

L 4 R 1540/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 10 R 1275/06
Datum
07.02.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 1540/08
Datum
20.11.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Im Rahmen einer Statusfeststellung kann nicht bloß die Frage einer abhängigen Beschäftigung und der daran anknüpfenden Versicherungspflicht festgestellt werden (unzulässige Elementenfeststellung; Anschluss an BSG vom 11. März 2009 - [B 12 R 11/07 R](#) und vom 4. Juni 2009 - [B 12 R 6/08 R](#)). Ein ggf. deshalb rechtswidriger Elementenfeststellungsbescheid kann auch noch im Klageverfahren durch einen den Anforderungen an eine rechtmäßige Statusfeststellung genügenden Bescheid nach [§ 96 SGG](#) ergänzt bzw. ersetzt werden. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 07. Februar 2008 wird zurückgewiesen.

Die Klage wegen des Bescheids vom 27. Oktober 2009 wird abgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger ein Drittel der außergerichtlichen Kosten beider Rechtszüge zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger in der Zeit vom 05. Juli 2001 bis zum 10. Oktober 2007 in einem Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen stand und in der Renten- und Arbeitslosenversicherung sozialversicherungspflichtig war.

Der 1974 geborene Kläger absolvierte ein Architekturstudium und war seinen Angaben nach vor der Tätigkeit bei der Beigeladenen im Bereich Unternehmensberatung tätig.

Die Beigeladene wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 05. Juli 2001 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gegründet. Ihr Gegenstand war nach § 2 Abs. 1 des Vertrags "die Beratung Dritter bei der Wertsteigerung ihres Immobilienvermögens sowie deren Umsetzung". Ihr Stammkapital betrug EUR 100.000,00. Hierauf übernahmen die R. Gesellschaft für Restrukturierungs- und Emissions-Management AG (im Folgenden: R. AG) EUR 45.000,00, Prof. Dr. K. R. EUR 45.000,00 und der Kläger EUR 10.000,00. Die Gesellschafter verpflichteten sich, ihre Stammeinlagen sofort und in voller Höhe einzuzahlen (§ 3 des Vertrags). Nach § 5 Abs. 2 und 3 des Vertrags war die Gesellschafterversammlung der Beigeladenen nur beschlussfähig, wenn mindestens zwei Drittel des Stammkapitals vertreten waren, Beschlüsse waren mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen zu fassen. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags oder die Auflösung der Gesellschaft konnte nur einstimmig beschlossen werden (§ 5 Abs. 4 des Vertrags). Zu Geschäftsführern wurden der Kläger und C. G. bestellt. Beide Geschäftsführer erhielten Alleinvertretungsvollmacht und wurden von dem Verbot der Selbstkontrahierung befreit. Die Beigeladene wurde im August 2001 in das Handelsregister eingetragen. Am 11. Oktober 2007 wurde in das Handelsregister die Umwandlung der Beigeladenen in eine Aktiengesellschaft eingetragen. Grundlage der Eintragung war die Satzung vom 25. Juli 2007. An dem unveränderten Stammkapital von EUR 100.000,00 war der Kläger (nach seinen Angaben) zunächst mit 10 vom Hundert (v.H.) beteiligt. Er ist jetzt alleiniges Vorstandsmitglied der Beigeladenen.

Der Gegenstand der R. AG, ist nach ihrer Satzung vom 20. Juni 2000 die Beratung von Unternehmen, die eine Börseneinführung anstreben, die Durchführung von Sanierungen, die Übernahme von Krisenmanagement, Zeitmanagement, Restrukturierung und damit vergleichbare Tätigkeiten, das M&A (Merger and Acquisitions)-Geschäft (Vermittlung und Beratung bei der Verschmelzung und dem Aufkauf von Unternehmen) sowie die Beratung und das Projektmanagement bei Immobilienverwertungen. Alleiniges Vorstandsmitglied der R. AG war der Mitgeschäftsführer der Beigeladenen, C. G. ... Am Kapital der R. AG war der Kläger nicht beteiligt.

