

## L 4 R 617/10

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 9 R 715/07  
Datum  
22.12.2009  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 R 617/10  
Datum  
17.02.2012  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Zur Tätigkeit eines "Managing Director" einer Aktiengesellschaft nach dänischem Recht als abhängige Beschäftigung

2. Zur Anwendung deutschen Sozialversicherungsrechts bei Ausüben der Tätigkeit in Deutschland und Dänemark.  
Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 22. Dezember 2009 wird zurückgewiesen.

Die Klage wegen des Bescheids vom 29. Juni 2011 wird abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der in Dänemark ansässigen E. C. A/S in der Zeit vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2009 in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig ist.

Bei der am 18. September 1978 gegründeten E. C. A/S, die ihren Sitz in Kopenhagen in Dänemark hat und in der Bundesrepublik Deutschland keine Zweigniederlassung unterhält, handelt es sich um eine Aktiengesellschaft nach dänischem Recht. Alleiniger Aktionär ist ausweislich der Registrierung ab 01. Januar 1987 die E. Holding A/S, deren Sitz sich ebenfalls in Kopenhagen befindet. Betriebszweck der E. C. A/S ist die kreative und technische Erstellung von Comicgeschichten und Kinderzeitschriften. Die Gesellschaft hat nach den Angaben des Klägers 32 Mitarbeiter im Hauptsitz in Kopenhagen, zwölf Mitarbeiter in einer Dependence in London und zwei Mitarbeiter in einem Büro in Barcelona. Zudem werden ca. 100 freie Mitarbeiter als Zeichner und Texter beschäftigt. Das Unternehmen verzeichnet einen durchschnittlichen Jahresumsatz von ca. zehn Millionen Euro.

Der am 12. Februar 1954 geborene Kläger, deutscher Staatsangehöriger, war seinen Angaben zufolge von 1971 bis Mitte 1994 als angestellter Redakteur/Chefredakteur beim Eh. Verlag in Stuttgart versicherungspflichtig beschäftigt. Ab Mitte 1994 war er als Geschäftsführer und Inhaber einer Softwarefirma selbstständig tätig. Von Oktober 1996 bis August 1999 war er als redaktioneller Berater beim dänischen E.-Konzern beschäftigt. Vom 01. Oktober 1999 bis zum 31. Dezember 2002 war er mit Wohnsitz in Kopenhagen als angestellter Geschäftsführer beim E.-Konzern in Kopenhagen tätig. Im Jahr 2003 arbeitete er, nachdem er nach seinem Vortrag wieder in die Bundesrepublik Deutschland zurückgekehrt war, nach dem Vertrag über die freiberufliche Zusammenarbeit vom 13. November 2002 für die Firma E. Kids & Teens Division freiberuflich. In der Zeit vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2006 war er nach dem zwischen ihm und der E. C. A/S geschlossenen Drei-Jahres-Vertrag ("Employment contract") vom 15. April 2004, dem nach den Angaben des Klägers ein weiterer gleichlautender Drei-Jahres-Vertrag bis 31. Dezember 2009 folgte, für den dänisches Recht galt, wieder als angestellter Geschäftsführer ("Managing Director") tätig. Er war nach dem Vertrag für das gesamte Management der Gesellschaft zuständig und hatte den Anweisungen des Vorstands der Gesellschaft zu folgen. Er erhielt ein - rückwirkend - in monatlichen Raten fälliges jährliches Gehalt von 1.155.060,00 Dänischen Kronen. Dem Kläger stand ein Urlaub von sechs Wochen pro Jahr zu. Die Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall richtete sich nach der entsprechenden dänischen Gesetzgebung. Der Kläger war Mitglied der betrieblichen Altersversorgung. Die Gesellschaft bezahlte von den Beiträgen zehn vom Hundert (v.H.), der Kläger fünf v.H. ... In angemessener Höhe wurden dem Kläger Kosten für Dienstreisen und Gästebetreuung erstattet. Ferner bezahlte die Gesellschaft dem Kläger einen Dienstwagen, ein Zeitungsabonnement und einen privaten Telefonanschluss. Für den Fall, dass der Kläger den Wunsch haben sollte, während der Vertragsdauer für andere Arbeitgeber tätig zu sein, bedurfte das der Genehmigung der Gesellschaft. Für die Gesellschaft galt während der Vertragsdauer eine zwölfmonatige, für den Kläger eine sechsmonatige Kündigungsfrist. Der Kläger, der auch in Dänemark über einen Wohnsitz verfügte, arbeitete an drei Tagen in der Woche

in Dänemark und ansonsten nach seinem ursprünglichen Vortrag an zwei Tagen in Deutschland bzw. ausweislich der Anlage zu dem von ihm ausgefüllten Antragsformular zur Befreiung von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung für Selbstständige vom 12. Oktober 2004 an zwei Tagen entweder in Stuttgart, London oder Barcelona. Nach den Angaben des Klägers unterlag seine Vergütung für die Arbeitstage in Dänemark der dänischen Lohnsteuer. Im Übrigen erhielt er die Vergütung ohne Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen und weiterer Lohnsteuer ausbezahlt. Seit 01. Januar 2010 ist er nach seinem Vortrag erneut als freier Mitarbeiter für die E. C. A/S tätig.

Der Kläger war vom 01. Oktober 1971 bis 30. Juni 1995 bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden einheitlich Beklagte), als Beschäftigter pflichtversichert, vom 01. Juli 1995 bis 31. August 1998 entrichtete er freiwillige Beiträge an die Beklagte. Zumindest seit 1995 bezahlt der Kläger außerdem Beiträge an das Versorgungswerk der Presse. Zumindest seit 2004 ist der Kläger nach seinen Angaben privat krankenversichert.

Auf den Antrag des Klägers vom 27. Mai 2004 stellte die Beklagte die Bescheinigung E 101 vom 21. Juni 2004 aus, wonach der Kläger für die Zeit ab 01. Januar 2004 gemäß Artikel (Art.) 14.2.b.i. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (im Folgenden VO Nr. 1408/71) weiterhin den Rechtsvorschriften von Deutschland unterliege.

