr. 2) von Herrn G Q, geb. am 00.00.1967, B, I,

EUR 15.000,00 (Geschäftsanteil Nr. 3) von Herrn S Q, geb. am 00.00.1955, S-str. 00, X.

Die Einlagen sind in voller Höhe sofort in Geld zu leisten.

§ 5
Geschäftsführung

1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten. Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, so vertritt dieser die Gesellschaft allein.

2. Einzelnen Geschäftsführern kann durch Gesellschafterbeschluss das Alleinvertretungsrecht eingeräumt werden

3. Der oder die Geschäftsführer können durch Gesellschafterbeschluss auch von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden.

4. Im Innenverhältnis unterliegen die Geschäftsführer den Bedingungen und Beschränkungen ihres Anstellungsvertrages und den ihnen von der Gesellschafterversammlung erteilten Weisungen.

5. Die Gesellschafterversammlung kann jederzeit durch einfachen Beschluss einen Katalog von Rechtshandlungen (Geschäftsordnung) aufstellen, zu deren Vornahme die Geschäftsführer der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder einer durch die Gesellschafterversammlung bestimmten Person oder eines Gremiums bedürfen, ohne dass es hierzu einer Änderung des Gesellschaftsvertrages bedarf.

§ 6
Beschlüsse der Gesellschafterversammlung

1. Die Beschlüsse der Gesellschafter erfolgen mit einfacher Mehrheit, soweit nicht dieser Vertrag oder das Gesetz eine andere Mehrheit vorschreiben.

2. Auf je EUR 50,00 Geschäftsanteile entfällt eine Stimme.

3. (...)."

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages der Beigeladenen zu 1) Bezug genommen.

Bei der Inhaberin des Geschäftsanteils Nr. 1 handelt es sich um eine als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) verfasste Unternehmensgruppe, in der Einzelunternehmen der Kommunikations- und Medienbranche organisiert sind. Geschäftsanteile an dieser Gesellschaft hält der Kläger nicht.

Mit Beschluss vom 12.8.2010 wurde der Kläger neben Herrn D B zum einzelvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreiten Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) berufen. Mit Beschluss desselben Datums beschloss die Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1) eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer, auf deren Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird.

Unter dem 24.9.2010 schlossen der Kläger und die Beigeladene zu 1) einen als solchen bezeichneten Geschäftsführervertrag (Anstellungsvertrag), der auszugsweise folgende Regelungen enthält:

"§ 1
Aufgaben und Pflichten

1. G Q ist zum Geschäftsführer der Gesellschaft berufen worden. Er vertritt die Gesellschaft mit einem anderen Geschäftsführer oder einem Prokuristen.

2. Der Geschäftsführer führt die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, dieses Vertrages und des Gesellschaftervertrages der Gesellschaft sowie der Geschäftsordnung der Gesellschaft.

§ 2
Interne Beschränkung der Vertretungsbefugnis

Der Geschäftsführer bedarf zu den in der Geschäftsordnung aufgeführten Maßnahmen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

§ 3
Vertragsdauer

1. Der Geschäftsführervertrag beginnt am 1. Oktober 2010 und wird auf unbefristete Zeit abgeschlossen. Er kann jederzeit mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines jeden Monats gekündigt werden.

2. Die Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

3. Der Geschäftsführervertrag endet spätestens, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des Monats, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet.

4. Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, den Geschäftsführer unter Weiterzahlung seiner Bezüge und unter Anrechnung auf etwaige Resturlaubsansprüche für den Zeitraum zwischen dem Datum der Erklärung und dem Datum der Wirksamkeit der Kündigung jederzeit zu beurlauben.

5. Die Bestellung zum Geschäftsführer kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung jederzeit widerrufen worden, unbeschadet der Entschädigungsansprüche des Geschäftsführers aus diesem Vertrag. Der Widerruf gilt als Kündigung des Geschäftsführervertrages zum nächstmöglichen Termin. Solange der Geschäftsführer Gesellschafter der Gesellschaft ist, hat die Gesellschafterversammlung das vorgenannte Recht nicht.

§ 4
Dienstzeit

Der Geschäftsführer verpflichtet sich, seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen und im Falle der Erforderlichkeit auch über die betriebsübliche Arbeitszeit hinaus zu arbeiten. Der Geschäftsführer ist in der Wahl seiner Arbeitszeit und des Arbeitsortes frei. Der Geschäftsführer entscheidet dieses nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft.

§ 5
Nebentätigkeiten

1. Der Geschäftsführer verpflichtet sich, nicht gleichzeitig für ein anderes Unternehmen tätig zu sein. Die Übernahme einer auf Erwerb gerichteten Nebentätigkeit ist nur mit vorheriger ausdrücklicher schriftlicher Genehmigung der Gesellschafterversammlung möglich. Das gleiche gilt für die Übernahme von Aufsichtsrats- und ähnlichen Mandaten.