Am 20. Dezember 2001 schlossen die Beigeladene, vertreten durch den Mitgeschäftsführer G., und der Kläger einen Anstellungsvertrag. Darin wurde festgehalten, der Kläger sei durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 05. Juli 2001 mit Wirkung vom 01. September

2001 zum Geschäftsführer der Beigeladenen bestellt worden und vertrete die Gesellschaft allein. Er führe die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, des Anstellungsvertrags, des Gesellschaftsvertrags und der von der Gesellschafterversammlung erteilten Weisungen. Ihm oblägen insbesondere die Aufgaben, die im Sinne des jeweils von der Gesellschafterversammlung festgelegten Geschäftsverteilungsplans zum Geschäftsbereich des Geschäftsführers gehörten (§ 1 Abs. 1 und 2 des Anstellungsvertrags). In § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrags war festgelegt, dass der Kläger zur Vornahme einer Reihe besonderer Geschäfte der vorigen Zustimmung der Gesellschaft bedürfe. Es handelte sich um den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Beteiligung an Unternehmen, die Errichtung und Auflösung von Zweigniederlassungen und Betriebsstätten, die Aufnahme neuer und die Aufgabe vorhandener Geschäftszweige und Tätigkeitsgebiete, die Aufstellung von Finanzplänen, die Vornahme von Investitionen von mehr als DM 10.000,00 im Einzelfall, den Abschluss von Verträgen, die die Gesellschaft länger als ein Jahr bänden oder zu Leistungen von mehr als DM 10.000,00 verpflichteten, den Abschluss von Arbeits- und Dienstverträgen, die Aufnahme oder Gewährung von Krediten, Bürgschaften und ähnliche Handlungen sowie die Übernahme von Geschäften außerhalb des täglichen operativen Geschäfts der Gesellschaft. In § 1 Abs. 4 des Anstellungsvertrags war vereinbart, dass der Kläger seine Arbeitskraft ausschließlich der Gesellschaft zu widmen habe. Der Vertrag sollte nach § 2 Abs. 1 Satz 1 am 01. Januar 2002 beginnen und unbefristet laufen. In § 3 Buchstabe a war ein Jahresgehalt von brutto DM 168.000,00 vereinbart, das in zwölf gleichen monatlichen Raten gezahlt werden sollte. Hinzu kam nach § 3 Buchstabe b eine jährliche Tantieme von DM 42.000,00 bei Erreichen des verabschiedeten Businessplans. Bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit oder aus einem anderen vom Kläger nicht zu vertretenden Grund sollten die Ansprüche auf das Gehalt und die garantierte Tantieme abzüglich etwa gewährten Krankengeldes für bis zu sechs Wochen fortbestehen. Dem Kläger war ein Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen eingeräumt, wobei die Urlaubszeiten im Einvernehmen mit der Gesellschaft festgelegt werden sollten.

Ebenfalls am 20. Dezember 2001 fand eine Gesellschafterversammlung der Beigeladenen statt. Die Gesellschafter beschlossen dort einstimmig, dass bei den Geschäften, für die der Kläger nach § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrags der vorherigen Zustimmung der Gesellschaft bedurfte, die Beschlüsse der Gesellschafter einstimmig zu fassen seien.

Am 05. April 2004 beantragten der Kläger und die Beigeladene bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers. Beide meinten, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vorliege. In dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH vom 24. Mai 2004 gaben der Kläger und die Beigeladene an, der Kläger halte 10 v.H. des Stammkapitals, für Gesellschafterbeschlüsse sei eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln vorgeschrieben, jedoch könne der Kläger durch Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen bzw. verhindern, nämlich aufgrund der Zusatzvereinbarung vom 20. Dezember 2001. Ferner ist angegeben, der Kläger sei nicht der einzige Geschäftsführer, Gesellschafter oder Betriebsangehöriger, der über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge. Die regelmäßige Arbeitszeit betrage 37,5, die tatsächliche durchschnittliche Arbeitszeit 50 bis 55 Stunden wöchentlich. Der Kläger unterliege keinem Weisungsrecht der Gesellschaft bezüglich der Zeit, des Ortes oder der Art seiner Beschäftigung. Er könne - von bestimmten wichtigen Geschäften abgesehen - seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten. Er könne nicht selbstständig Personal einstellen oder entlassen. Seinen Urlaub müsse er nicht genehmigen lassen. Es werde unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens monatlich gleichbleibend seine Vergütung von zur Zeit EUR 8.000,00 im Monat gezahlt. Die Vergütung werde als Lohn/Gehalt bzw. Betriebsausgabe verbucht und es werde Lohnsteuer entrichtet. Nachdem die Beklagte mit Anhörungsschreiben vom 07. Juni 2004 mitgeteilt hatte, sie beabsichtige, ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festzustellen, trugen der Kläger und die Beigeladene ergänzend vor, nach dem Gesellschaftsbeschluss vom 20. Dezember 2001 sei eine Vielzahl von Maßnahmen einstimmig zu beschließen. Dies bedeute, dass der Kläger maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft geltend machen könne. Das normale operative Geschäft bestimme er sowieso kraft seiner Geschäftsführerposition. Er identifiziere sich unternehmerisch mit der Beigeladenen, weswegen beabsichtigt sei, seinen Gesellschaftsanteil um weitere 10 v.H. aufzustocken. Ferner erhalte er neben den festen Bezügen eine variable Vergütung in Höhe von ca. 25 v.H. nach Umsatz und Ertrag der Beigeladenen. Dies zeige, dass eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt und ein Unternehmerrisiko getragen werde. Ferner sei der Kläger nicht in einer Form persönlicher Abhängigkeit in den Betrieb eingegliedert und unterliege keinem Weisungsrecht des Arbeitsgebers. Als Dipl.-Ing. Architekt verfüge nur er über das nach dem Gesellschaftszweck der Beigeladenen erforderliche Fachwissen. Entsprechend frei gestalte er seine Arbeitsleistung. Der weitere Geschäftsführer G. sei Dipl.-Wirtschaftsingenieur und fremd hinsichtlich des Unternehmenszwecks. Außerdem sei er als Vorstandsvorsitzender der R. AG tätig. Die Mitgeschäftsführerposition sei nur geschaffen worden, um ein Vier-Augen-Prinzip zu gewährleisten sowie für den Fall der Verhinderung des Klägers.