Am 04. August 2004 bat der Kläger bei der Beklagten um Ausstellung eines "Befreiungsbescheids" ab 01. Januar 2004. Die Beklagte übersandte ihm hierauf einen Antrag auf Befreiung von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung für Selbstständige mit einem Auftraggeber, den der Kläger unter dem 04. Oktober 2004 ausgefüllt an die Beklagte zurücksandte. In der Anlage zum Antrag gab er unter dem 11. Oktober 2004 an, obwohl er de facto angestellt sei allerdings bei einem dänischen Konzern - habe er ausschließlich unternehmerische Tätigkeiten im Rahmen eines generell angelegten Vertrages für Geschäftsführer in einem Konzern durchzuführen. Er sei für die Bilanzierung des Unternehmens E. C. A/S zuständig. Er übe selbstständig Einstellungen und Entlassungen aus und sei niemanden über Arbeitszeit, -ort und dauer zur Rechenschaft verpflichtet. Mit Bescheid vom 16. November 2006 stellte die Beklagte hierauf fest, dass für den Kläger ab 01. Januar 2003 keine Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) bestehe, weil er nicht auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sei. Er unterliege als Geschäftsführer der E. C. A/S nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung, da die Firma für mehrere Auftraggeber tätig sei.

Die Beklagte hatte dem Kläger unter dem 16. November 2004 bereits mitgeteilt, dass aufgrund seines "Befreiungsantrags" ein Anfrageverfahren zur Klärung seines sozialversicherungsrechtlichen Status eingeleitet worden sei. Am 07. Dezember 2004 reichte der Kläger den von der Beklagten angeforderten Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Fremdgeschäftsführers einer GmbH unter Beifügung seiner Arbeitsverträge vom 13. November 2002 und 15. April 2004 ein. Ergänzend gab er noch an, dass er alleiniger Geschäftsführer sei und die Gesellschaft nach außen vertrete. Er könne durch Sonderrechte Gesellschaftsbeschlüsse herbeiführen oder verhindern. Ein Darlehen habe er der Gesellschaft oder Gesellschaftern nicht gewährt. Er habe auch keine Bürgschaft übernommen. Vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sei er nicht befreit. Er verfüge als Einziger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Es erfolge nur eine generelle Abstimmung mit dem Aufsichtsrat ungefähr dreimal pro Jahr.

Mit Bescheid vom 05. Juli 2005 lehnte die Beklagte die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens für die Zeit ab 01. Januar 2004 ab. Es ergebe sich kein Feststellungsinteresse, da der Kläger gemäß eigener Aussage und den vorgelegten Verträgen im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung tätig sei. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag sei gemäß [§ 28m Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) vom Kläger selbst zu tragen, da sein Arbeitgeber eine (juristische) Person sei, die nicht der inländischen Gerichtsbarkeit unterliege und ihrer Zahlungsverpflichtung nach [§ 28e SGB IV](#) nicht nachkomme.

Hiergegen erhob der Kläger am 12. Juli 2005 Widerspruch und machte geltend, dass er nicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in Deutschland verpflichtet sei. Er sei bei einem dänischen Unternehmen abhängig beschäftigt und übe dort seine Tätigkeit mindestens einmal wöchentlich aus. Dass er hin und wieder auch in anderen europäischen Ländern tätig sei, bringe seine Tätigkeit als Geschäftsführer mit sich, ändere an der Bewertung des Beschäftigungsortes aber nichts. Dieser liege, soweit sozialversicherungsrechtlich relevant, in Dänemark. Die Vorschriften über die Versicherungspflicht in Deutschland fänden deshalb auf ihn, den Kläger, keine Anwendung ([§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 3 SGB IV](#)). Hinzu komme, dass er seinen Wohnsitz in Deutschland habe und deshalb gemäß Titel 1 Art. 1b der VO Nr. 1408/71 ein so genannter Grenzgänger sei. Nach Art. 13. 2.a der VO Nr. 1408/71 würden für ihn deshalb ausschließlich die dänischen Rechtsvorschriften gelten. Ausschlaggebend nach der VO Nr. 1408/71 sei, ob seine Tätigkeit in Dänemark und in der Bundesrepublik Deutschland als selbstständige Tätigkeit oder als abhängige Beschäftigung zu werten sei. Sollte seine Tätigkeit sowohl in Dänemark als auch in der Bundesrepublik Deutschland als abhängige Beschäftigung anzusehen sein, fände Art. 14. 2.b.i. der VO Nr. 1408/71 Anwendung. Danach wäre aufgrund seines Wohnsitzes in der Bundesrepublik Deutschland das deutsche Sozialversicherungssystem anzuwenden. Im Fall einer selbstständigen Tätigkeit in Dänemark und in der Bundesrepublik Deutschland fände aufgrund von Art. 14.a Nr. 2 der VO Nr. 1408/71 ebenfalls das deutsche Sozialversicherungssystem Anwendung. Sollte hingegen seine Tätigkeit in Dänemark als abhängige Beschäftigung und in der Bundesrepublik Deutschland als selbstständige Tätigkeit anzusehen sein, wäre über Art. 14.c der VO Nr. 1408/71 das dänische Sozialversicherungssystem anzuwenden. Bereits aus diesem Grund ergebe sich ein Feststellungsinteresse seinerseits. Seine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland stelle eine selbstständige Tätigkeit dar. Er habe in der Bundesrepublik Deutschland keinen Vertragsarbeitgeber. Er unterstehe hinsichtlich seiner Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland keiner Weisungsbefugnis einer anderen Person hinsichtlich Arbeitszeit, -ort und dauer. Er sei als alleiniger Geschäftsführer der E. C. A/S auch nur dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats gegenüber verantwortlich. Diese Verantwortung beziehe sich allerdings ausschließlich auf gesellschaftsrechtliche Aspekte. Er sei in der Lage, eigenverantwortlich Mitarbeiter für die dänische Gesellschaft einzustellen bzw. zu entlassen und könne zudem frei darüber entscheiden, ob Aufträge angenommen oder abgelehnt würden. Die Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland stelle lediglich eine Fortführung seiner Tätigkeit in Dänemark dar.

Mit Widerspruchsbescheid vom 19. Januar 2007 wies die bei der Beklagten gebildete Widerspruchsstelle den Widerspruch zurück. Die Feststellung, dass für die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer seit 01. Januar 2004 bei der E. C. A/S gemäß [§ 28m Abs. 1 SGB IV](#) der Gesamtsozialversicherungsbeitrag von ihm selbst zu zahlen sei, bleibe bestehen. Der Kläger sei nicht am Stammkapital der E. C. A/S beteiligt. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) liege bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt sei, in der Regel ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor (Verweis u. a. auf Urteile des BSG vom 22. August 1973 - [12 RK 24/72](#) - = SozR Nr. 22 zu § 3 AVG und vom 24. Juni 1982 - [12 RK 45/80](#) - in juris). Nur ausnahmsweise könnten bei

einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Verhältnisse so liegen, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen sei. Dies könne in Fällen einer Familien-GmbH oder bei Gesellschaften, in denen familienhafte Bindungen zu Mehrheitsgesellschaftern bestünden, der Fall sein. Familienhafte Bindungen zu dem Gesellschafter, der E. Holding A/S, könnten jedoch nicht bestehen. Der Kläger sei deshalb bei der E. C. A/S als Fremdgeschäftsführer und daher als abhängig Beschäftigter anzusehen. Seine Arbeitsleistung bleibe trotz weitgehender Gestaltungsfreiheit fremdbestimmt, da sie sich in eine vom Mehrheitsgesellschafter vorgegebene Ordnung des Betriebs eingliedere. Dass er alleiniger Geschäftsführer sei und keine Notwendigkeit bestanden habe, ihm Weisungen zu erteilen, sei nicht mit einer Weisungsfreiheit zu verwechseln. Insbesondere habe er nach seinem Vertrag den Anweisungen des Vorstands der Gesellschaft zu folgen. Die Erteilung von Weisungen sei daher jederzeit möglich. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage er auch kein eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Eine Kürzung bzw. den Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage müsse er nicht befürchten. Er habe weder Kapital noch seine Arbeitskraft mit ungewissem Erfolg eingesetzt. Dass seine Tätigkeit aus allen Aufgaben bestehe, die das Management eines Unternehmens beinhalte, sei irrelevant. Mit diesen Aufgaben sei jeder Geschäftsführer betraut. Dies seien keine Umstände, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen würden. Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass der Kläger nach seinem Schreiben vom 11. Oktober 2004 selbst die Auffassung vertreten habe, dass die Tätigkeit ab dem 01. Januar 2004 im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt werde. Auch die von ihm bevollmächtigten Rechtsanwälte seien in ihrer ersten Widerspruchsbegründung davon ausgegangen, dass er ausschließlich als abhängig Beschäftigter tätig sei. Nach einer Gesamtwürdigung überwogen die Merkmale, die das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses belegten. Unabhängig davon, wie die Tätigkeit in Dänemark beurteilt werde, sei nach Art. 14. 2.b.i. bzw. Art. 14.c.a. der VO Nr. 1408/71 deutsches Recht anzuwenden. Dies sei auch mit der Bescheinigung E 101 vom 21. Juni 2004 bereits festgestellt worden. Gemäß [§ 28m Abs. 1 SGB IV](#) habe er als Beschäftigter den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen.

Hiergegen erhob der Kläger am 29. Januar 2007 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) und begehrte die Feststellung, dass seine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2009 eine selbstständige gewesen sei. Er trug vor, der Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 19. Januar 2007 sei rechtswidrig, nachdem die Beklagte bereits mit Bescheid vom 16. November 2006 ihm gegenüber bestätigt habe, dass er eine selbstständige Tätigkeit ausübe und keine Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) bestehe. Vertiefend und durch Beispiele belegt führte er weiter aus, dass ausschließlich er für die Kundenkontakte und Vertragsverhandlungen zuständig sei. Es stehe ihm frei, Mitarbeiter zu entlassen, neue Büros zu eröffnen und Honorarvereinbarungen zu treffen. Im Hinblick auf Gehaltserhöhungen für seine Arbeitnehmer müsse er sich nur an die Richtlinie hinsichtlich des Gesamtbudgets des E.-Konzerns für eine Gehaltserhöhung halten. Innerhalb dieses Gesamtbetrags könne er frei entscheiden. Auch hinsichtlich der Bestimmung seines Arbeitsortes und der Arbeitszeit sei er frei. Mit Blick auf seine Tätigkeit sei er nicht weisungsgebunden, und er sei außerdem befugt, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen. Seine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland sei deshalb als selbstständige Tätigkeit einzustufen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die E. C. A/S in der Bundesrepublik Deutschland kein Unternehmen betreibe und er deshalb bezüglich seiner Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland weisungsunabhängig sei. Ebenfalls weisungsunabhängig sei er hinsichtlich seiner Tätigkeit in Dänemark. Allerdings werde eine Tätigkeit in Dänemark unabhängig von dieser Weisungsunabhängigkeit in der Regel als abhängige Beschäftigung angesehen. Nur in Einzelfällen komme eine selbstständige Tätigkeit in Betracht. Dies gelte in erster Linie dann, wenn die Person eine eigene Firma mit eigenen Angestellten führe. Da er, der Kläger, seine Tätigkeit sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in Dänemark ausübe, seien die Regelungen der VO Nr. 1408/71 zu berücksichtigen. Nach Art. 14.c.a. der VO Nr. 1408/71 finde im Falle einer gleichzeitigen abhängigen Beschäftigung und einer selbstständigen Tätigkeit das Sozialversicherungssystem des Staates Anwendung, in dem die abhängige Beschäftigung ausgeübt werde. Dies sei vorliegend das dänische Sozialversicherungssystem. Sofern man seine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland als abhängige Beschäftigung ansehen würde, fände nach Art. 14.2.b.i der VO Nr. 1408/71 aufgrund seines derzeitigen Wohnsitzes in der Bundesrepublik Deutschland das deutsche Sozialversicherungssystem Anwendung. Er könne in diesem Fall aber nicht verpflichtet werden, auch die Arbeitgeberanteile an die Einzugsstelle abzuführen.