2. Dem Geschäftsführer wird hiermit ergänzend zu Ziffer 1 ausdrücklich erlaubt, sein bestehendes Gewerbe (G Q P4-Projektmanagement) zur Pflege von Altkunden fortführen zu dürfen. Er verpflichtet sich, dieses Gewerbe bis zum 31.12.2010 einzustellen.

3. Der Geschäftsführer bedarf zu Vorträgen, Aufsätzen oder sonstigen Veröffentlichungen, sofern durch diese die Interessen der Gesellschaft berührt werden können, der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Gesellschafterversammlung.

4. (...).

§ 6
Berichtswesen

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, in Zusammenarbeit mit den anderen Geschäftsführern der Gesellschaft monatlich schriftlich über die Situation zu berichten. Der Bericht hat insbesondere folgende Punkte zu enthalten: Vorräte, Verkäufe, Gewinn und Verlust, Personalkosten, Forderungen und Verbindlichkeiten. Der Bericht ist bis zum 15. des Folgemonats vorzulegen.

§ 7
Bucheinsicht

Der Geschäftsführer hat den Gesellschaftern oder deren Beauftragten (die Beauftragten müssen Steuerberater und/oder Wirtschaftsprüfer sein) jederzeit Einsicht in die Bücher der Gesellschaft zu gewähren.

§ 8
Diensterfindungen

Bei Diensterfindungen im Sinne des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen, die der Geschäftsführer während der Dauer des Geschäftsführervertrages macht, gelten die Vorschriften dieses Gesetzes in der Zeit der Inanspruchnahme geltenden Fassung.

§ 10
Bezüge

1. Der Geschäftsführer erhält ein jährliches Einkommen von 84.000,00 EUR, fällig in zwölf monatlichen Teilbeträgen am Monatsende. Ab dem zweiten Beschäftigungsjahr erhöhen sich die jährlichen Bezüge auf 90.000,00 EUR.

2. Außerdem erhält der Geschäftsführer eine Gewinntantieme von 15% vom jährlich ausgewiesenen Jahresüberschuss der Gesellschaft vor Abzug der Körperschaft- und Gewerbesteuer und sonstiger Steuern vom Einkommen oder Ertrag. Beträgt die Bemessungsgrundlage weniger als 25.000,00 EUR wird keine Tantieme berechnet. Das gleiche gilt, wenn das Stammkapital durch Verlustvorträge nicht voll eingezahlt ist. Für die Berechnung des Jahresüberschusses ist ausschließlich die durch Gesellschafterbeschluss festgestellte Handelsbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung maßgeblich.

Die Tantieme wird mit der Genehmigung der Bilanz durch die Gesellschafterversammlung fällig. Die Gesellschaft ist, soweit dadurch ihre Liquidität nicht unangemessen beeinträchtigt wird, auf Verlangen des Geschäftsführers verpflichtet, auf die Gewinntantieme angemessene Vorschüsse zu zahlen.

Ein Anspruch auf Tantieme besteht nur insoweit, als eine angemessene Verzinsung des Stammkapitals gewährleistet ist.

3. Mit der Gesamtvergütung sind Mehr-, Sonder- und Feiertagsarbeit abgegolten.

4. Die Lohnsteuer ist vom Geschäftsführer zu tragen.

§ 11
Bezüge bei Krankheit

Bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit, die durch Krankheit oder aus einem anderen von dem Geschäftsführer nicht zu vertretenden Grund eintritt, besteht Anspruch auf Fortzahlung der Arbeitsvergütung bis zur Dauer von 6 Wochen nach den gesetzlichen Bestimmungen. Die Arbeitsverhinderung ist dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. Außerdem ist vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Erkrankung eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer vorzulegen.

§ 12
Erholungsurlaub

Der Geschäftsführer erhält kalenderjährlich einen Urlaubsanspruch von 30 Werktagen (Samstage ausgenommen). Die Urlaubszeiten sind mit den Geschäftsführern abzustimmen.

§ 13
Dienstwagen

Die Gesellschaft stellt dem Geschäftsführer einen Dienstwagen zur Verfügung (Kategorie VW-Passat), der auch für private Zwecke genutzt werden darf. Die Versteuerung des privaten Anteils trägt der Geschäftsführer.

§ 14
Auslagenerstattung

Die Auslagenerstattung erfolgt nach den Richtlinien der Gesellschaft. Soweit derartige Richtlinien noch nicht vorhanden sein sollten, gelten die jeweils gültigen Richtlinien.

... "

Mit bei der Beklagten am 19.1.2011 eingegangenem Schreiben beantragte der Kläger die Klärung seines sozialversicherungspflichtigen Status. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Formularantrages Bezug genommen.