Mit an den Kläger und an die Beigeladene gerichteten Bescheiden vom 14. Juli 2004 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer seit dem 05. Juli 2001 bei der Beigeladenen im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Sie führte aus, in der von ihm ausgeübten Tätigkeit unterliege der Kläger dem Grunde nach der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH seien dann abhängig beschäftigt, wenn sie keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft eines etwaigen Anteils am Stammkapital geltend machen könnten, für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhielten und sie funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilhätten. Die Beschlüsse der Beigeladenen würden mit einer Mehrheit von zwei Dritteln gefasst. Damit könne der Kläger kraft seines Anteils am Stammkapital keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen nehmen. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage er kein eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Nach einer Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwögen die Merkmal für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Der Kläger und die Beigeladene erhoben Widerspruch. Sie verwiesen auf ihren Vortrag im Feststellungsverfahren. Mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 15. März 2006 wies die Widerspruchsstelle der Beklagten die Widersprüche des Klägers und der Beigeladenen zurück. Zur Begründung wurde ergänzend ausgeführt, zu den Geschäften, die in dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 20. Dezember 2001 genannt seien und bei denen Beschlüsse einstimmig gefasst werden müssten, gehöre nicht die in § 4 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags genannte Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern. Die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer könne durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von zwei Dritteln jederzeit widerrufen werden. Der Kläger könne zwar Einfluss auf die Firmenpolitik nehmen, habe aber keinen Einfluss auf die Willenserklärung der Gesellschaft hinsichtlich der Beendigung seines Anstellungsvertrags. Diesbezüglich habe er keine Sperrminorität. Die Zeit, die Dauer und der Ort der Arbeit seien dem Kläger nicht vorgeschrieben, ergäben sich jedoch aus der Natur der Sache, da er als Geschäftsführer erreichbar sein müsse. Selbst bei der weitgehenden Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Ausübung der Geschäftsführung bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da der Kläger in eine vom

Mehrheitsgesellschafter vorgegebene Ordnung des Betriebs eingegliedert sei. Die Weisungsgebundenheit verfeinere sich, wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Weiterhin seien ein Urlaubsanspruch, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und ein monatliches Festgehalt vertraglich vereinbart worden, welche typischerweise Bestandteil eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses seien. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage der Kläger kein, eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko.

Am 04. April 2006 erhob der Kläger Klage zum Sozialgericht Ulm (SG). Er wies bei der Anhörung durch das SG in der mündlichen Verhandlung am 07. Februar 2008 ergänzend zu seinem bisherigen Vorbringen darauf hin, dass die Geschäftsidee für die Beigeladene von ihm gekommen sei. Der Gesellschaftsvertrag sei von einem Steuerberater formuliert und von ihm sowie den weiteren Gesellschaftern lediglich übernommen worden. Seit etwa drei Jahren beziehe er ergebnisorientierte, d.h. nach oben offene, Tantiemen. Das Verhältnis von Grundgehalt und Tantiemen betrage ca. 70 zu 30, bei guter Gewinnlage aber auch 50 zu 50. Von den beiden Geschäftsführern der Beigeladenen habe er als einziger die notwendigen Branchenkenntnisse, allerdings seien auch Betriebsangehörige mit diesen Kenntnissen vorhanden gewesen. Das operative Geschäft habe er allein betrieben. Ferner lege der Kläger den Prüfbescheid der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg vom 13. September 2007 über eine Betriebsprüfung bei der Beigeladenen für den Zeitraum vom 01. Januar 2003 bis 31. Dezember 2006 vor, wonach die stichprobenweise durchgeführte Betriebsprüfung keine Feststellungen ergeben habe.