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Mit Urteil vom 22. Dezember 2009 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, dass der Kläger nach dem anwendbaren deutschen Sozialversicherungsrecht eine abhängige Beschäftigung gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ausübe. Die Anwendbarkeit des deutschen Sozialversicherungsrechts ergebe sich aus Art. 14.b.i. der VO Nr. 1408/71. Danach unterliege eine Person, die gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedsstaaten abhängig beschäftigt sei, den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates, in dessen Gebiet sie wohne, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil im Gebiet dieses Staates ausübe. Der Kläger habe seinen Wohnsitz in Deutschland und hier verbringe er auch zwei Fünftel seiner Arbeitszeit. Art. 14.c.1. (richtig Art. 14.c.a) der VO Nr. 1408/71 finde keine Anwendung, denn die Tatsache, dass der Kläger einen Teil seiner Arbeitszeit im Home Office in Filderstadt verbringe, begründe keine Aufspaltung seiner Tätigkeit bei der E. C. A/S in eine selbstständige Tätigkeit und eine abhängige Beschäftigung. Es handle sich um eine Tätigkeit, welche der Kläger an unterschiedlichen Orten teilweise in Dänemark, teilweise in Deutschland und nach seinen Angaben auch teilweise in London und Barcelona ausübe. Diese Tätigkeit sei einheitlich zu betrachten und nicht in verschiedene Bestandteile für die einzelnen Mitgliedsstaaten aufzuspalten. Die Tätigkeit des Klägers sei auch als abhängige Beschäftigung einzuordnen. Ein Geschäftsführer einer GmbH, der am Stammkapital nicht beteiligt sei (Fremdgeschäftsführer), sei nach der Rechtsprechung des BSG (Verweis auf Urteil vom 18. Dezember 2001 - [B 12 KR 10/01 R - SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)) grundsätzlich abhängig Beschäftigter der GmbH und damit versicherungspflichtig. Allenfalls ausnahmsweise könnten besondere Umstände gegen das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses sprechen, beispielsweise die Abbedingung des Selbstkontrahierungsverbotes nach [§ 181 BGB](#), alleinige Branchenkenntnisse des Geschäftsführers, das Bestehen einer Familien-GmbH oder ein erhebliches unternehmerisches Risiko. Vorliegend seien derartige besondere Umstände nach dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Es liege somit nach den Kriterien des BSG eine abhängige Beschäftigung vor. Dem stehe auch nicht der Bescheid vom 16. November 2006 entgegen. Es sei zunächst zu beachten, dass dieser sich nur auf den Zeitraum ab dem 01. Januar 2003 beziehe und eine Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) ablehne. Es seien daher nur Feststellungen bezüglich der Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#), jedoch keine Feststellungen über eine selbstständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung im Rahmen des [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) getroffen worden. Des Weiteren sei ab dem 01. Januar 2004 eine andere Tatsachengrundlage zu beachten, sodass insofern der Bescheid vom 16. November 2006, welcher den Zeitraum ab dem 01. Januar 2003 erfasse, diesbezüglich keine Relevanz mehr habe. Die Beklagte habe damit im Bescheid vom 05. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Januar 2007 zu Recht festgestellt, dass eine abhängige Beschäftigung gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) vorliege. Soweit die Beklagte jedoch anführe, dass der Kläger auch nach [§ 28m Abs. 1 SGB IV](#) Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu zahlen habe, bedürfe es diesbezüglich eines gesonderten Beitragsbescheides. Die diesbezügliche Feststellung in den angefochtenen Bescheiden sei nicht zulässig, da Streitgegenstand nur die Feststellung des

sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers an sich sei. Der Kläger sei hierdurch jedoch nicht in seinen Rechten verletzt, da eine konkrete Beitragsforderung von der Beklagten nicht erhoben worden sei.

Gegen dieses ihm am 25. Januar 2010 zugestellte Urteil hat der Kläger am 04. Februar 2010 Berufung eingelegt. Entscheidend für die Anwendung der Koordinierungsregelungen der VO Nr. 1408/71 sowie der Durchführungsverordnung Nr. 547/72 sei, inwieweit seine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Dänemark als abhängige Beschäftigung oder als selbstständige Tätigkeit anzusehen sei. Auf der Grundlage des dänischen Rechts sei seine Tätigkeit in Dänemark als abhängige Beschäftigung anzusehen. Für seine Tätigkeit in Deutschland sei die Abgrenzung zwischen einer abhängigen Beschäftigung und einer selbstständigen Tätigkeit nach den nationalen Regelungen des jeweiligen Mitgliedstaates unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts durchzuführen. In Deutschland sei seine Tätigkeit als selbstständige Tätigkeit zu werten. Er sei in Deutschland nicht in eine Arbeitsorganisation eingegliedert. Damit sei in Deutschland auch kein "Weisungsgeber" vorhanden. Hier sei er insbesondere auch frei in der Entscheidung, wann er wo seine Tätigkeit ausübe. Auch hinsichtlich der Art der Tätigkeit sei er weitgehend weisungsfrei. Die Betrachtungsweise der Beklagten, wonach die Weisungsgebundenheit gegenüber der E. C. A/S zu einer abhängigen Beschäftigung in Deutschland führe, übersehe die internationale Verflechtung des Sachverhalts. Es sei auch die Regelung des [§ 4 SGB IV](#) (gemeint wohl [§ 5 SGB IV](#)) zu berücksichtigen. Diese Norm befasse sich mit der Frage, wann für einen vorübergehend durch ein ausländisches Unternehmen in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer das deutsche Sozialversicherungssystem zur Anwendung komme. Werde ein Arbeitnehmer eines ausländischen Unternehmens auf der Grundlage eines Anstellungsvertrags mit dem ausländischen Unternehmen zeitlich vorübergehend in Deutschland beschäftigt und richte sich der Entgeltanspruch gegen das ausländische Unternehmen, unterliege der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht dem deutschen Sozialversicherungssystem. Dies gelte nach allgemeiner Auffassung jedenfalls dann, wenn das Arbeitsentgelt nicht durch die ausländische Gesellschaft an die deutsche Gesellschaft weiterbelastet werde. Eine Gehaltsweiterbelastung finde hier bereits mangels deutscher Gesellschaft nicht statt. Diese Rechtslage des [§ 4 SGB IV](#) spreche dafür, dass nach nationalem Verständnis nicht von einer abhängigen Beschäftigung in Deutschland auszugehen werden könne, sofern der Arbeitnehmer auf der Grundlage eines ausländischen Anstellungsvertrags in Deutschland in einem Home Office eingesetzt werde. Auch unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts könne nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei seiner Tätigkeit in Deutschland um eine abhängige Beschäftigung handle. Nach Art. 13 VO Nr. 1408/71 finde grundsätzlich das Sozialversicherungssystem des Staates Anwendung, in dem der Mitarbeiter tätig sei. Werde sowohl eine abhängige Beschäftigung als auch eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt, gelte nach der VO Nr. 1408/71 das Sozialversicherungssystem des Beschäftigungslandes. Es solle daher in erster Linie das Sozialversicherungssystem des Staates Anwendung finden, in dem der Mitarbeiter in eine Arbeitsorganisation eingegliedert sei und dort eine abhängige Beschäftigung ausübe. Er sei eindeutig ausschließlich in die Arbeitsorganisation der E. C. A/S in Dänemark eingegliedert. Lediglich für den Fall, dass gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung in mehreren Mitgliedstaaten ausgeübt werde oder eine Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber in unterschiedlichen Mitgliedstaaten vorliege, stelle die VO Nr. 1408/71 auf das Sozialversicherungssystem des Wohnsitzstaates ab. Bei diesem Tatbestand handle es sich damit um eine Ausnahmeregelung, die eng auszulegen sei. Es seien daher an die Annahme einer abhängigen Beschäftigung im Falle der Tätigkeit eines Arbeitnehmers eines ausländischen Unternehmens in Deutschland hohe Anforderungen zu stellen. Auch der Rechtsgedanke der ab dem 01. Mai 2010 geltenden Verordnung Nr. 883/04 spreche gegen die Anwendung des deutschen Sozialversicherungssystems. Nach Art. 13 Abs. 1 Ziff. a dieser Verordnung finde das Sozialversicherungssystem des Wohnmitgliedstaates nur dann Anwendung, wenn der Mitarbeiter dort einen wesentlichen Teil der Tätigkeit ausübe. Wann von einem wesentlichen Teil der Tätigkeit auszugehen sei, werde in Art. 14 Abs. 8 Verordnung Nr. 987/09 näher definiert. Im Fall einer Beschäftigung sei auf die Arbeitszeit und das Arbeitsentgelt abzustellen. Er übe zwar an zwei Tagen pro Woche eine Tätigkeit in Deutschland aus. Für diese Tätigkeit werde ihm aber kein gesondertes Arbeitsentgelt gezahlt. Es sei daher davon auszugehen, dass seine Tätigkeit in Deutschland nicht als abhängige Beschäftigung anzusehen sei und damit die Sonderregelung des Art. 14c. VO Nr. 1408/71 zur Anwendung komme. Danach gelte das dänische Sozialversicherungssystem, da er in Dänemark eine abhängige Beschäftigung ausübe. Diese sozialversicherungsrechtliche Eingliederung würde auch eine reibungslose Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses ermöglichen. Im Falle einer Anwendung des deutschen Sozialversicherungssystems müsse die E. C. A/S die Beiträge in Deutschland abführen. Die Voraussetzungen der Sonderregelung des [§ 28m SGB IV](#) lägen hier nicht vor. Beiträge seien in Deutschland bislang nicht abgeführt worden. Dies hätte unter Berücksichtigung der Regelung des [§ 28g SGB IV](#) zur Folge, dass er nicht zur rückwirkenden Tragung der Arbeitnehmeranteile herangezogen werden könne. Für den Fall, dass man seine Tätigkeit in Deutschland als abhängige Beschäftigung ansehe, stelle sich die Frage, in welchem Land er seinen Lebensmittelpunkt habe. Im Falle einer ausschließlichen "Abstellung" (gemeint wohl Anstellung) in Dänemark und einer überwiegenden Tätigkeit in Dänemark sei von einem Lebensmittelpunkt in Dänemark auszugehen. Hilfsweise sei darauf hinzuweisen, dass für den Fall, dass die Regelung des Art. 14.1.a. der VO Nr. 1408/71 der Regelung des Art. 14.2.b.i. der VO Nr. 1408/71 vorgehe, nach Art. 14.1.a. der VO Nr. 1408/71 gelte, dass eine Person weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates unterliege, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit zwölf Monate nicht überschreite. Hinsichtlich des Zwölfmonatszeitraums wären nur die Tätigkeitstage zusammenzuzählen. Bei Beginn der gleichzeitigen Tätigkeit in Deutschland und Dänemark sei den Beteiligten nicht bekannt gewesen, wie lange diese Tätigkeit in Deutschland und Dänemark ausgeübt werde. Ergänzend hat der Kläger unter Vorlage der Meldebestätigung der Stadt Filderstadt sowie der Richtlinie für die Gehaltserhöhungen und der Darstellung über die Zuteilung der Gehaltserhöhungen für das Jahr 2006 vorgetragen, dass durch die Konzernleitung nach der Richtlinie aus dem Jahr 2006 eine Gesamtsumme mit Blick auf Gehaltserhöhungen von 3,5 vom Hundert (v.H.) freigegeben worden sei. Die Verteilung dieser Gesamtsumme habe eigenverantwortlich ihm obliegen. Er habe sich in diesem Jahr entschieden, insgesamt nur 3,27 v.H. auszuschütten. Dies habe er eigenverantwortlich entscheiden können. Das Jahresbudget sei durch ihn gemeinsam mit dem jeweiligen Finanzdirektor erstellt worden. Dieses Jahresbudget sei sodann vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats und dem Finanzdirektor der Division genehmigt worden.

