

## L 6 R 3/09

Land  
Rheinland-Pfalz  
Sozialgericht  
LSG Rheinland-Pfalz  
Sachgebiet  
Sonstige Angelegenheiten

Abteilung  
6  
1. Instanz  
SG Trier (RPF)

Aktenzeichen  
S 4 R 194/06  
Datum  
30.10.2008

2. Instanz  
LSG Rheinland-Pfalz  
Aktenzeichen

L 6 R 3/09  
Datum  
31.03.2010

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Ein im anhängigen erst- oder zweitinstanzlichen Gerichtsverfahren ergangener Bescheid der Deutschen Rentenversicherung Bund, mit welchem die angefochtenen Bescheide, mit denen im Antragsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) entgegen der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 04.06.2009 - [B 12 R 6/08 R](#) -) lediglich Elemente der Versicherungspflicht festgestellt worden waren, um die noch fehlenden konkreten Feststellungen ergänzt worden sind, ist konkludent als Änderungsbescheid im Sinn der [§§ 153 Abs. 1, 96 Abs. 1 SGG](#) anzusehen, der Gegenstand des anhängigen Rechtsstreits ist (Anlehnung an das Urteil des LSG NEW vom 10.06.2008 - [L 16 R 53/08](#)).
2. Ein nicht am Gesellschaftskapital beteiligter Fremdgeschäftsführer einer GmbH, der nach dem Gesellschaftsvertrag und dem Geschäftsführerdienstvertrag keine Alleinvertretungsbefugnis hat, sondern nur Vertretungsbefugnis zusammen mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen, übt eine abhängige Beschäftigung im Sinn des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#) aus.
  1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Trier vom 30.10.2008 wird zurückgewiesen. Die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 13.10.2009 wird abgewiesen.

2. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Tätigkeit des 1957 geborenen Klägers als so genannter Fremdgeschäftsführer ab dem 22.1.2005 der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Der Kläger war seit 21.12.2000 Gesellschafter und zugleich Geschäftsführer der E GmbH (jetzt laut Mitteilung vom 11.3.2008 firmierend als P GmbH), deren Unternehmensgegenstand die Entwicklung, Vertrieb und Betrieb von Informations- und Telekommunikationslösungen ist.

Laut Gesellschaftsvertrag betrug die Stammeinlage 500.000 Euro. Der Kläger hatte zunächst nach seinen Angaben einen Geschäftsanteil von 25,1 % und war auch Geschäftsführer.

Nach Veräußerung seiner Beteiligung im Dezember 2004 wurde ein Geschäftsführerdienstvertrag mit Wirkung ab 1.2.2005 und Festlaufzeit bis 31.12.2007 geschlossen, wonach der Kläger von der Beschränkung des [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer wurde. Nach Ablauf der Festlaufzeit "wird der Vertrag auf unbestimmte Laufzeit fortgesetzt und kann von jeder Partei mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden" (§ 3 Abs. 1 S. 2 des Geschäftsführerdienstvertrags).

Ausweislich des Handelsregisters des Amtsgerichtes Wittlich bestand weiterhin wie auch schon vor Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrags keine Alleinvertretungsbefugnis des Klägers, sondern die Beigeladene zu 1. wurde vertreten entweder durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen.

In einem Nachtrag vom 26.9.2005 zum Geschäftsführerdienstvertrag wurde in § 1 vereinbart, dass künftig der Kläger nicht mehr für das Finanzressort der Gesellschaft zuständig sei, sondern die weiteren Geschäftsführer J W und J N. Aufgrund deren Ausscheidens als Geschäftsführer wurden am 2.10.2008 nunmehr als weitere Geschäftsführer M J M und N S B ins Handelsregister eingetragen.

Nach § 4 Abs. 2 des mit dem Kläger geschlossenen Geschäftsführerdienstvertrages blieb das Recht der Gesellschaft zur jederzeitigen Kündigung aus wichtigem Grund unberührt.

Laut § 4 Abs. 1 des Vertrages war ein Jahresgehalt von 176.000 Euro brutto vereinbart, zahlbar in 12 gleichen Monatsraten nach Abzug aller gesetzlichen, steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Beiträge. § 5 Abs. 1 regelt die Erstattung aller angemessenen Reise-, Hotel- und andere Kosten (z.B. Repräsentationskosten), die in Ausübung der Geschäftsführertätigkeit anfallen. § 5 Abs. 3 beinhaltet die Übernahme sämtlicher Betriebs- und Reparaturkosten des für Dienstfahrten genutzten PKW sowie die Erstattung der Finanzierungskosten des vom Geschäftsführer genutzten PKW in voller Höhe.