Die Beklagte teilte in der mündlichen Verhandlung vor dem SG mit, sie beschränke die Rechtswirkungen des angefochtenen Bescheids auf die Zeit bis zur Eintragung der Beigeladenen als Aktiengesellschaft in das Handelsregister am 11. Oktober 2007. Im Übrigen trat sie der Klage entgegen. Sie trug ergänzend zu den Ausführungen in den Widerspruchsbescheiden vor, der Kläger habe keine Möglichkeit, seine eigene Entlassung zu verhindern und sei daher immer vom Wohlwollen der Gesellschafterversammlung abhängig. Auch habe die Gesellschafterversammlung die Rechtsmacht, ein Weisungsrecht gegenüber dem Kläger wahrzunehmen.

Der frühere Mitgeschäftsführer G. als Vertreter der (durch Beschluss des SG vom 19. September 2006) Beigeladenen erklärte bei der Anhörung durch das SG in der mündlichen Verhandlung am 07. Februar 2008, Grund für seine Bestellung zum Geschäftsführer der Beigeladenen sei lediglich die Urlaubs- und Abwesenheitsvertretung für den Kläger gewesen. Der Kläger habe die Beigeladene selbstständig und autark führen sollen. Die Geschäftsbereiche der Beigeladenen und der R. AG seien völlig verschieden.

Mit Urteil vom 07. Februar 2008 wies das SG die Klage ab. Es führte aus, der Streitzeitraum sei nach der Erklärung der Beklagten im Verhandlungstermin auf die Zeit vom 01. Juli 2001 bis zum 10. Oktober 2007 beschränkt. Insoweit sei die Klage unbegründet. In dieser Zeit habe der Kläger in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen gestanden. Ein solches Beschäftigungsverhältnis sei nicht im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Position zu verneinen. Der Kläger sei nicht Mehrheitsgesellschafter der Beigeladenen und verfüge auch nicht über eine Sperrminorität. Eine andere Beurteilung folge nicht aus dem Gesellschafterbeschluss vom 20. Dezember 2001. Auch hiernach habe der ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft bzw. der Gesellschafterversammlung nicht verhindern können. Der Gesellschafterbeschluss habe seinerseits jederzeit nach den allgemeinen Vorschriften, d.h. mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit, abgeändert oder aufgehoben werden können. Hätten die übrigen Gesellschafter dem Kläger tatsächlich eine rechtlich abgesicherte Weisungsfreiheit einräumen wollen, hätte es nahegelegen, den Gesellschaftsvertrag so zu ändern, dass auch der Anteil des Klägers von lediglich 10 v.H. eine Sperrminorität begründet hätte. Es lägen auch keine besonderen Umstände vor, nach denen abweichend vom Regelfall nicht von einem Beschäftigungsverhältnis auszugehen sei. Eine Reihe von Umständen spreche für eine Weisungsgebundenheit. Insoweit sei auf den Anstellungsvertrag des Klägers und auf die dort geregelten umfangreichen Zustimmungserfordernisse zu verweisen. Es sei weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Gesellschaft von ihrer damit begründeten Rechtsposition keinen Gebrauch gemacht habe. Auch die Regelungen zur Entgeltfortzahlung und zum Urlaubsanspruch im Anstellungsvertrag sprächen für eine Beschäftigung, denn sie unterschieden sich nicht wesentlich von der Rechtslage innerhalb eines Arbeitsverhältnisses. Als weiteres Indiz könne herangezogen werden, dass für die Vergütung des Klägers Lohnsteuer abgeführt worden sei. Auch die weiteren Umstände reichten nicht aus, um eine selbstständige Tätigkeit zu bejahen. Das Alleinvertretungsrecht des Klägers und seine Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot seien gerade bei einer kleineren GmbH nicht untypisch. Auch der Bezug einer variablen und gewinnorientierten Vergütung neben einem festen Grundgehalt sei auch bei Beschäftigten, insbesondere leitenden Angestellten, häufig anzutreffen. Zu einer anderen Beurteilung führe auch nicht der Vortrag des Klägers, er habe als Einziger in der Geschäftsleitung über das erforderliche Fachwissen verfügt. Dieser Vortrag erscheine bereits im Blick auf die jeweiligen Unternehmensgegenstände der Beigeladenen und der R. AG zweifelhaft, da diese zumindest erhebliche Berührungspunkte aufwiesen. Vor allem wäre der umfangreiche Katalog der Geschäfte, für die der Kläger die Zustimmung der Gesellschafterversammlung habe einholen müssen, nicht erklärlich, wenn die weiteren Gesellschafter nicht über entsprechende Fachkenntnisse verfügt hätten. Es komme auch nicht auf den zeitlichen Umfang an, in dem der Mitgeschäftsführer G. tätig gewesen sei. Die Einstufung des Klägers als Beschäftigter beruhe darauf, dass er gegenüber der Beigeladenen weisungsgebunden gewesen sei, nicht aber auf seinem Verhältnis zum zweiten Geschäftsführer. Letztlich könne aus dem Schreiben der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg vom 13. September 2007 nichts Erhebliches hergeleitet werden. Nach diesem "Prüfbericht" sei ausdrücklich lediglich eine stichprobenweise Prüfung durchgeführt worden. Eine verbindliche Entscheidung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Klägers enthalte das Schreiben nicht.