Die Beklagte hat zunächst vorgetragen, auf die Beschäftigung des Klägers seien insgesamt die deutschen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit anzuwenden. Der Kläger habe im streitbefangenen Zeitraum eine Beschäftigung für einen dänischen Arbeitgeber in Dänemark und Deutschland ausgeübt. Gemäß Art. 14.2.b.i. der VO Nr. 1408/71 unterliege eine Person, die eine Beschäftigung in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten ausübe, den Rechtsvorschriften des Wohnstaates, sofern die Beschäftigung zum Teil in diesem Mitgliedstaat ausgeübt werde. Unstreitig sei aus ihrer Sicht, dass es sich bei der Erwerbstätigkeit des Klägers um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis handle. Da der Kläger sowohl einen Wohnsitz in Dänemark als auch in Deutschland unterhalte, sei zur Festlegung, ob deutsches oder dänisches Sozialversicherungsrecht zur Anwendung komme, zu prüfen, in welchem Staat der Kläger seinen Lebensmittelpunkt und Hauptwohnsitz unterhalte. Nach dem Akteninhalt habe der Kläger seinen Lebensmittelpunkt und Hauptwohnsitz in Deutschland inne. Der Kläger habe selbst mitgeteilt, dass er Ende 2002 seinen Wohnsitz aus familiären Gründen nach Deutschland verlegt habe. Darüber hinaus hätten er und sein Bevollmächtigter immer Deutschland als Wohnort und Mittelpunkt der Lebensverhältnisse angegeben. Auch spreche die Tatsache, dass der Kläger bis heute Mitglied im (deutschen) Versorgungswerk der Presse sei, eine private

Krankenversicherung bei einem deutschen Versicherungsunternehmen abgeschlossen habe, im Arbeitsvertrag mit dem dänischen Arbeitgeber seine deutsche Anschrift genannt werde und die Tatsache, dass er seinen deutschen Wohnsitz als Home Office bezeichne, für einen Lebensmittelpunkt in Deutschland. Auf die von ihm ausgeübte Beschäftigung seien daher ausschließlich die deutschen Rechtsvorschriften anzuwenden.