§ 6 Abs. 1 regelt eine bis zu drei Monaten reichende Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit im Krankheitsfall oder aus anderem vom Geschäftsführer nicht zu vertretendem Grund. § 6 Abs. 2 bestimmt, dass die Gesellschaft die Kosten des Arbeitgeberanteils zu den vom Geschäftsführer zu zahlenden Sozialversicherungsabgaben trägt. § 7 Abs. 1 beinhaltet einen Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. § 9 überträgt die Rechte des Geschäftsführers aus Erfindungen ohne Vergütung an die Gesellschaft und räumt ihr das ausschließliche Nutzungsrecht an vom Geschäftsführer im Rahmen seines Dienstverhältnisses entwickelten Programmen ein.

Laut Erklärung des Klägers vom 30.10.2008 und im Termin am 31.3.2010 wurde der Geschäftsführervertrag im Februar 2007 beendet und mit Datum vom 1.3.2007 in einen Beratervertrag umgewandelt, was bis auf den Entzug seiner bisherigen Zuständigkeit für das Finanzressort der allerdings nach dem § 1 im Nachtrag vom 26.9.2005 zum Geschäftsführerdienstvertrag bereits damals schon stattgefunden hatte im Übrigen keinen Einfluss auf seine Geschäftsführertätigkeit gehabt habe, die er weiterhin fortführte, damit nach außen hin die Kontinuität der Firma gewahrt werde. Im Beratervertrag wurde ein monatliches Honorar von 15.000,00 Euro vereinbart, das der Kläger jeweils bis zum 31.12.2008 erhielt.

Die Eintragung des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1., der nach dem Handelsregister B des Amtsgerichtes W Vertretungsmacht nur zusammen mit einem weiteren Geschäftsführer oder zusammen mit dem Prokuristen hatte, ist im Handelsregister am 14.1.2009 gelöscht worden.

Im Februar 2005 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Feststellung, dass er nunmehr auch als Fremdgeschäftsführer ab dem 22.1.2005 wie bisher frei von der Sozialversicherungspflicht sei.

Im mit Datum vom 6.6.2005 unterschriebenen Fragebogen gab der Kläger unter Anderem an, nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung zu unterliegen. Bei der Gestaltung seiner Tätigkeit bestünden keine Einschränkungen. Er könne selbständig Personal einstellen oder entlassen. Sein Urlaub bedürfe keiner Genehmigung. Mit Anhörungsschreiben vom 5.7.2005 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie beabsichtige, das Vorliegen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses festzustellen. Nach der Rechtsprechung des BSG Urteil vom 24.6.1982, Az.: [12 RK 45/80](#) seien Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung regelmäßig abhängig beschäftigt.

Der Kläger erklärte hierzu mit Schriftsatz vom 29.8.2005, im Hinblick auf seine Alleinvertretungsbefugnis, die Befreiung vom Verbot des [§ 181 BGB](#), sowie darauf, dass er als alleiniger Softwareentwickler sozusagen das Hirn der Gesellschaft und der Betrieb unverändert auf seine Person zugeschnitten sei, da er von dritter Seite in keiner relevanten Weise kontrollierbar sei, unterliege er nicht der Sozialversicherungspflicht.

Mit Bescheid vom 10.11.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.5.2006 stellte die Beklagte nach [§§ 7a ff. SGB IV](#) fest, dass der Kläger seit 22.1.2005 als Fremdgeschäftsführer der a GmbH dem Grunde nach der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliege. Die Versicherungspflicht beginne mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung, sofern der Kläger dem späteren Eintritt nicht zustimme oder die sonstigen Voraussetzungen eines späteren Eintritts der Versicherungspflicht (private gleichwertige Absicherung gegen Krankheit sowie Altersvorsorge und Antragstellung innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit) nicht vorlägen.

Eine Ausnahme von der vom BSG für Fremdgeschäftsführer ohne eigene Kapitalbeteiligung aufgestellten Regel liege nicht vor.

Im anschließenden Klageverfahren hat das Sozialgericht Trier (SG) mit Beschluss vom 13.2.2008 die a GmbH und die Bundesagentur für Arbeit in Nürnberg beigeladen.