Auch die Beigeladene hatte am 05. April 2006 Klage erhoben, und zwar zum Sozialgericht Stuttgart (S 3 R 2354/06). Das dortige Klagverfahren ist mit Beschluss vom 01. Juni 2006 zum Ruhen gebracht worden.

Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 18. März 2008 zugestellte Urteil des SG hat der Kläger am 31. März 2008 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingelegt.

Unter dem 27. Oktober 2009 hat die Beklagte den weiteren Bescheid erlassen, in dem sie den angefochtenen Bescheid vom 14. Juli 2004 dahin "ergänzt" hat, dass der Kläger der Versicherungspflicht in der Renten- und der Arbeitslosenversicherung unterliege, in der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegeversicherung jedoch - wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenzen - versicherungsfrei sei. Der Bescheid enthält den Hinweis, er werde Gegenstand des laufenden Gerichtsverfahrens. In der mündlichen Verhandlung des Senat vom 20. November 2009 hat die Beklagte klargestellt, dass sich auch dieser Bescheid auf die Zeit bis zum 10. Oktober 2007 beschränke.

Der Kläger trägt vor, bei der Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status komme es nicht auf die vertragliche Ausgestaltung, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse, also auf die gelebte Praxis in einem Unternehmen, an. Das SG habe daher zu Unrecht Überlegungen dazu angestellt, wozu der Kläger in der Lage gewesen wäre, was die anderen Gesellschafter bezweckt hätten oder was nahegelegen hätte. Er (der Kläger) habe in seiner gerichtlichen Anhörung sehr detailliert, schlüssig und überzeugend dargelegt, dass er alleinverantwortlich und ohne Einschränkung durch die Gesellschafterversammlung das Unternehmen geführt habe. Der ebenfalls angehörte Mitgeschäftsführer G. habe diese Angaben bestätigt. Dieser habe während des gesamten Streitzeitraums keine Vergütung für seine Tätigkeit als Mitgeschäftsführer erhalten. Entscheidend sei, worauf das Urteil des SG nicht eingehe, dass die Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg für die Zeit vom 01. Januar 2003 bis 31. Dezember 2006 nicht zu Beitragsforderungen geführt habe. Der Betriebsprüfer habe dieselben Erkenntnisse über die gelebte Unternehmenspraxis erzielt, wie sie mit der Klage vorgetragen würden. Auf Nachfrage des Berichterstatters hat der Kläger ferner vorgetragen, die Beigeladene habe in den Jahren 2001 bis 2006 einen bis zuletzt vier Mitarbeiter gehabt, darunter zwei geringfügig Beschäftigte, und die Zahlungen an ihn seien bei der Beigeladenen als Gehalt gebucht worden. Ferner hat der Kläger seine Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 2000 bis 2006 vorgelegt, auf die verwiesen wird.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 07. Februar 2008 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 14. Juli 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15. März 2006 und des Änderungsbescheids vom 27. Oktober 2009 festzustellen, dass er - der Kläger - in seiner Tätigkeit für die Beigeladene in der Zeit vom 05. Juli 2001 bis zum 10. Oktober 2007 nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stand und nicht der Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die Klage wegen des Änderungsbescheids vom 27. Oktober 2009 abzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil und ihre Entscheidungen. Sie trägt vor, aufgrund der Beteiligung in Höhe von 10 v.H. an der Gesellschaft habe der Kläger keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft gehabt, auch wenn bestimmte Beschlüsse einstimmig hätten gefasst werden müssen. Die Betriebsprüfung vom 13. September 2007 sei lediglich stichprobenweise durchgeführt worden. Die Beklagte hat den Versicherungsverlauf des Klägers vom 28. Oktober 2008 vorgelegt.