Mit Bescheid vom 17.5.2011 traf die Beklagte gegenüber der Beigeladenen zu 1) sowie mit weiterem Bescheid vom "17. Juni 2011" gegenüber dem Kläger Feststellungen zu dessen sozialversicherungsrechtlichem Status. Der Verfügungssatz des an den Kläger gerichteten Bescheides enthält folgenden Wortlaut:

"( ) die Prüfung des versicherungsrechtlichen Status hat ergeben, dass die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der P4 Mobile Media GmbH seit dem 1.10.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird.

Die Versicherungspflicht beziehungsweise Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht entsprechend der Anmeldung."

Zur Begründung führte die Beklagte aus: Maßgebliches Abgrenzungskriterium der Beschäftigung von anderen Vertragsverhältnissen sei der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in welcher der zur Dienstleistung Verpflichtete agiere. Beschäftigter sei, wer seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringe. Diese Eingliederung in eine fremde Organisation werde auch durch ein Weisungsrecht des Vertragspartners vermittelt, welches Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen könne. Insbesondere bei Diensten höherer Art könne diese Weisungsgebundenheit zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Eine selbständige Tätigkeit werde hingegen durch die freie Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft, die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie dem Vorliegen eines unternehmerischen Risikos gekennzeichnet.

Bei der Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH sei nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) wesentlich, ob der Geschäftsführer kraft seines Anteils am Stammkapital der Gesellschaft maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben könne. Bei einer gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung der Stimmrechte nach der Höhe der Geschäftsanteile habe einen solchen Einfluss derjenige Geschäftsführer, der über einen Anteil am Stammkapital verfüge, der für Beschlüsse der Gesellschafter eine Stimmenmehrheit gewährleiste. Entsprechendes gelte für einen Geschäftsführer, der aufgrund besonderer gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen Beschlüsse der Gesellschafter verhindern könne.

Nach diesen Maßstäben werde der Kläger für die Beigeladene zu 1) im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses tätig. Beschlüsse ihrer Gesellschafterversammlung würden nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen mit einfacher Mehrheit gefasst. Da der Kläger mit (lediglich) 30% an dem Stammkapital der Beigeladenen zu 1) beteiligt sei, könne er deren Geschicke nicht maßgeblich beeinflussen. Für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses spreche zudem der Abschluss eines gesonderten Arbeitsvertrages, der die Mitarbeit des Klägers in der Gesellschaft regle. Nach der gebotenen Gesamtwürdigung aller abwägungsrelevanter Kriterien komme den zugunsten einer selbständigen Tätigkeit sprechenden Merkmalen, namentlich der Befreiung von dem Selbstkontrahierungsverbot (§ 181 BGB) und der Befugnis des Klägers zur Alleinvertretung keine überwiegende Bedeutung zu.

Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger am 16.6.2011 im Wesentlichen mit der Begründung Widerspruch, er habe nach der Gründung der Beigeladenen zu 1) im Wesentlichen dieselben Dienstleistungen fortgeführt, die er bereits zuvor in eigener Verantwortung als

Einzelunternehmer auf dem Markt angeboten habe. Tatsächlich leite er die Geschicke der Beigeladenen zu 1) maßgeblich. Ohne sein Wissen und Know-how sei sie in dem Bereich der Herstellung von Applikationen für iPhone und iPad nicht handlungsfähig. Er bestimme seine Arbeitszeit individuell und gestalte seine Tätigkeit ihrem Inhalt nach, ohne jemandem gegenüber Rechenschaft ablegen zu müssen. Er verfüge über einen eigenen Firmensitz in seinem privaten Reihenhaus. Da der weitere Geschäftsführer B in die Geschicke der Beigeladenen zu 1) nicht eingeweiht sei, bilde er den Kopf des Unternehmens.

Mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 4.10.2011 wies die Beklagte die Widersprüche des Klägers und der Beigeladenen zu 1) unter Vertiefung der Ausführungen der Ausgangsbescheide zurück.

Am 4.11.2011 hat der Kläger zur Niederschrift vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle Klage zum Sozialgericht (SG) Dortmund erhoben. Obgleich er zum Zeitpunkt der beantragten Statusklärung nicht über eine Mehrheit am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) oder eine Sperrminorität verfügt habe, sei nach den Gesamtumständen nicht von dem Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses zur Beigeladenen zu 1) auszugehen. Er - der Kläger - habe das Unternehmen als Einzelfirma erfolgreich über Jahre betrieben. Durch die bloße Kapitalbeteiligung der hinzugetretenen Gesellschafter habe sich die Unternehmensführung in tatsächlicher Hinsicht nicht verändert, weshalb auch ihn betreffende Weisungen der übrigen Gesellschafter in der Praxis nicht erfolgten.