Mit Urteil vom 30.10.2008 hat das SG die Klage abgewiesen. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG sei ein Fremdgeschäftsführer im Regelfall als abhängig Beschäftigter anzusehen. Dass der Kläger von der Beschränkung des [§ 181 BGB](#) befreiter Alleingeschäftsführer sei, sei kein zwingendes Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Für eine abhängige Beschäftigung sprächen der in § 2 Abs. 1 8 des Geschäftsführerdienstvertrags beschriebene Aufgabenbereich des Klägers und die Möglichkeit der Einflussnahme durch die Gesellschaft, die Urlaubsregelung des § 7 und insbesondere die Vereinbarung eines von Gewinn oder Verlust der Gesellschaft unabhängigen Fixgehaltes nach § 4, wodurch ein unternehmerisches Risiko ausgeschlossen sei, das jedoch für eine selbständige Tätigkeit kennzeichnend sei. Schließlich lasse sich aus § 10 des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit § 1 des Geschäftsführerdienstvertrags eine Weisungsgebundenheit des Klägers ableiten, auch wenn ihm möglicherweise, wie von ihm angegeben, faktisch solche Weisungen bisher nicht erteilt worden seien.

Ein von der Rechtsprechung anerkannter Ausnahmefall denkbar in Fällen einer Familien GmbH oder in Fällen familienhafter Bindung zu Mehrheitsgesellschaftern liege nicht vor. Dass der Kläger nach seiner Äußerung als alleiniger Softwareentwickler das "Hirn" des Unternehmens sei, ändere nichts daran, dass er nunmehr nach Wegfall seiner Kapitalbeteiligung unter Berücksichtigung der Vorgaben im Geschäftsführerdienstvertrag eine Stellung gehabt habe, die sich von der zuvor ausgeübten Tätigkeit als Gesellschaftergeschäftsführer, was die versicherungsrechtliche Beurteilung angehe, unterscheide. Nach Abwägung aller für und gegen eine abhängige Beschäftigung bzw. selbständige Tätigkeit sprechenden konkreten Umstände des Falles sei die Fremdgeschäftsführertätigkeit des Klägers als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu werten.

Der Kläger hat gegen das ihm am 5.12.2008 zugestellte Urteil am 5.1.2009 Berufung eingelegt und mit Schriftsatz vom 26.2.2009 begründet. Er trägt im Wesentlichen vor, entscheidend sei nicht der durch den Gesellschaftsvertrag sowie den Geschäftsführerdienstvertrag vorgegebene formaljuristische Rahmen, sondern die von ihm bereits dargestellten faktischen Verhältnisse seien maßgebend. Alleiniger Inhaber sei sein Vater gewesen. Die alleinige rechtliche Einflussmöglichkeit auf die konkreten Unternehmensgeschicke habe mithin nicht bei

ihm, dem Kläger, gelegen, sondern bei seinem Vater. Faktisch habe jedoch er, der Kläger, nachhaltig, letztendlich allein maßgeblichen Einfluss auf die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen im Einzelnen und auf die laufende Unternehmensentwicklung gehabt. Dies spreche eindeutig gegen eine abhängige Beschäftigung.

Der Kläger beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts Trier vom 30.10.2008 sowie den Bescheid der Beklagten vom 10.11.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.5.2006 sowie den Bescheid vom 13.10.2009 aufzuheben und festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der P GmbH (früher a GmbH) seit dem 22.1.2005 bis 31.12.2008 nicht der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtenen Entscheidungen für zutreffend.

Der Kläger hat auf die Anfrage des Senats vom 30.3.2009 mit Schriftsatz vom 27.5.2009 Folgendes mitgeteilt:  
Sein 1988 verstorbener Vater sei an dem erst im Jahr 2000 gegründeten Unternehmen nicht beteiligt gewesen.  
J W und J N seien vom Januar 2005 bis Januar 2008 Geschäftsführer gewesen.  
Eine Alleinvertretungsbefugnis im Rahmen der Geschäftsführung habe jedenfalls nach den schriftlichen Grundlagen nicht bestanden.  
Er sei nicht alleiniger Geschäftsführer gewesen.  
J W und J N hielten weiterhin gemeinsam ca. 12,5 % Gesellschaftsanteile über die Muttergesellschaft.  
In der Zeit vom 22.1.2005 bis Oktober 2008 hätten durchaus Gesellschafterversammlungen jedenfalls der irischen Muttergesellschaft stattgefunden, an denen er im Übrigen regelmäßig einmal im Jahr teilgenommen habe, wenn es um Angelegenheiten der deutschen GmbH gegangen sei, z.B. um Bilanzstellungen und Entlastung der Geschäftsführung.  
So genannte Boni seien im Zeitraum vom 22.1.2005 bis Oktober 2008 nicht geflossen. Auf der anderen Seite seien ihm statt dessen Aktien zugeteilt worden.