Die Beigeladene hat sich dem Antrag und den Ausführungen des Klägers angeschlossen.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht nach [§ 151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) eingelegt und auch sonst zulässig, jedoch nicht begründet. Zu Recht hat das SG die Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§ 51 Abs. 1 Satz 1](#) Var. 1, [§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) abgewiesen. Der angegriffene Statusfeststellungsbescheid der Beklagten vom 14. Juli 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15. März 2006 und des Änderungsbescheids vom 27. Oktober 2009 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Dem Kläger steht kein Anspruch auf die Feststellung zu, er sei im Streitzeitraum bei der Beigeladenen nicht abhängig beschäftigt gewesen. Vielmehr hat die Beklagte zu Recht ein solches abhängiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt.

1. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Statusfeststellung der Beklagten in dem Bescheid vom 14. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15. März 2006 und des Änderungsbescheids der Beklagten vom 27. Oktober 2009. Dieser Änderungsbescheid ist nach [§ 96 Abs. 1 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Die Voraussetzungen des [§ 96 Abs. 1 SGG](#), der auch im Berufungsverfahren gemäß [§ 153 Abs. 1 SGG](#) eingreift (Bundessozialgericht [BSG] [BSGE 47, 168](#), 170; [47, 241](#), 242), liegen vor. Der Änderungsbescheid hat den Bescheid vom 14. Juli 2004 abgeändert und nur noch festgestellt, dass der Kläger in der Renten- und Arbeitslosenversicherung auf Grund seiner abhängigen Beschäftigung bei der Beigeladenen versicherungspflichtig war, nicht jedoch in der Kranken- und Pflegeversicherung wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze. Er hat dadurch die Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt, die der 12. Senat des BSG in seinen Urteilen vom 11. März 2009 ([B 12 R 11/07 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 14 ff.) und vom 04. Juni 2009 ([B 12 R 6/08 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 13 ff.) aufgestellt hat und denen der Bescheid vom 14. Juli 2004 und der Widerspruchsbescheid vom 15. März 2006 nicht genügten. Der Änderungsbescheid vom 27. Oktober 2009 bezieht sich auch allein auf den streitigen Zeitraum vom 05. Juli 2001 bis 10. Oktober 2007. Dies hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung des Senats klargestellt. Über den Änderungsbescheid vom 27. Oktober 2009 entscheidet der Senat auf Klage.

2. Die Beklagte war zur Entscheidung über den Antrag des Klägers berufen. Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) könnten die Beteiligten - in der Regel der Dienstgeber und der Dienstnehmer - 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. Für eine solche Statusfeststellung ist nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) die Beklagte zuständig, nicht die nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) zur Entscheidung berufene Einzugsstelle. Einen solchen Antrag auf Statusfeststellung hatten der Kläger und die Beigeladene, also Dienstnehmer und Dienstgeberin, am 05. April 2004 bei der Beklagten gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

3. Der Kläger war im Streitzeitraum bei der Beigeladenen beschäftigt und als Beschäftigter versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung, jedoch nicht in der gesetzlichen Kranken- und in der sozialen Pflegeversicherung.

a) Im Rahmen einer Statusfeststellung nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) darf sich die Beklagte nicht darauf beschränken, eine abhängige Beschäftigung oder zusätzlich eine daraus folgende Versicherungspflicht "dem Grunde nach" festzustellen. Dies käme einer unzulässigen Elementenfeststellung gleich. Die Beklagte muss vielmehr, um einen Lebenssachverhalt zum Rechtsbegriff der abhängigen Beschäftigung zuzuordnen, das konkrete Rechtsverhältnis bezeichnen, an das sozialrechtlich angeknüpft werden soll, auch Aussagen darüber treffen, in welchen Zweigen der Sozialversicherung die festgestellte Beschäftigung im jeweiligen Feststellungszeitraum zur Sozialversicherung geführt hat. Dies hat das BSG in seinen Urteilen vom 11. März 2009 ([B 12 R 11/07 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 14 ff.) und vom 04. Juni 2009 ([B 12 R 6/08 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 13 ff.) ergänzend zu seiner früheren Rechtsprechung entschieden.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB III) sowie in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2; eingefügt mit Wirkung vom 1. Januar 1999 durch Art. 1 Nr. 1 Buchst. a, 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999, [BGBl. I 2000, S. 2](#)). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG, der der Senat folgt, 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 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, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#) m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) - = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Dies ist grundsätzlich neben seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich. Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführern 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 [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); [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 [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). 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-Geschäftsführer nach dem Gesetz und den Abreden des Gesellschaftsvertrags Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) S 13; BSG [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.