Entgegen der Beurteilung der Beklagten treffe ihn auch ein unternehmerisches Risiko. Tatsächlich erhalte er ein monatliches Festgehalt i.H.v. 7.000 EUR. Allerdings mache diese regelmäßige Vergütung lediglich einen Bruchteil des zu erwartenden Gewinns der Beigeladenen zu 1) aus. Insgesamt seien die vertraglichen Vergütungsstrukturen mit einem leitenden Angestellten, der lediglich Anspruch auf eine Tantieme habe, nicht vergleichbar.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG hat die Beklagte den "Bescheid vom 17.5.2011 und vom 17.6.2011" in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 4.10.2011 hinsichtlich der in diesen festgestellten Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung aufgehoben.

Der Kläger hat daraufhin noch beantragt,

die Bescheide vom 17.5.2011 und 17.6.2011 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 4.10.2011 aufzuheben und festzustellen, dass die Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) im Zeitraum vom 1.10.2010 bis zum 10.7.2012 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Arbeitsförderungsrecht unterliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat zur Begründung auf den Inhalt des angefochtenen Bescheides Bezug genommen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Mit Gesellschafterbeschluss vom 11.7.2012 ist § 6 Ziffer 1 des Gesellschaftsvertrages der Beigeladenen zu 1) vom 12.8.2010 geändert worden. Seither werden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von mindestens ¾ (75 %) aller in der Gesellschaft vorhandenen Stimmen gefasst. Die Änderung des Gesellschaftsvertrages ist am 10.8.2012 in das Handelsregister eingetragen worden. Mit Bescheid vom 17.6.2013 hat die Beklagte daraufhin festgestellt, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) ab dem 10.8.2012 nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird und seither keine Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung besteht. Unter dem 20.6.2013 hat die Beklagte unter Übersendung einer Ausfertigung des Bescheides vom 17.6.2013 ein - von dem Kläger nicht angenommenes - Teilanerkenntnis abgegeben, wonach der Kläger seit dem 11.7.2012 in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer nicht abhängig beschäftigt sei und keine Versicherungspflicht in der Sozialversicherung bestehe.

Die weitergehende Klage hat das SG mit Urteil vom 13.12.2013 abgewiesen. Der Kläger habe in dem Zeitraum vor der am 11.7.2012 beschlossenen Änderung des Gesellschaftsvertrages der Beigeladenen zu 1) aufgrund seines Anteils an deren Stammkapital von 30% nicht über die Rechtsmacht verfügt, ihm unangenehme Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Soweit ihm im Geschäftsführervertrag die Ausgestaltung der Arbeitszeit und des Arbeitsort freigestellt worden sei, folge diese Lockerung der Weisungsdichte dem Umstand, dass es sich bei der streitigen Tätigkeit des Klägers um eine solche höherer Art gehandelt habe, bei der das arbeitgeberseitige Weisungsrecht von vornherein eingeschränkt und zu einer dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sei. Einzelfallbezogene Umstände, die abweichend vom Regelfall die Bindung an das Willensbindungsorgan der Beigeladenen zu 1), der Gesamtheit der Gesellschafter, ausschlössen und folglich einer für ein Beschäftigungsverhältnis typischen Abhängigkeit von der Beigeladenen zu 1) entgegenstünden, seien nicht gegeben. Auf die weiteren Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihm am 20.1.2014 zugestellte Urteil hat der Kläger am 13.2.2014 schriftlich Berufung eingelegt. Zur Begründung wiederholt und vertieft er sein erstinstanzliches Vorbringen. Er sei der Einzige im Unternehmen, der über das Know-how verfügt habe, Applikationen für Smartphones zu entwickeln. In der gesamten Unternehmensgruppe, welcher die Beigeladene zu 1) angehöre, bestehe eine entsprechende Qualifikation nicht. Er sei auch nicht in eine betriebliche Organisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert. Soweit das SG ausschließlich auf die abstrakte Rechtsmacht abstelle, führe dies dazu, dass für die vom BSG anerkannten Ausnahmen kein Raum bleibe. Auch die Vereinbarung eines festen Gehalts, eines Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Erkrankungsfall, eines Anspruchs auf bezahlten Urlaub und die Bereitstellung eines Dienstwagens sprächen nicht für eine abhängige Beschäftigung, sondern lediglich für eine typische gesellschaftsrechtliche Struktur. Im Übrigen habe die vereinbarte Tantieme einen erheblichen Umfang, weshalb der Kläger insoweit auch am Risiko der Gesellschaft beteiligt gewesen sei. Schließlich spreche gerade der Umstand, dass zum 10.8.2012 eine wesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen worden sei, dafür, dass die Beteiligten auch zuvor eine entsprechende Regelung gewollt hätten.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 13.12.2013 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 17.5.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.10.2011 festzustellen, dass der Kläger wegen seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1.10.2010 bis zum 9.8.2012 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,
hilfsweise,
die Revision zuzulassen.