Der Senat hat die Beklagte mit Schreiben vom 4.9.2009 auf das Urteil des BSG vom 11.3.2009 [B 12 R 11/07 R](#) zu den Voraussetzungen eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) hingewiesen und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Mit Schriftsatz vom 13.10.2009 hat die Beklagte einen Bescheid vom 13.10.2009, gerichtet an die P GmbH (Beigeladene zu 1.) betreffend das Statusfeststellungsverfahren des Klägers, vorgelegt, mit dem der Bescheid vom 10.11.2005 dahingehend ergänzt worden ist, dass der Kläger hinsichtlich seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. seit dem 22.1.2005 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen gewesen sei. Die Entscheidung über das Bestehen der Versicherungspflicht werde gegenüber dem Kläger mit gleichlautendem Bescheid bekannt gegeben.

Mit weiterem Schriftsatz vom 9.12.2009 hat die Beklagte dann eine Kopie des an den Kläger gerichteten Bescheids vom 13.10.2009 zur Prozessakte gereicht, mit dessen Verfügungssatz der Bescheid vom 10.11.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.5.2006 dahingehend ergänzt worden ist, dass der Kläger seit dem 22.1.2005 in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der P GmbH (früher a GmbH) der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitslosenversicherung unterlag. Weiter ist ausgeführt, dass der Kläger in der gesetzlichen Krankenversicherung und Pflegeversicherung aufgrund des Überschreitens der JAEG (Jahresarbeitsentgeltgrenze) gemäß [§ 6 SGB V](#) und [§ 20 Abs. 3 SGB XI](#) nicht der Versicherungspflicht kraft Gesetzes unterliege.

Der Senat hat im Termin zur mündlichen Verhandlung am 31.3.2010 den Kläger angehört. Insoweit wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Prozessakte sowie der Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung und der Beratung des Senats gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist ebenso wie die Klage gegen den Bescheid vom 13.10.2009, der gemäß [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden ist, unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen rechtmäßig sind, mit denen die Beklagte festgestellt hat, dass der Kläger ab dem 22.1.2005 als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. eine in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtige Beschäftigung im Sinn der [§§ 1 S. 1 Nr. 1. SGB VI](#), 25 Abs. 1 S. 1 SGB III, 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV ausgeübt hat.

Rechtsgrundlage des streitgegenständlichen Anfrageverfahrens ist hier [§ 7a SGB IV](#) in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung vom 23.1.2006, weil der Widerspruchsbescheid vom 11.5.2006 datiert.

Vorweg ist auszuführen, dass in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) siehe zuletzt Urteil vom 4.6.2009, [B 12 R 6/08 R](#), veröffentlicht in juris hinsichtlich des verfassungsmäßigen Zustandekommens der Vorschrift keine Bedenken bestehen.

[§ 7a SGB IV](#) in der hier anzuwendenden Fassung lautet:

- 1) Die Beteiligten können 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. Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a) ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Abs. 2 die Deutsche Rentenversicherung Bund.
- (2) Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt.

(3) Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten schriftlich mit, welche Angaben und Unterlagen sie für ihre Entscheidung benötigt. Sie setzt den Beteiligten eine angemessene Frist, innerhalb der diese die Angaben zu machen und die Unterlagen vorzulegen haben.

(4) Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, und gibt den Beteiligten Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

(5) Die Deutsche Rentenversicherung Bund fordert die Beteiligten auf, innerhalb einer angemessenen Frist die Tatsachen anzugeben, die eine Widerlegung begründen, wenn diese die Vermutung widerlegen wollen.

(6) Wird der Antrag nach Absatz 1 innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte

1. zustimmt und

2. 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.

Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird erst zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist.

(7) Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliegt, haben aufschiebende Wirkung. Eine Klage auf Erlass der Entscheidung ist abweichend von [§ 88 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes nach Ablauf von drei Monaten zulässig.

Ein nachträglicher Beginn der Versicherungspflicht des Klägers gemäß § 7a Abs. 6 mit Bekanntgabe der Entscheidung über die Versicherungspflicht kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger der Versicherungspflicht nicht zugestimmt hat.

Bei der Anwendung der Vorschrift ist zu beachten, dass sie die Beklagte weder zu einer Elementenfeststellung ermächtigt noch es im Rahmen eines gestuften Verfahrens der Einzugsstelle überlässt, u.A. die konkrete Versicherungspflicht festzustellen (BSG aaO). Gegenstand von [§ 7a SGB IV](#) ist die Feststellung der konkreten Versicherungspflicht, wie das BSG (aaO) ausgeführt hat:

