

L 8 R 530/13

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 23 R 1274/12
Datum
23.04.2013
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 530/13
Datum
02.04.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 23.4.2013 wird zurückgewiesen. Die Klagen gegen die Bescheide vom 15.11.2013 werden abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsrechtszug nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob für die bei der Klägerin zu 2) ausgeübte Tätigkeit des Klägers zu 1) als Fremdgeschäftsführer ab dem 1.7.2010 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Bei der Klägerin zu 2) handelt es sich um eine im Handelsregister des Amtsgerichtes C (HRB 000) eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), welche zum E-Konzern gehört. Sie erbringt Dienstleistungen auf dem Gebiet des elektronischen Zahlungsverkehrs. Alleinige Gesellschafterin der Klägerin zu 2) ist die E Beteiligungen Holding GmbH, deren Anteile wiederum zu 100 v.H. von der E AG als Konzernmutter gehalten werden.

Die Klägerin zu 2) firmierte ursprünglich unter dem Namen "J GmbH". Zu diesem Zeitpunkt bestand zwischen ihr und der E Beteiligungen Holding GmbH als ihrer alleinigen Gesellschafterin ein auf den 30.10.2003 datierender Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Dort war u.a. in § 1 vereinbart:

1. Die J GmbH unterstellt die Leitung ihrer Gesellschaft der E Beteiligungen Holding GmbH. Die E Beteiligungen Holding GmbH ist demgemäß berechtigt, der Geschäftsführung der Organgesellschaft Weisungen zu erteilen. Die Geschäftsführung der Organgesellschaft verpflichtet sich, derartigen Weisungen Folge zu leisten. Das Weisungsrecht erstreckt sich nicht darauf, diesen Vertrag zu ändern, aufrecht zu erhalten oder zu beenden.
2. Das Recht zur Erteilung von Weisungen gilt ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieses Vertrages.

Nach der Eintragung der Umfirmierung ins Handelsregister am 25.2.2010 und anlässlich der Beantragung einer Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten [Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG)] bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), um als Zahlungsinstitut im Inland gewerbsmäßig Zahlungsdienste erbringen zu können, gaben die Klägerin zu 2) und die E Beteiligungen Holding GmbH im Hinblick auf den o.g. Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag und nach eigenem Bekunden auf Aufforderung durch die BaFin am 7.6.2010 eine von den unterzeichnenden Parteien so bezeichnete "Verbindliche Erklärung" ab. Dort heißt es u.a. unter Ziff. 2:

"a) Die E Beteiligungen Holding GmbH als Organträgerin verpflichtet sich und erklärt hiermit verbindlich, dass sie keine Weisungen erteilen wird, deren Ausführung zur Folge hat, dass die E Zahlungsdienste GmbH oder ihre Organe bzw. ihre Geschäftsleiter gegen ihnen durch das ZAG, KWG, GwG oder sonstige für Zahlungsinstitute verbindliche gesetzliche oder aufsichtsrechtliche Regelungen auferlegte Pflichten verstoßen.

Die E Beteiligungen Holding GmbH wird die nach dem ZAG bestehende Alleinverantwortung der Geschäftsleitung der E Zahlungsdienste GmbH bei ihren Weisungen beachten."

- b) Die E Beteiligungen Holding GmbH verzichtet hiermit ausdrücklich auf die Erteilung jedweder Weisungen, die dem vorstehend unter 1 a)

erklärten zuwiderlaufen (nachstehend "aufsichtsrechtlich unzulässige Weisungen"). Es wird klargestellt, dass aufsichtsrechtlich unzulässige Weisungen durch die E Zahlungsdienste GmbH nicht verbindlich sind und weder von ihr bzw. ihren Geschäftsleitern noch von sonstigen für sie handelnden Personen umgesetzt werden müssen."

Nachfolgend kündigten die Vertragsparteien zum 31.12.2010 den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag und schlossen sodann mit Datum vom 8.3.2011 einen reinen Ergebnisabführungsvertrag, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird.