Mit Bescheid vom 29. Juni 2011 hat die Beklagte den Bescheid vom 05. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Januar 2007 dahingehend abgeändert, dass in der seit 01. Januar 2004 ausgeübten Beschäftigung des Klägers als Geschäftsführer bei der E. C. A/S Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Versicherungspflicht bestehe dagegen nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 22. Dezember 2009 und den Bescheid der Beklagten vom 05. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 29. Juni 2011 aufzuheben und festzustellen, dass er in seiner Tätigkeit bei der E. C. A/S in Kopenhagen, Dänemark vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2009 nicht versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen sowie die Klage wegen des Änderungsbescheids vom 29. Juni 2011 abzuweisen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten sowie der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Gegenstand des Rechtsstreits ist der gegenüber dem Kläger ergangene Bescheid der Beklagten vom 05. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Januar 2007, in der Fassung des Änderungsbescheids der Beklagten vom 29. Juni 2011. Dieser im Laufe des Berufungsverfahrens ergangene Änderungsbescheid hat den ursprünglich angefochtenen Bescheid vom 05. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Januar 2007 nicht ersetzt, sondern nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur abgeändert. Mit dem ursprünglich angefochtenen Bescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids, wobei die Beklagte im maßgeblichen Widerspruchsbescheid ([§ 95 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)) entgegen den Ausführungen im Bescheid vom 05. Juli 2005 die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens nicht mehr wegen eines fehlenden Feststellungsinteresses ablehnte, traf die Beklagte keine Feststellungen zum von dem Kläger zu entrichtenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag, sondern allein die - nach der Rechtsprechung des BSG (u.a. Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 R 11/07 R](#) - [BSGE 103, 17](#) = [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#)) nicht zulässige - (Elementen)Feststellung, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer bei der E. C. A/S als abhängig Beschäftigter anzusehen sei. An dieser Feststellung hält die Beklagte in dem Änderungsbescheid grundsätzlich fest, ergänzt diese im Änderungsbescheid aber um die konkrete Feststellung, in welchen Zweigen der Sozialversicherung die festgestellte Beschäftigung im jeweiligen Feststellungszeitraum zur Sozialversicherung führt oder geführt hat, nämlich in der gesetzlichen Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung. Der Änderungsbescheid ist nach [§§ 153 Abs. 1, 96 Abs. 1 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Über den Änderungsbescheid entscheidet der Senat auf Klage.

Nicht Gegenstand des Rechtsstreits ist der Bescheid der Beklagten vom 16. November 2006, mit dem die Beklagte festgestellt hat, dass für den Kläger ab 01. Januar 2003 keine Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) bestehe. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit diesem Bescheid auch eine Regelung für die Zeit ab 01. Januar 2004 getroffen wurde, nachdem der Kläger ab 01. Januar 2004 bei der E. C. A/S nicht mehr als freier Mitarbeiter tätig war, denn auf jeden Fall betrifft der Streitgegenstand dieses Bescheids nur das Bestehen der Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#), nicht jedoch die Frage, ob eine Versicherungspflicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung besteht.

2. Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig und insbesondere statthaft. Ein Berufungsausschlussgrund des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) ist nicht gegeben. Insbesondere betrifft die Klage weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt.

3. Die Berufung und die ebenfalls zulässige Klage des Klägers wegen des angefochtenen Änderungsbescheids sind in der Sache nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil vom 22. Dezember 2009 die Klage zu Recht abgewiesen und zutreffend dargelegt, dass der Bescheid vom 05. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Januar 2007 im materiellen Ergebnis rechtmäßig war. Der Kläger hat seine Tätigkeit als Geschäftsführer der in Dänemark ansässigen E. C. A/S in der Zeit vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2009 - auf diesen Zeitraum hat er sein Feststellungsbegehren ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung beim SG begrenzt - als in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig Beschäftigter ausgeübt (hierzu 3.3). Auf die Tätigkeit des Klägers bei der E. C. A/S ist auch das deutsche Sozialversicherungsrecht anwendbar (hierzu 3.4).

3.1 Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hat im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Beklagte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Abs. 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1). Mit dem rückwirkend zum 01. Januar 1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 ([BGBl. 2000 I S. 2](#)) eingeführten Anfrageverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit der Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drucksache. 14/1855 S. 6](#)).

Einen solchen Antrag auf Statusfeststellung hat der Kläger am 04. August 2004 bei der Beklagten gestellt. Sein Begehren auf Ausstellung eines "Befreiungsbescheids" ab 01. Januar 2004 ist als Antrag auf Statusfeststellung auszulegen. Der Kläger begehrt, in der Bundesrepublik Deutschland aufgrund seiner Tätigkeit für die in Dänemark ansässige E. C. A/S keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich. Ein solches stellt insbesondere weder die vom Kläger beantragte, die Entsendung eines Arbeitnehmers in einen anderen EU-Staat oder die Schweiz betreffende Ausstellung der Bescheinigung E 101 noch - wie das SG zutreffend dargelegt hat - das von der Beklagten durchgeführte Verfahren mit Blick auf die Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) und ihr diesbezüglicher Bescheid vom 16. November 2006 dar. Mit diesem Bescheid traf die Beklagte, wobei dahingestellt bleiben kann, welchen Zeitraum dieser Bescheid erfasst, nur Feststellungen hinsichtlich einer Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#), prüfte aber nicht, ob der Kläger eine selbstständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung ausübt.

3.2 In der gesetzlichen Rentenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, der Versicherungspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 1 SGB VI](#)), ebenso unterliegen sie der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung ([§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. 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 (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#)).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) -, veröffentlicht in juris). 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 sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). 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](#)).

3.3 Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen des Klägers, der weder Mitglied des Vorstands der E. C. A/S noch an deren Kapital beteiligt war, für die Zeit vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2009 nach dem zwischen dem Kläger und der E. C. A/S geschlossenen Vertrag vom 15. April 2004 und dem diesem entsprechenden Nachfolgevertrag.

Unter Zugrundelegung dessen überwiegen trotz des umfassenden Aufgabengebiets des Klägers, das das gesamte Management einschließlich Personal betraf, und der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit für die E. C. A/S qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit des Klägers bei der E. C. A/S wurde in Dänemark zwischen dem 01. Januar 2004 und dem 31. Dezember 2009 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Es wurde die dänische Lohnsteuer entrichtet. Dass dies in Deutschland nicht erfolgte, hatte seine Ursache darin, dass die E. C. A/S ihren Sitz in Dänemark hat und deshalb nicht der deutschen Steuerpflicht unterliegt. Auch der Kläger selbst beurteilt seine Tätigkeit bei der E. C. A/S in Dänemark als eine abhängige Beschäftigung. Die vertraglichen Vereinbarungen im zwischen dem Kläger und der E. C. A/S geschlossenen Vertrag vom 15. April 2004 sind für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis auch typisch. Der Kläger erhielt von der E. C. A/S ein jährliches Gehalt, das - zu Beginn - rückwirkend in monatlichen Raten ausbezahlt wurde und sich insgesamt auf 1.155.060 Dänische Kronen belief. Neben diesem festen Grundlohn erhielt der Kläger keine erfolgsabhängigen Tantiemen oder Provisionen. Zudem hatte der Kläger arbeitnemertypische Ansprüche auf Fortzahlung der Bezüge im Falle einer Arbeitsunfähigkeit. Außerdem wurden ihm ein Dienstwagen, ein Zeitungsabonnement und ein privater Telefonanschluss zur Verfügung gestellt. Gleichfalls arbeitnemertypisch erstattete die E. C. A/S dem Kläger in angemessener Höhe Kosten für Dienstreisen und Gästebetreuung und beteiligte ihn an der betrieblichen Altersversorgung. Von den Beiträgen zur betrieblichen Altersversorgung bezahlte die E. C. A/S 10 v. H., der Kläger 5 v. H. Weiter war der Urlaubsanspruch (sechs Wochen pro Jahr) geregelt. Des Weiteren bedurfte der Kläger, wenn er den Wunsch haben sollte, während der Vertragsdauer für andere Arbeitgeber tätig zu sein, der Genehmigung der E. C. A/S. Für die E. C. A/S galt eine zwölfmonatige, für den Kläger eine sechsmonatige Kündigungsfrist.