"Außerhalb des Verfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) ergehende Verwaltungsakte der Einzugsstellen und der prüfenden Rentenversicherungsträger dürfen sich wie die oberstgerichtliche Rechtsprechung bereits geklärt hat nicht darauf beschränken, nur ein oder mehrere Elemente des jeweiligen Versicherungspflichttatbestandes wie das Vorliegen einer Beschäftigung oder "Versicherungspflicht dem Grunde nach" festzustellen (vgl etwa BSG, Urteil vom 10.5.2006, [B 12 KR 5/05 R](#); vgl ebenso BSG, Urteil vom 28.1.1999, [B 3 KR 2/98 R](#), [BSGE 83, 246 = SozR 3-5425 § 1 Nr 5](#): keine isolierte Feststellung der Künstlereigenschaft nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG)). Dies wird mittelbar auch durch [§ 7b SGB IV](#) in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung bestätigt: "Stellt ein Versicherungsträger außerhalb des Verfahrens nach § 7a fest, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt". Schließlich setzt auch die leistungsrechtliche Bindung der Bundesanstalt nach [§ 336 SGB III](#) in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung ua ausdrücklich voraus, dass "die Einzugsstelle oder der Träger der Rentenversicherung die Versicherungspflicht nach diesem Buch durch Verwaltungsakt" feststellt. Für das inhaltsgleiche Verfahren nach [§ 7a SGB IV](#) gilt nichts anderes. [§ 336 SGB III](#) in der ab 1.1.2005 geltenden Fassung bindet dementsprechend die Bundesagentur für Arbeit leistungsrechtlich ausdrücklich an die entsprechende Feststellung der Beklagten: "Stellt die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (ab 1.10.2005: die Deutsche Rentenversicherung Bund) im Verfahren nach § 7a Abs. 1 des Vierten Buches die Versicherungspflicht nach diesem Buch durch Verwaltungsakt fest, ist die Bundesagentur hinsichtlich der Zeiten, für die der die Versicherungspflicht feststellende Verwaltungsakt wirksam ist, an diese Feststellung leistungsrechtlich gebunden." Mit "Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung" iS von [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) sind ua im Blick hierauf allein untechnisch Verfahren gemeint, bei denen sich das Vorliegen einer Beschäftigung ebenfalls als Vorfrage stellt".

[§ 336 SGB III](#) in der ab 1.10.2005 geltenden Fassung vom 9.12.2004 lautet:

"Stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund im Verfahren nach § 7 a Abs.1 des Vierten Buches die Versicherungspflicht nach diesem Buch durch Verwaltungsakt fest, ist die Bundesagentur hinsichtlich der Zeiten, für die der die Versicherungspflicht feststellende Verwaltungsakt wirksam ist, an diese Feststellung leistungsrechtlich gebunden".

Aus dieser in der Bestimmung ausgesprochenen Bindungswirkung wird deutlich, dass auch hinsichtlich der Zeiten, für die der die Versicherungspflicht feststellende Verwaltungsakt wirksam sein soll, eine konkrete verbindliche Feststellung zu treffen ist.

Dies hat die Beklagte zwar zunächst im Bescheid vom 10.11.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.5.2006 nicht getan. Beide Bescheide enthalten keine bindenden Feststellungen, ab wann und in welchem Umfang konkret eine Versicherungspflicht hinsichtlich der am 22.1.2005 aufgenommenen Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer bestehen soll.

Im Bescheid vom 10.11.2005 heißt es, die Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer seit 22.1.2005 sei im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden. Nach längeren Ausführungen bis auf S. 3 des Bescheids dazu, dass die Tätigkeit des Klägers als abhängige Beschäftigung anzusehen sei, folgen Ausführungen zum Beginn der Versicherungspflicht dem Grunde nach bis auf S. 4. Diese enthalten keinen konkreten Verfügungssatz hinsichtlich des Beginns der Versicherungspflicht, sondern lediglich abstrakte Rechtsausführungen dazu, unter welchen Voraussetzungen die Versicherungspflicht erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Beklagten entstehen kann, bzw. dazu, dass, falls diese Voraussetzungen des [§ 7 A Abs. 6 S. 1 Nrn. 1. und 2. SGB IV](#) nicht erfüllt würden, dann die Versicherungspflicht mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung beginnen würde. Über den Beginn der Versicherungspflicht dem Grunde nach ergehe ein gesonderter Bescheid. Ein solcher war allerdings bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht ergangen.

Auch der Widerspruchsbescheid vom 11.5.2006 enthält keinerlei Ausführungen, denen eine konkrete Entscheidung im Sinn eines Verfügungssatzes zu entnehmen sein könnte, ab wann eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung festgestellt werde. Vielmehr beschränkt sich der Widerspruchsbescheid vom 11.5.2006 auf ausführliche Darlegungen, dass und weshalb die Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer seit dem 22.1.2005 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde.