Sie tritt dem Berufungsvorbringen entgegen und verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Der Senat hat den Kläger im Rahmen des Termins zur mündlichen Verhandlung persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses wird auf die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung Bezug genommen. Anlässlich dieses Termins hat der Senat zudem festgestellt, dass das auf dem an den Kläger gerichteten Bescheid vermerkte Erlassdatum "17. Juni 2011" auf einem Schreibfehler beruht. Tatsächlich ist dieser Bescheid dem Kläger bereits am 19.5.2011 zugegangen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung sind Vertreter der Beigeladenen zu 2) bis 5) trotz ordnungsgemäßer Terminsmitteilung nicht erschienen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte und den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten. Diese sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 5) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit ordnungsgemäßen Terminsmitteilungen auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG Dortmund vom 13.12.2013 ist zulässig. Sie ist gem. §§ 143, 144 SGG statthaft und am 13.2.2014 form- und fristgerecht innerhalb eines Monats nach - der am 20.1.2014 bewirkten - Zustellung der vollständig abfassten Entscheidung bei dem erkennenden Gericht eingelegt worden (§ 151 Abs. 1, Abs. 3 SGG).

Die Berufung ist jedoch nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 17.5.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.10.2011. Der Bescheid vom 17.6.2013 ist nicht vom gerichtlichen Prüfungsprogramm erfasst, da sich dessen zeitlicher Geltungsanspruch dem von dem vorliegenden Rechtsstreit erfassten Zeitraum anschließt und die Regelungswirkung des Bescheides vom 17.5.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.10.2011 lediglich begrenzt. Soweit der Kläger im Berufungsrechtszug in Erweiterung des erstinstanzlich auf den Zeitraum bis zum 10.7.2012 beschränkten Antrags die Feststellung begehrt, er unterliege der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht lediglich bis zum Tag des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1) über die Änderung des § 6 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages, sondern bis zum 9.8.2012, dem Tag der Eintragung der Satzungsänderung in das Handelsregister als dem Zeitpunkt des rechtlichen Wirksamwerdens des entsprechenden Änderungsbeschlusses (§ 54 Abs. 3 des Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung [GmbHG]), ist die hierin liegende Klageänderung auch im Berufungsverfahren sachdienlich und daher gemäß § 153 Abs. 1 i.V.m. § 99 Abs. 1 Altern. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig.

Der Bescheid der Beklagten vom 17.5.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.10.2011 ist insoweit rechtswidrig und daher aufzuheben, als die Beklagte isoliert festgestellt hat, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden ist (hierzu nachfolgend 1.). Im Übrigen ist der Bescheid, wie das SG zutreffend entschieden hat, rechtmäßig und die auf Feststellung der Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung gerichtete Klage unbegründet. (hierzu nachfolgend 2.).

1. Der Bescheid der Beklagten vom 17.5.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.10.2011 beschwert den Kläger i.S.d. § 54 Abs. 2 SGG, soweit mit diesem festgestellt worden ist, dass der Kläger die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hat.

Für die isolierte Feststellung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses mangelt es an einer hierfür erforderlichen Ermächtigungsgrundlage.

Gemäß § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil v. 11.3.2009, B 12 R 11/07 R, SozR 4-2400 § 7a Nr. 2; Urteil v. 4.6.2009, B 12 R 6/08 R, USK 2009-72) ist innerhalb des - dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegenden - Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV eine isolierte Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV nicht zulässig, da das Tatbestandsmerkmal des (Nicht-) Vorliegens einer Beschäftigung einer isolierten Bestätigung durch einen - feststellenden - Verwaltungsakt (§ 31 Satz 1 SGB X) grundsätzlich nicht zugänglich ist. Der erkennende Senat ist dieser - auf den Wortlaut des § 7a Abs. 1 SGB IV, dessen Sinn und Zweck, seiner systematischen Stellung und seiner Entstehungsgeschichte gestützten Auslegung - bereits gefolgt (Urteil v. 18.12.2013, L 8 R 683/13, juris) und hält weiterhin an dieser fest.

2. Der Kläger hat im Zeitraum vom 1.10.2010 bis zum 9.8.2012 in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung der Versicherungspflicht (§ 1 S. 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch [SGB VI], § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch [SGB III]).

Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, 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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, B 12 KR 17/11 R, juris; Urteil v. 30.4.2013, B 12 KR 19/11 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; Urteil v. 25.4.2012, B 12 KR 24/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v.11.3.2009, B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, a.a.O., juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R, USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen 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 gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, B 12 R 17/09 R, juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, L 8 (16) R 55/08, juris).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG, Urteil v. 4.7.2007, B 11a AL 5/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 8 m.w.N.). Der Geschäftsführer einer GmbH ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (BSG, Urteil v. 6.3.2003, B 11 AL 25/02 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 1 m.w.N.). Insoweit ist von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil v. 8.8.1990, 11 RAr 77/89, SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; BSG, Urt. v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R, juris, Rn. 23). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, Urteil v. 6.2.1992, 7 RAr 134/90, SozR 3-4100 § 104 Nr. 8). Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob der Einfluss des Geschäftsführers auf die Willensbildung der GmbH aufgrund besonderer Einzelfallumstände unabhängig von seiner Gesellschafterstellung so erheblich ist, dass ihm gegenüber nicht genehme Beschlüsse und jede Weisung ausgeschlossen sind und er die Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen, d.h. frei schalten und walten kann. Dann ist eine persönliche Abhängigkeit auch bei Diensten höherer Art zu verneinen, weil die Gesellschafter tatsächlich keinerlei Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen und sich der Geschäftsführer nur in der von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebes einfügt (BSG, Urteil v. 14.12.1999, B 2 U 48/98 R, USK 9975; BSG, Urteil v. 11.2.1993, 7 RAr 48/92, USK 9347; vgl. insgesamt: Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11, juris). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat der Senat nach Auswertung und Abwägung sämtlicher für die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung relevanter Indizien die Überzeugung gewonnen, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1.10.2010 bis zum 9.8.2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden ist.

Ausgangspunkt der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit ist der zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) geschlossene Geschäftsführervertrag vom 24.9.2010. Dieser Vertrag trägt seinem Inhalt nach wesentliche arbeitsvertragliche Züge. So hat der Kläger Anspruch auf eine regelmäßige Vergütung (§ 10 Abs. 1 des Anstellungsvertrages), einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 11 des Anstellungsvertrages) und auf die Bereitstellung eines Dienstwagens (§ 13 des Anstellungsvertrages). Auch der in § 14 des Anstellungsvertrages vereinbarte Anspruch des Klägers auf Erstattung seiner Auslagen spiegelt ein typisches arbeitsvertragliches Regelungselement wider. Dieser Beurteilung steht auch § 4 Satz 2 des Anstellungsvertrages nicht entgegen, soweit dieser dem Kläger das Recht vermittelt, über die Wahl der Arbeitszeit und des Arbeitsortes frei zu bestimmen. Diese gelockerte Weisungsdichte ist bei Personen, die - wie der zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) berufene Kläger - Dienste höherer Art ausüben, in der Lebenswirklichkeit nicht unüblich.

Auf dieser vertraglichen Grundlage ist der Kläger ab dem 1.10.2010 in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Beigeladenen zu 1) tatsächlich tätig geworden. Bei dieser Tätigkeit war er umfassend in den Betrieb und folglich in eine ihm vorgegebene Organisation eingegliedert (vgl. BSG, Urteil v. 4.6.1998, B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 17 m.w.N.).

Hierbei unterlag der Kläger einem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, da allein Letzterer die insoweit maßgebliche abstrakte Rechtsmacht zustand.

In dem zwischen den Beteiligten noch streitbefangenen Zeitraum bis zum Wirksamwerden der am 11.7.2012 von der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 1) beschlossenen und am 10.8.2012 in das Handelsregister eingetragenen Änderung des § 6 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages erfolgten Beschlüsse innerhalb der Gesellschafterversammlung grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei auf 50,00 EUR Gesellschaftsanteil eine Stimme entfielen. Der Kläger war hiernach kraft seines Anteils am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) nicht in der Lage, ihn betreffende Beschlüsse jederzeit wirksam zu verhindern, da er lediglich über einen Anteil von 30% am Stammkapital der Gesellschaft verfügte. Ein maßgeblicher Einfluss liegt regelmäßig erst vor, wenn der Geschäftsführer einen Anteil von mindestens 50 % des Stammkapitals innehat und damit Einzelweisungen an sich als Geschäftsführer im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4 m.w.N.).

Der Kläger verfügte auch nicht über eine umfassende Sperrminorität, um ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern, was die Annahme einer abhängigen Beschäftigung ausschließen würde (BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8).

Schließlich sind keine besonderen einzelfallbezogenen Umstände gegeben, die abweichend vom Regelfall die Bindung des Klägers an das willensbildende Organ der Beigeladenen zu 1), d.h. die Gesamtheit der Gesellschafter ausschließen und damit einer für ein Beschäftigungsverhältnis typischen Abhängigkeit entgegenstehen könnten. Bei Geschäftsführern, die - wie der Kläger - weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügen, ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 8).