Für ein Beschäftigungsverhältnis spricht des Weiteren, dass der Kläger nach dem Vertrag vom 15. April 2004 den Anweisungen des Vorstandes der E. C. A/S zu folgen hatte. Nach den Angaben des Klägers stimmte er sich mit dem Aufsichtsrat ungefähr dreimal pro Jahr generell ab. Ferner bedurfte das von ihm erstellte Jahresbudget der Genehmigung des Vorsitzenden des Aufsichtsrates und des Finanzdirektors der E. C. A/S. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger entsprechend seinen Angaben im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Fremdgeschäftsführers einer GmbH durch Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern konnte, sind nicht ersichtlich. Einen Gesellschaftsvertrag, der dies belegen würde, hat der Kläger nicht vorgelegt. Der Kläger war auch nicht vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit. Im Übrigen hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit oder Weisungsfreiheit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Insbesondere bei hochqualifizierten Tätigkeiten ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis eingeschränkt. Hierzu gehört, zumal der

Kläger über langjähriges Fachwissen verfügt, die Tätigkeit des Klägers bei der Führung der E. C. A/S. Auf der anderen Seite kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Selbstständige Handelsvertreter stehen z.B. in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen sie wahrzunehmen haben.

Gegen eine selbstständige Tätigkeit spricht auch, dass der Kläger kein Unternehmerrisiko trug. Der Kläger war an der E. C. A/S kapitalmäßig nicht beteiligt. Der Arbeitsvertrag enthielt auch keine Klauseln, nach denen der Kläger in seiner Position als Geschäftsführer verpflichtet gewesen wäre, etwa im Fall der Krise Kapital der E. C. A/S zur Verfügung zu stellen oder auf einen Teil seines Gehalts zu verzichten. Er hatte auch nicht für von ihm abgeschlossene Verträge und deren Erfüllung persönlich als Arbeitgeber/Unternehmer einzustehen und zu haften. Das Insolvenzrisiko trug allein die E. C. A/S und damit korrespondierend auch die maßgebliche Gewinnaussicht. Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ergibt sich für den Kläger auch nicht dadurch, dass der Erfolg der E. C. A/S insbesondere auch von seinen Fähigkeiten und seinem Engagement abhing. Denn dies unterscheidet seine Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung der eigenen Bezüge sich für die Prosperität des Unternehmens einsetzen und im Übrigen auch unternehmerische (Teil-)Aufgaben wahrzunehmen haben ([§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Betriebsverfassungsgesetz \[BetrVG\]](#); vgl. Bundesarbeitsgericht [BAG] JW 2010, 2746).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die E. C. A/S ihren Sitz in Dänemark hat. Dies hat nicht zur Folge, dass der Kläger in der Bundesrepublik Deutschland bei seiner Tätigkeit im Home Office keinen Arbeitgeber hätte. Der mit der E. C. A/S abgeschlossene Vertrag vom 15. April 2004 und der Nachfolgebertrag waren nicht auf die Tätigkeit in Dänemark beschränkt, sondern galten für sämtliche Beschäftigungs- und Einsatzorte, auch in der Bundesrepublik Deutschland. Der Kläger unterlag auch in der Bundesrepublik Deutschland dem dänischen Arbeitgeber und dessen möglichen Weisungen.

Versicherungsfreiheit nach [§ 1 Satz 4 SGB VI](#) und [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#) lag nicht vor. Nach [§ 1 Satz 4 SGB VI](#) sind Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft nicht rentenversicherungspflichtig bzw. in dem Unternehmen, dem sie angehören, nicht rentenversicherungspflichtig beschäftigt. [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#) bestimmt, dass Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft in Beschäftigungen für das Unternehmen, dessen Vorstand sie angehören, nicht beitragspflichtig in der Arbeitslosenversicherung sind bzw. für das Unternehmen, dessen Vorstand sie angehören, in dieser Beschäftigung versicherungsfrei sind. Der Kläger war im streitigen Zeitraum nicht Vorstand der E. C. A/S, einer Aktiengesellschaft nach dänischem Recht, so dass er schon deshalb nicht wie Mitglieder des Vorstands einer deutschen Aktiengesellschaft von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung ausgenommen war.

3.4 Auf das Beschäftigungsverhältnis des Klägers findet deutsches Sozialversicherungsrecht Anwendung.

Grundsätzlich gelten nach [§ 3 Nr. 1 SGB IV](#) die deutschen Rechtsvorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung für alle Personen, die im Geltungsbereich des Gesetzes beschäftigt sind (Territorialitätsprinzip). Bei einem Vollzug des Beschäftigungsverhältnisses im Inland gilt grundsätzlich deutsches Sozialversicherungsrecht.

Eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip gemäß [§§ 4, 5 SGB IV](#) greift hier nicht ein. Gemäß [§ 5 SGB IV](#) gelten die deutschen Vorschriften nicht für Personen, die im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzbuchs bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in diesen Geltungsbereich entsandt werden, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder des Vertrags voraussichtlich zeitlich begrenzt ist (Einstrahlung). Umgekehrt gilt Entsprechendes für die in [§ 4 SGB IV](#) geregelten Fälle der Entsendung in das Ausland (Ausstrahlung). Im Falle des Klägers lag weder eine Ausstrahlung noch eine Einstrahlung vor. Mit Blick auf die Ausstrahlung fehlt es an einem in der Bundesrepublik Deutschland bestehenden Beschäftigungsverhältnis und der Entsendung in ein anderes Land. Aber auch eine Einstrahlung ist hier nicht anzunehmen. Eine solche scheidet zwar nicht am fehlenden Beschäftigungsverhältnis mit der E. C. A/S in Dänemark. Der Kläger wurde von der E. C. A/S jedoch nicht in die Bundesrepublik Deutschland entsandt. Im Arbeitsvertrag des Klägers mit der E. C. A/S findet sich keine Vorgabe, dass er seine Tätigkeit nicht in Dänemark, sondern im Ausland, hier speziell in der Bundesrepublik Deutschland zu verrichten habe. Die teilweise Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland ist bedingt durch die Geschäftskontakte und die Tatsache, dass der Kläger bezüglich des Arbeitsorts nicht an den Sitz der E. C. A/S in Kopenhagen gebunden ist, sondern auch von seinem Home Office aus, das sich in der Bundesrepublik Deutschland befindet, arbeiten kann.