Somit ist festzustellen, dass die Beklagte zunächst mit den angefochtenen Bescheiden allenfalls eine Elementenfeststellung hinsichtlich des Vorliegens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses getroffen hat, wobei im Übrigen auch keine Ausführungen in den Bescheiden dazu gemacht worden sind, ob das Arbeitsentgelt des Klägers die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 Abs. 1 SGB IV](#) in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung vom 23.1.2006 überstieg oder ob Versicherungsfreiheit gemäß [§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1](#) oder 2 SGB VI vorliege.

Erst im während des Berufungsverfahrens ergangenen Bescheid vom 13.10.2009 lautet der Verfügungssatz in Ergänzung des Bescheids vom 10.11.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.5.2006 ohne Einschränkungen dahingehend, dass der Kläger seit dem 22.1.2005 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliege, wogegen Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung aufgrund des Überschreitens der JAEG (Jahresarbeitsentgeltgrenze) gemäß [§ 6 SGB V](#) und [§ 20 Abs. 3 SGB XI](#) nicht bestehe. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 31.3.2010 ist dann auch der Endzeitpunkt des streitgegenständlichen Zeitraumes vom Kläger und der Beklagten einvernehmlich auf den 31.12.2008 konkretisiert worden.

Das LSG NRW hat in dem von der Beklagten zitierten Urteil vom 10.6.2009 [L 16 R 53/08](#) (veröffentlicht in juris) einen im Termin zur mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren erlassenen Bescheid zur Konkretisierung des Beginns der Versicherungspflicht konkludent als Änderungsbescheid nach [§§ 153 Abs. 1, 96 Abs. 1 SGG](#) angesehen, womit keine Bedenken mehr gegen die inhaltliche Bestimmtheit im Sinn des [§ 33 Abs. 1 SGB X](#) bestünden.

Der Senat teilt diese Auffassung. Es handelt sich insoweit im hier zu entscheidenden Fall bei dem Bescheid vom 13.10.2009 um ein zulässiges Nachschieben von Gründen, das der Konkretisierung des Streitgegenstandes dient, ohne dass dadurch der Bescheid vom 10.11.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.5.2006 in seinem Wesen verändert wird.

Die Beklagte hat mit den angefochtenen Bescheiden zu Recht festgestellt, dass der Kläger ab dem 22.1.2005 bis 31.12.2008 als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. eine in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtige Beschäftigung im Sinn der [§§ 1 S. 1 Nr. 1](#), SGB VI, 25 Abs. 1 S. 1 SGB III, 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV ausgeübt hat.

Zum hier maßgeblichen Begriff der Beschäftigung im Sinn des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#) ist nach dem Urteil des BSG vom 4.7.2007 B [11a AL 5/06 R](#) (veröffentlicht in juris) von Folgendem auszugehen:

"Die Beschäftigung wird in [§ 7 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#), der gemäß [§ 1 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) auch für die Arbeitsförderung gilt, gesetzlich definiert. Nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#)). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr 1; BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#); BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#), zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie 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 (siehe zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) = SozR 3-2400 § 7 Nr 11)".

"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 [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#); [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#))".

Zu diesen besonderen Umständen hat das BSG mit Urteil vom 14.12.1999 [B 2 U 48/98 R](#) ausgeführt:

"Dies kann zB der Fall sein, wenn er auch als externer (angestellter) Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig sind (Schlegel in Schulin, aaO, RdNr 40)". Weiter hat das BSG aaO ausgeführt, es "gilt auch für den Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, daß Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt (BSG SozR 2100 § 7 Nr 7; BSG Urteil vom 29. Oktober 1986 - [7 RAr 43/85](#) - Beiträge 1987, 17 = USK 86145). Insbesondere kommt bei einem Geschäftsführer einer Familiengesellschaft, sofern dieser mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, eine selbständige Tätigkeit in Betracht. Die in einer derartigen Familiengesellschaft vorliegende Verbundenheit zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer kann zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander schaffen und einen Einklang der Interessen bewirken. Im Einzelfall können die familiären Beziehungen dazu führen, daß die Geschäftsführertätigkeit überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahmen geprägt wird und es an der Ausübung einer Direktion durch die Gesellschafter völlig mangelt (BSG Urteil vom 8. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) - USK 87170)".

In diesem aaO zitierten BSG Urteil vom 8. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) - war allerdings mit ausschlaggebend, dass für die Alleingeschäftsführerin, deren Mutter Alleingesellschafterin war, weder ein Fixgehalt noch ein Tantiemenanspruch der Höhe nach vereinbart war, sondern das Gehalt im Einzelnen durch Gesellschafterbeschluss festgelegt werden und sich an den jeweiligen geschäftlichen Erfordernissen orientieren sollte, wobei es keinesfalls einen Betrag unterschreiten durfte, dem die Klägerin widersprach. Diese Teilnahme am Unternehmensrisiko hat das BSG aaO als gewichtiges "Indiz für eine Identität zwischen den Belangen der Klägerin und der GmbH" angesehen.