Solche besonderen Umstände sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommen worden, wenn die übrigen Gesellschafter tatsächlich ihre Gesellschafterrechte nicht wahrgenommen und in keiner Weise in die Betriebsführung eingegriffen haben und der Geschäftsführer wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken geführt hat, d.h. schalten und walten konnte, wie er wollte. Ein derart beherrschender Einfluss ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Geschäftsführern in Familiengesellschaften erwogen worden, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden war, die Geschäftsführertätigkeit durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt und es an der Ausübung der Gesellschafterrechte durch die Gesellschafter mangelte (BSG, Urteil v. 14.12.1999, B 2 U 48/98 R; BSG, Urteil v. 29.10.1986, 7 RAr 43/85; zurückhaltend hingegen BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 R 14/10 R). Unter diesem Gesichtspunkt liegt im vorliegenden Verfahren eine faktische Weisungsfreiheit des Klägers schon deshalb fern, da eine familiäre Verbundenheit zwischen den Gesellschaftern weder ersichtlich noch vorgetragen worden ist.

Entgegen der Annahme des Klägers ergibt sich eine faktische Weisungsfreiheit auch nicht aus seiner besonderen individuellen fachlichen Qualifikation. Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens ist die Annahme nicht gerechtfertigt, dass der Kläger innerhalb des Betriebs der Beigeladenen zu 1) nach "eigenem Gutdünken" frei schalten und walten kann. Gegen diese Beurteilung spricht bereits im Ansatz, dass neben ihm mit Herrn D B ein weiterer Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) bestellt worden ist, der gleichfalls über eine fachliche Qualifikation zum Dipl.-Betriebswirt verfügt. Der weitere Geschäftsführer hat nach dem Ergebnis der Befragung des Klägers durch den Senat Zugriff auf die maßgeblichen Informationen der Gesellschaft.

Jenseits dessen schließen die Regelungen des Anstellungsvertrages die von dem Kläger behauptete faktische Weisungsfreiheit aus. So ordnet etwa § 6 des Anstellungsvertrages eine Verpflichtung des Klägers zur monatlichen Berichterstattung über den Stand der Gesellschaft an, wobei neben dem turnusmäßigen Berichtstermin (15. des Folgemonats) die Berichtspflichten sogar in inhaltlicher Hinsicht konkretisiert worden sind (Vorräte, Verkäufe, Gewinn und Verlust, Personalkosten, Forderungen und Verbindlichkeiten). Dieses anstellungsvertraglich statuierte Berichtswesen wird nach den Feststellungen des Senats in der betrieblichen Wirklichkeit der Beigeladenen zu 1) auch tatsächlich praktiziert. So hat der Kläger anlässlich der Befragung durch den Senat erklärt, dass innerhalb der B Unternehmensgruppe ein einheitliches Berichtswesen etabliert sei, weshalb die monatlichen Lageberichte allen Geschäftsführern sowie dem weiteren Gesellschafter der Beigeladenen zu 1), Herrn Q, tatsächlich vorlägen. Diesen seien zudem die wöchentlichen Liquiditätsauswertungen zugänglich. Über den finanzpolitischen Bereich hinausgehend werde der weitere Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) bei der Bewältigung der tagespolitischen Aktivitäten nicht nur von allen wichtigen Mails in Kenntnis gesetzt; vielmehr erfolge in einem Turnus von etwa zwei Wochen eine telefonische Erörterung von Sachverhalten, die größere Bedeutung hätten. Berücksichtigt man schließlich, dass überdies in einem Abstand von etwa ein bis zwei Monaten ein Meeting am Sitz der Mehrheitsgesellschafterin stattfindet, wo nach den Erklärungen des Klägers unter anderem über Angebote, durchgeführte Kundenbesuche und den Realisierungsstand einzelner Projekte berichtet wird, liegt nach Überzeugung des Senats die Annahme, der Kläger könne innerhalb der Beigeladenen zu 1) faktisch weisungsfrei agieren, fern.

Für eine selbständige Tätigkeit des Klägers sprechende Gesichtspunkte sind nicht in einem Maße gegeben, dass diese im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung die für ein Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale überwögen.

Ein die selbständige Tätigkeit kennzeichnendes unternehmerisches Risiko des Klägers liegt nicht in einem wesentlichen Umfang vor. Nach den von dem BSG entwickelten Grundsätzen ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes sächlicher oder persönlicher Mittel also ungewiss ist (BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 m.w.N.). Dies ist jedoch nur dann ein Hinweis auf eine Selbständigkeit, wenn dem unternehmerischen Risiko größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen.