Die Anwendung deutschen Sozialversicherungsrechts ergibt sich auch aus Art. 14.2.b.i. der VO Nr. 1408/71, die gemäß [§ 6 SGB IV](#) dem deutschen Recht vorgeht.

Nach Art. 14.2.b.i. der VO Nr. 1408/71 unterliegt eine Person, die gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedsstaaten abhängig beschäftigt ist, den Vorschriften des Mitgliedstaates in diesem Gebiet sie wohnt, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil im Gebiet dieses Staates ausübt oder wenn sie für mehrere Unternehmen und/oder mehrere Arbeitgeber tätig ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz im Gebiet verschiedener Mitgliedsstaaten haben.

Der Kläger war im Zeitraum vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2009 im Gebiet von mindestens zwei Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, nämlich in der Bundesrepublik Deutschland und in Dänemark beschäftigt. Hierbei handelte es sich auch um eine abhängige Beschäftigung. Insoweit wird auf die Ausführungen zur abhängigen Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland verwiesen (3.3). Dass es sich bei der Beschäftigung in Dänemark um eine abhängige Beschäftigung handelte, bestreitet im Übrigen auch der Kläger nicht. Der Kläger, der sowohl in Dänemark als auch in der Bundesrepublik Deutschland einen Wohnsitz hat, hatte in der streitigen Zeit auch seinen Hauptwohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland. Dies ergibt sich daraus, dass der Kläger seit 1988 mit einziger Wohnung in Filderstadt in der Bundesrepublik Deutschland gemeldet ist. Des Weiteren gab der Kläger an, dass er 2003 wieder in die Bundesrepublik Deutschland zurückgekehrt sei. Hier wohnt auch seine Ehefrau. Außerdem gab der Kläger stets nur die Bundesrepublik Deutschland als Wohnort und Adresse an. Der Kläger ist auch nach wie vor Mitglied im deutschen Versorgungswerk der Presse und verfügt über eine private Krankenversicherung bei einem deutschen Versicherungsunternehmen. Im Arbeitsvertrag mit der E. C. A/S wurde als Wohnsitz des Klägers ebenfalls nur die Adresse in der Bundesrepublik Deutschland genannt. Dass es sich bei der Tätigkeit auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland um den wesentlichen Teil der Beschäftigung handelte, sieht Art. 14.2.b.i. der VO Nr. 1408/71 im Hinblick auf die Anwendung des deutschen Rechts nicht vor. Entscheidend für die Anwendung der Rechtsvorschriften ist insoweit allein, dass die Tätigkeit auch, nach dem Wortlaut der Norm jedoch nicht überwiegend, im Gebiet dieses Staates ausgeübt wird. Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb,

weil nach Art. 13 Abs. 1 Ziff. a der ab 01. Mai 2010 geltenden Verordnung Nr. 883/04 nunmehr das Sozialversicherungssystem des Mitgliedsstaates nur dann Anwendung findet, wenn der Mitarbeiter dort einen wesentlichen Teil der Tätigkeit ausübt. Dies war nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 14.c.1. der VO Nr. 1408/71 bis zum 30. April 2010 und damit auch in der streitigen Zeit vom 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2009 noch nicht der Fall.

Eine andere rechtliche Beurteilung ergibt sich nicht aus Art. 13.2.a. der VO Nr. 1408/71, wonach eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliegt, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates hat. Diese Vorschrift betrifft die sogenannten Grenzgänger. Eine solche Konstellation liegt beim Kläger indessen nicht vor, denn er ist nicht nur in Dänemark abhängig beschäftigt und wohnt in der Bundesrepublik Deutschland, vielmehr arbeitet er teilweise auch in der Bundesrepublik Deutschland und wohnt teilweise auch in Dänemark.

Auch auf Art. 14c.a. der VO Nr. 1408/71 kann sich der Kläger im Hinblick auf die Nichtanwendung deutschen Sozialversicherungsrechts nicht stützen. Danach unterliegt eine Person, die im Gebiet verschiedener Mitgliedsstaaten gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung und eine selbstständige Tätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaats, in dessen Gebiet sie eine abhängige Beschäftigung ausübt. Notwendig wäre insoweit, dass der Kläger in Dänemark eine abhängige Beschäftigung und in der Bundesrepublik Deutschland eine selbstständige Tätigkeit ausüben würde. Dies ist - wie ausgeführt (3.3) - jedoch nicht der Fall. Es handelt sich jeweils um eine abhängige Beschäftigung.

Auch aus Art. 14.1.a. der VO Nr. 1408/71 lässt sich die Nichtanwendung deutschen Sozialversicherungsrechts nicht herleiten. Art. 14.1.a. der VO Nr. 1408/71 bestimmt, dass eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird, und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates entsandt wird, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates unterliegt, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist. Insoweit fehlt es nicht nur daran, dass die Dauer der Tätigkeit des Klägers in der Bundesrepublik Deutschland, nachdem er einen Drei-Jahresvertrag abgeschlossen hatte, die Dauer von zwölf Monaten überschritt. Darüber hinaus liegt aber auch keine Entsendung vor. Wie bereits ausgeführt (3.4), wurde der Kläger von der E. C. A/S nicht in die Bundesrepublik Deutschland zur Ausführung seiner Arbeit entsandt.

Schließlich ist dänisches Recht auch nicht deshalb maßgeblich, weil die Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses unter Anwendung dänischen Rechts einfacher wäre. Die einfachere Abwicklung ist nach den genannten maßgeblichen Rechtsvorschriften nicht das für die Anwendung des Rechts entscheidende Kriterium.

4. Der Senat konnte ohne Beiladung der E. C. A/S entscheiden. Die Notwendigkeit der Beiladung hätte nur dann bestanden, wenn die E. C. A/S für den Fall der Feststellung der abhängigen Beschäftigung in einzelnen Sozialversicherungszweigen den - noch festzustellenden - Sozialversicherungsbeitrag zu erfüllen hätte. Dies ist nach [§ 28m Abs. 1 SGB IV](#) indessen nicht der Fall. Die E. C. A/S ist eine juristische Person, die als ausländische Gesellschaft der inländischen Gerichtsbarkeit nicht untersteht und die ihre Zahlungspflicht nach [§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) nicht erfüllt. In diesem Fall hat nicht die E. C. A/S, sondern der Kläger den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen, weshalb eine Beiladung nicht notwendig war.

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

6. Gründe für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-04-13