Eine solche Teilnahme am Unternehmensrisiko hat hier angesichts der Vereinbarung in [§ 4 Abs. 1](#) des Geschäftsführerdienstvertrages (Jahresgehalt von 176.000 Euro brutto, zahlbar in 12 gleichen Monatsraten nach Abzug aller gesetzlichen, steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Beiträge) nicht vorgelegen. Ein gewisses Unternehmensrisiko konnte sich allenfalls bei der nach [§ 4 Abs. 2](#) vorgesehenen Verständigung der Vertragsbeteiligten nach Abschluss eines Geschäftsjahres über die Zahlung eines etwaigen Bonus je nach dem Ergebnis des abgeschlossenen Geschäftsjahres verwirklichen. Angesichts des Fixgehaltes in Höhe von 176.000 Euro brutto jährlich, zahlbar in 12 gleichen Monatsraten nach Abzug aller gesetzlichen, steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Beiträge, stellt die Regelung des [§ 4 Abs. 2](#), die das Fixgehalt unangetastet lässt und unter den dort genannten Voraussetzungen eine Art zusätzlicher Gewinnbeteiligung in Aussicht stellt, aber demgegenüber kein ins Gewicht fallendes Unternehmensrisiko dar.

Weitere Gesichtspunkte, die gegen ein vom Kläger zu tragendes unternehmerisches Risiko sprechen, ergeben sich aus Folgendem: § 5 Abs. 1 des Geschäftsführerdienstvertrags regelt die Erstattung aller angemessenen Reise-, Hotel- und andere Kosten (z.B. Repräsentationskosten), die in Ausübung der Geschäftsführertätigkeit anfallen. § 5 Abs. 3 beinhaltet die Übernahme sämtlicher Betriebs- und Reparaturkosten des für Dienstfahrten genutzten PKW sowie die Erstattung der Finanzierungskosten des vom Geschäftsführer genutzten PKW in voller Höhe.

§ 6 Abs. 1 des Geschäftsführerdienstvertrags regelt eine bis zu drei Monaten reichende Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit im Krankheitsfall oder aus anderem vom Geschäftsführer nicht zu vertretendem Grund. Diese Regelung geht zugunsten des Klägers weit über den in [§ 3 Abs. 1 S. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz \(EntgFG\)](#) normierten Anspruch eines Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bis zur Dauer von sechs Wochen hinaus und erweitert somit dieses arbeitnertypische Schutzrecht zugunsten des Klägers.

§ 6 Abs. 2 des Geschäftsführerdienstvertrags bestimmt, dass die Gesellschaft die Kosten des Arbeitgeberanteils zu den vom Geschäftsführer zu zahlenden Sozialversicherungsabgaben trägt. Dies ist eine für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis typische Regelung ebenso wie § 7 Abs. 1 des Geschäftsführerdienstvertrags, der einen Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen beinhaltet.

§ 9 des Geschäftsführerdienstvertrags überträgt die Rechte des Geschäftsführers aus Erfindungen ohne Vergütung an die Gesellschaft und räumt ihr das ausschließliche Nutzungsrecht an vom Geschäftsführer im Rahmen seines Dienstverhältnisses entwickelten Programmen ein. Auch diese Bestimmung ist ein weiteres starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung.

All diese Bestimmungen, die auch tatsächlich umgesetzt werden, sprechen eindeutig dafür, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 1. im hier streitigen Zeitraum eine abhängige Beschäftigung ausgeübt hat.

Somit ließe sich eine versicherungsfreie selbständige Tätigkeit des Klägers nur damit begründen, wenn er schalten und walten konnte nach seinem Willen, weil er die Gesellschafter persönlich dominierte oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig waren, und das Direktionsrecht nicht ausgeübt wurde, z.B. nie wesentliche Beschlüsse fassende Gesellschafterversammlungen durchgeführt wurden.

Eine solche persönliche Dominanz im genannten Sinn kann schon deshalb nicht vorgelegen haben, weil der Kläger nach seinen eigenen Angaben jedenfalls nach den schriftlichen Grundlagen sowie insbesondere auch ausweislich der Eintragungen im Handelsregister keine Alleinvertretungsbefugnis im Rahmen der Geschäftsführung hatte, und außer ihm vom Januar 2005 noch die Gesellschafter John Williamson und John Nagle und nach deren Ausscheiden laut Eintragung vom 2.10.2008 M J M und N S B als Geschäftsführer fungierten. Überdies war ihm auch in § 1 des Nachtrags vom 26.9.2005 zum Geschäftsführerdienstvertrag das Finanzressort der Gesellschaft entzogen worden, was neben der fehlenden Alleinvertretungsbefugnis eine weitere Schwächung seiner Position bei der Beigeladenen zu 1. bedeutete.