b) Gemessen an diesen Maßstäben ist die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen im Streitzeitraum als abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzustufen.

aa) Der Kläger verfügte nicht über eine allgemeine Sperrminorität am Stammkapital der Beigeladenen. Mit seinem Anteil am Kapital von 10 v.H. konnte er grundsätzlich Gesellschafterbeschlüsse, die mit einer Mehrheit von zwei Dritteln des anwesenden Stammkapitals bei einem Entscheidungsquorum von zwei Dritteln gefasst werden mussten, nicht verhindern. Einstimmig mussten lediglich eine Änderung des Gesellschaftsvertrags und die Auflösung der Gesellschaft beschlossen werden. Nur solche Beschlüsse konnte der Kläger verhindern. An dieser Einschätzung ändert auch der Gesellschafterbeschluss vom 20. Dezember 2001 nichts, wonach die Entscheidung der Gesellschafterversammlung über jene operativen Geschäfte, die der Kläger als Geschäftsführer nur mit Zustimmung der Beigeladenen durchführen durfte, einstimmig gefasst werden sollten. Zum einen gehörten die hier erfassten Geschäfte lediglich - noch - zur operativen Tätigkeit, wenngleich es Geschäfte mit einer erheblicheren Auswirkung auf die Geschäfte der Beigeladenen waren. Entscheidungen der Gesellschafterversammlung über die Struktur der Beigeladenen, über die operative Ausrichtung und den Abschluss bestimmter Geschäfte, - soweit solche Entscheidungen ohne Änderung des im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Gesellschaftszwecks getroffen werden konnten - waren nicht erfasst. Hier blieb es bei der im Gesellschaftsvertrag geregelten Zwei-Drittel-Mehrheit, so dass der Kläger mit einem Anteil am Stammkapital von weniger als einem Drittel diese Entscheidungen nicht verhindern konnte. Dies gilt ganz insbesondere für seine Abberufung als Geschäftsführer oder die Kündigung seines Anstellungsvertrags. Eine solche Entscheidung konnte der Kläger nicht verhindern, da nach [§ 1 Abs. 3](#) des Anstellungsvertrags in Verbindung mit dem Gesellschafterbeschluss nur die Einstellung (neuen) Personals der - einstimmigen - Zustimmung der Beigeladenen bedurfte, nicht aber die Beendigung (bestehender) Anstellungsverträge. Und zum anderen bedurfte nach dem Zusammenspiel des Vertrags und des Gesellschafterbeschlusses vom 20. Dezember 2001 lediglich die Zustimmung der Gesellschaft zu bestimmten Geschäften des Klägers der Einstimmigkeit. Der Kläger konnte auf Grund dieser Abrede eine Zustimmung gegen den Willen der anderen nicht erzwingen, sondern hatte lediglich ein Veto-Recht, konnte also bestimmte Geschäfte verhindern.

bb) Der Anstellungsvertrag des Klägers vom 20. Dezember 2001 zeigt deutlich das Bild einer abhängigen Beschäftigung. In ihm haben der Kläger und die Beigeladene u.a. vereinbart, dass der Kläger bei der Ausführung seiner Tätigkeit - auch - den "von der Gesellschafterversammlung erteilten Weisungen" unterliege. Dieses Weisungsrecht war durch den Gesellschafterbeschluss vom 20. Dezember 2001 nicht aufgehoben worden. Weiterhin haben die Beigeladene und der Kläger in dem Vertrag ein festes Gehalt, eine sechswöchige Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle und einen Urlaubsanspruch von 30 Tagen im Jahr vereinbart. Die Vereinbarungen des

Anstellungsverträge entsprechen nahezu vollständig jenen, die im Arbeitsleben für abhängige Beschäftigungsverhältnisse üblich sind.

cc) Auch die tatsächliche Ausgestaltung des Anstellungsvertrags des Klägers spricht deutlich für eine abhängige Beschäftigung, jedenfalls liegen hier keine Umstände vor, die ausnahmsweise dazu führen können, den Kläger trotz seiner Minderheitenstellung in der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen als Unternehmer einzustufen.

Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Vereinbarungen des Anstellungsvertrags nicht auch gelebt worden sind bzw. - wäre der Kläger z.B. im Streitzeitraum arbeitsunfähig erkrankt - nicht auch tatsächlich durchgeführt worden wären.

Auch die Tatsache, dass die Beigeladene zu Beginn ihrer Tätigkeit lediglich einen, in den Jahren 2003 und 2004 sodann zwei und in den Jahren 2005 und 2006 insgesamt vier Beschäftigte hatte, wovon allerdings zwei geringfügig tätig waren, deutet darauf hin, dass die Tätigkeit des Klägers kaum mit der eines selbstständig tätigen Unternehmers verglichen werden kann. Jedenfalls ergibt sich aus diesen Zahlen, dass der Kläger nur selten Beschäftigte eingestellt hat, was wesentlicher Teil einer Unternehmenstätigkeit wäre.

Auch die weiteren, vom erkennenden Senat regelmäßig als besonders gewichtig erachteten Kriterien über die tatsächliche Ausgestaltung des Tätigkeitsverhältnisses sprechen für eine abhängige Beschäftigung des Klägers. Die Beigeladene hat die Gehaltszahlungen an den Kläger als solche verbucht, sodass davon auszugehen ist, dass sie sie auch körperschafts- und gewerbesteuerrechtlich als Betriebsausgaben geltend gemacht hat. Aus den vorgelegten Einkommenssteuerbescheiden des Klägers aus den Jahren 2000 bis 2006 ist ersichtlich, dass der Kläger auf seine Gehaltszahlungen von der Beigeladenen durchgängig Einkommenssteuer entrichtet hat und dass die Beigeladene sogar von den regelmäßigen Gehaltszahlungen an den Kläger Lohnsteuer direkt an das Finanzamt abgeführt hat. Die Einkommenssteuerbescheide weisen nämlich jeweils bereits gezahlte Steuerabzüge vom Lohn aus.

Ferner trug der Kläger in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen kein unternehmerisches Risiko. Ihm war ein Fixgehalt in einer Höhe zugesagt, die seinen Lebensunterhalt unter allen Umständen sichern konnte. Selbst wenn - z.B. in einer Krisensituation - die zusätzlich zugesagten erfolgsabhängigen Tantiemen nicht gezahlt worden wären, hätte der Kläger sein Fixgehalt in voller Höhe weiter bekommen. Der Anstellungsvertrag enthält keine Klauseln, nach denen der Kläger in seiner Position als Geschäftsführer verpflichtet gewesen wäre, etwa im Falle einer wirtschaftlichen Krise Kapital in die Beigeladene zu schießen oder auf Teile seiner erfolgsunabhängigen Grundvergütung zu verzichten. Auch in seiner Rolle als Gesellschafter der Beigeladenen, die für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Stellung als Geschäftsführer allerdings nicht relevant ist, traf den Kläger kein signifikantes unternehmerisches Risiko. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Klauseln über eine Nachschusspflicht der Gesellschafter. Angesichts seines geringfügigen Anteils am Stammkapital von 10 v.H., also EUR 10.000,00, war auch die allgemeine Gefahr eines GmbH-Gesellschafters, in einer Krisensituation der Gesellschaft faktisch gezwungen zu sein, in erheblichem Umfang Kapital nachzuschießen, um etwa eine Insolvenz der Gesellschaft zu verhindern, eher gering.

c) Wie die Beklagte zu Recht festgestellt hat, führte die abhängige Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung, nicht aber in der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegeversicherung. Bereits das anfängliche Fixgehalt des Klägers von anfangs DM 168.000,00 brutto lag über den jeweiligen Jahresarbeitsentgeltgrenzen des [§ 6 SGB V](#). Hieran hat sich auch im gesamten Streitzeitraum nichts geändert. Ausweislich der vorgelegten Einkommensteuerbescheide bezog der Kläger "aus abhängiger Beschäftigung" im Jahre 2002 EUR 90.143,00, 2003 EUR 102.476,00, 2004 EUR 123.787,00, 2005 EUR 118.446,00 und 2006 EUR 109.752,00.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Der ursprüngliche Bescheid vom 14. Juli 2004 war teilweise rechtswidrig, weil er die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung dem Grunde nach feststellte und damit zu Unrecht auch die Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung. Unter Berücksichtigung des Anteils der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge an den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen erscheint es angemessen, die Beklagte zu verpflichten, ein Drittel der außergerichtlichen Kosten des Klägers beider Rechtszüge zu erstatten.

Gründe für eine Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-01-29