Der Kläger setzt seine Arbeitskraft nicht mit einem ungewissen Erfolg ein. Nach § 10 Abs. 1 des Anstellungsvertrages hat er Anspruch auf eine - von der Erfolgslage der Beigeladenen zu 1) unabhängige - Vergütung in Höhe von jährlich 84.000,00 EUR, ab dem zweiten Beschäftigungsjahr von 90.000,00 EUR. Soweit § 10 Abs. 2 des Anstellungsvertrages neben dieser Festvergütung einen Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Tantieme statuiert, folgt hieraus kein unternehmerisches Risiko, welches im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung die für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sprechenden Merkmale maßgeblich relativieren würde. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit der Gewährung einer Tantieme Bedeutung nur als (ein) Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen kann, jedoch nicht allein entscheidend ist (BSG, Urteil v. 29.8.2012 - B 12 KR 25/10 R, a.a.O.). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme auch an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die hier im Vordergrund stehende Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit eher gering (BSG, a.a.O.). Bei der Gewichtung der in § 10 Abs. 2 des Anstellungsvertrages enthaltenen Regelung zur Gewährung einer Tantieme für die Abwägung

zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit ist zunächst beachtlich, dass der Kläger nach Maßgabe des § 10 Abs. 1 des Anstellungsvertrages eine regelmäßige Grundvergütung in einer Höhe erhält, die dem erfolgsbasierten Vergütungselement eine insgesamt nur untergeordnete Bedeutung zukommen lässt. Bei der Gewichtung dieses Merkmals für die Gesamtabwägung aller für und gegen die Annahme einer Beschäftigung sprechender Indizien hat der Senat auch den Umstand berücksichtigt, dass dem Kläger in dem maßgebenden Zeitraum tatsächlich keine Tantieme zugeflossen ist. Aus den aktenkundigen Jahresabschlüssen der Beigeladenen zu 1) ist eine Zahlung von Tantiemen im streitbefangenen Zeitraum tatsächlich nicht dokumentiert.

Auch für die Gewährleistung der für die Ausübung der Tätigkeit als Geschäftsführer erforderlichen Mobilität muss der Kläger keinen Kapitaleinsatz leisten, der mit einem ungewissen Erfolgsrisiko verbunden ist. Nach den Regelungen des Anstellungsvertrages stellt die Beigeladene zu 1) dem Kläger einen Dienstwagen zur Verfügung, den er sogar für private Zwecke nutzen darf (§ 13 des Anstellungsvertrages). Da der Kläger schließlich nach Maßgabe des § 14 des Anstellungsvertrages Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen hat, ist eine ihn treffende Gefahr weitgehend ausgeschlossen, dass der Einsatz sonstiger Vermögenswerte einem Verlustrisiko ausgesetzt ist.

Die für eine selbständige Tätigkeit sprechende und in § 4 Satz 2 des Anstellungsvertrages - allerdings nur scheinbar - vertraglich gewährleistete Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitszeit rechtfertigt im Fall des Klägers ebenfalls nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. So schränkt § 4 Satz 1 des Anstellungsvertrages diese Dispositionsbefugnis des Klägers bereits wesentlich ein. Hiernach ist der Kläger nämlich verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen und im Falle der Erforderlichkeit auch über die betriebsübliche Arbeitszeit zu arbeiten.

Ein für eine selbständige Tätigkeit sprechendes eigenständiges Auftreten am Markt ist dem Kläger schließlich - jedenfalls ab dem 1.1.2010 - weitgehend versperrt. So bestimmt § 5 Abs. 2 des Anstellungsvertrages, dass es ihm zwar ausdrücklich erlaubt ist, sein bestehendes Gewerbe (G Q P4-Projektmanagement) zur Pflege von Alt-Kunden fortführen zu dürfen; zugleich enthält der Anstellungsvertrag jedoch die Verpflichtung des Klägers, dieses Gewerbe bis zum 31.12.2010 einzustellen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 des Anstellungsvertrages).

Die dem Kläger erteilte Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot (§ 181 BGB) ist in kleineren Gesellschaften nicht ungewöhnlich. Entsprechendes gilt für die dem Kläger mit Beschluss vom 12.8.2010 erteilte Einzelvertretungsbefugnis. Ohnehin kommt diesen Gesichtspunkten bei der Gesamtabwägung ein nur untergeordnetes Gewicht zu (BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 1; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 8; Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11).

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 183, 193 SGG. Der Senat hat die Kostenentscheidung des SG im Hinblick auf die von der Beklagten zu Unrecht getroffene Feststellung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung abgeändert. Zu einer dahingehenden Abänderung ist der Senat im Berufungsrechtszug auch befugt, wenn - wie vorliegend - die Hauptsacheentscheidung unverändert bleibt (Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 193 Rdnr. 16).

Gründe, gemäß § 160 Abs. 2 SGG die Revision zuzulassen, sind nicht gegeben. Die Entscheidung orientiert sich an der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung.
Rechtskraft
Aus
Login
NRW
Saved
2015-03-23