Gemäß § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages setzte eine Alleinvertretung durch einen Geschäftsführer entweder die Bestellung nur eines Geschäftsführers oder den Beschluss der Gesellschafter voraus, dass ein Geschäftsführer allein vertretungsberechtigt sein soll. Einen solchen Beschluss hat der Kläger selbst nicht behauptet. Vielmehr hat er bei seiner Anhörung am 31.3.2010 erklärt, dass zwischen den Geschäftsführern das "Vier-Augen-Prinzip" gegolten hat und dass er im operativen Geschäft zusammen mit einem Prokuristen zeichnungsbefugt gewesen ist. Diese Erklärung stimmt auch überein mit den im Tatbestand wiedergegebenen diesbezüglichen Eintragungen im Handelsregister. Somit steht fest, dass der Kläger im hier streitgegenständlichen Zeitraum zu keinem Zeitpunkt als Geschäftsführer alleinvertretungsberechtigt für die Beigeladene zu 1. gewesen ist.

Dass der Kläger nach seinen Angaben als alleiniger Softwareentwickler sozusagen das Hirn der Gesellschaft und der Betrieb unverändert auf seine Person zugeschnitten gewesen ist, da er von dritter Seite in keiner relevanten Weise kontrollierbar war, führt die Richtigkeit dieses Vorbringens unterstellt nicht dazu, dass seine Tätigkeit deswegen als selbständige Tätigkeit anzusehen ist. Denn diese Merkmale treffen bei jedem in einem Unternehmen abhängig beschäftigten alleinigen Softwareentwickler zu, dessen Arbeit aufgrund der nur bei ihm vorhandenen Spezialkenntnisse von dritter Seite innerhalb des Unternehmens in keiner relevanten Weise kontrollierbar ist, und ohne dessen hoch spezialisierte Arbeit das Unternehmen nicht existenzfähig wäre.

Insgesamt ergibt die Betrachtung und Abwägung der vertraglichen sowie der tatsächlichen Gestaltung der Tätigkeit des Klägers, dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung weitestgehend überwiegen und das Gesamtbild der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1. im streitgegenständlichen Zeitraum geprägt haben. Somit hat die Beklagte zu Recht festgestellt, dass der Kläger ab dem 22.1.2005 bis 31.12.2008, dem Zeitpunkt der Beendigung seines Arbeitsvertrages, als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1. eine in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtige Beschäftigung im Sinn der [§§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI](#), 25 Abs. 1 S. 1 SGB III, 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV ausgeübt hat. Mit Abschluss des Beratervertrags vom 1.3.2007 hat sich hinsichtlich dieser versicherungspflichtigen Beschäftigung keine rechtserhebliche Änderung ergeben. Wie der Kläger bei seiner Anhörung am 31.3.2010 erklärt hat, hatte dieser Vertrag keinen Einfluss auf seine Geschäftsführertätigkeit, die er weiterhin ausübte, damit die Kontinuität im Erscheinungsbild der Beigeladenen zu 1. nach Außen gewahrt wurde. Soweit der Kläger dabei auch angegeben hat, ihm sei mit Abschluss dieses Vertrages die Zuständigkeit für das Finanzressort der Beigeladenen zu 1. entzogen worden, hat er sich offensichtlich geirrt, weil bereits in einem Nachtrag vom 26.9.2005 zum Geschäftsführerdienstvertrag in § 1 vereinbart worden war, dass künftig der Kläger nicht mehr für das Finanzressort der Gesellschaft zuständig sei, sondern die weiteren Geschäftsführer J W und J N.

Soweit der Kläger bei seiner Anhörung am 31.3.2010 erklärt hat, ihm seien vor der Beendigung des Arbeitsvertrages am 31.12.2008 bereits etwa im August 2008 im gegenseitigen Einvernehmen die Geschäftsbereiche und Befugnisse als Geschäftsführer entzogen worden, ergibt sich hieraus keine Änderung bezüglich der Versicherungspflicht des bis 31.12.2008 fortgeführten und entlohnten Beschäftigungsverhältnisses.

Nach alldem ist die Berufung des Klägers zurück- und die Klage gegen den während des Berufungsverfahrens ergangenen Bescheid vom 13.10.2009 abzuweisen.

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

Revisionszulassungsgründe des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

RPF

Saved

2010-06-16