Mit Erteilung der beantragten Erlaubnis handelt es sich bei der Klägerin zu 2) nunmehr um ein Zahlungsinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG, das als solches der fortlaufenden Aufsicht der BaFin untersteht. Nach § 2 des Gesellschaftsvertrags der Klägerin zu 2) vom 6.8.2010 umfasst ihr Unternehmensgegenstand die Erbringung von Zahlungsdiensten im Sinne des § 1 Abs. 2 ZAG, nämlich das Lastschriftgeschäft ohne und mit Kreditgewährung, das Überweisungsgeschäft ohne und mit Kreditgewährung sowie das Zahlungsauthentifizierungsgeschäft. Die Gewährung von Krediten gemäß § 19 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) erfolgt ausschließlich im Zusammenhang mit der Erbringung von Zahlungsdiensten. Ferner ist die Erbringung betrieblicher und mit den Zahlungsdiensten eng verbundener Nebendienstleistungen im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 ZAG sowie alle sonstigen Geschäftstätigkeiten, die erforderlich und geeignet sind, um den Geschäftszweck der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu erreichen, inbegriffen. Organe der über ein Stammkapital von 25.000,00 Euro verfügenden Gesellschaft sind die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung (§§ 5, 6 des Gesellschaftsvertrags). Nach § 7 des Gesellschaftsvertrags hat die Klägerin zu 1) zwei oder mehr Geschäftsleiter, die als Geschäftsführer bestellt sind. Sie wird durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Dabei kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung einzelnen oder allen Geschäftsführern die Befugnis zur Einzelvertretung übertragen sowie die Befreiung von Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) erteilt werden. Die Geschäftsführer sind an die Regelungen des Gesellschaftsvertrags sowie an die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung gebunden (§ 7 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags). Die Gesellschafterversammlung kann zustimmungsbedürftige Geschäfte in eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung aufnehmen (§ 8 des Gesellschaftsvertrags). Gesellschafterbeschlüsse werden, soweit das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag nicht andere Mehrheiten vorsehen, mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (§ 10 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags). Im Übrigen wird auf die Regelungen des Gesellschaftsvertrags Bezug genommen.

Nach der Geschäftsordnung der Klägerin zu 2) hat die Geschäftsführung in ihrer Gesamtheit und jedes einzelne Geschäftsführungsmitglied bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft die gesetzlichen Bestimmungen sowie die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und der Geschäftsordnung gewissenhaft zu beachten (§ 1 Satz 1 der Geschäftsordnung). Ferner heißt es dort auszugsweise wörtlich:

"[] § 2 Gesamt- und Einzelgeschäftsführung

Die Geschäftsführung führt die Geschäfte der Gesellschaft gesamtverantwortlich nach einheitlichen Zielsetzungen, Plänen und Richtlinien. Unbeschadet der Gesamtverantwortung der Geschäftsführung handelt jedes Geschäftsführungsmitglied in dem ihm zugewiesenen Ressort eigenverantwortlich, ist aber gehalten, die ressortbezogenen Interessen stets dem Gesamtwohl des Unternehmens unterzuordnen.

§ 3 Ressortverteilung

1. Die Aufgabenverteilung innerhalb der Geschäftsführung regeln die Mitglieder der Geschäftsführung im Einvernehmen mit der Gesellschafterversammlung in einem Geschäftsverteilungsplan, der dieser Geschäftsordnung als Anlage beigelegt ist.

2. Bestehen zwischen einzelnen Geschäftsführern Meinungsverschiedenheiten über die Ressortabgrenzung entscheidet hierüber die Gesellschafterversammlung.

§ 4 Gesamtverantwortung

Unbeschadet dieser Ressortzuständigkeit wird jeder Geschäftsführer alle für den Geschäftsverlauf der Gesellschaft entscheidenden Daten laufend verfolgen, um jederzeit auf die Abwendung drohender Nachteile, auf wünschenswerte Verbesserungen oder zweckmäßige Änderungen durch Anrufung der Gesamtgeschäftsführung oder sonst auf geeignete Weise hinwirken zu können.

[] § 6 Zwingende Entscheidungsbefugnis der Gesamtgeschäftsführung

Die Gesamtgeschäftsführung beschließt über alle Angelegenheiten, die von besonderer Bedeutung und Tragweite für die Gesellschaft sind, insbesondere über:

a) Angelegenheiten, in denen das Gesetz, der Gesellschaftsvertrag, die Konzernrichtlinien in ihrer jeweils gültigen Fassung oder diese Geschäftsordnung eine Entscheidung über die Gesamtgeschäftsführung vorsehen,

b) den Jahresabschluss der Gesellschaft,

c) Angelegenheiten, die der Gesellschafterversammlung vorzulegen sind,

d) Fragen der Geschäftsordnung und der Geschäftsverteilung,

e) Angelegenheiten, die ein Mitglied der Geschäftsführung der Gesamtgeschäftsführung zur Entscheidung vorlegt.

[] § 8 Zustimmungspflichtige Geschäfte der Geschäftsführung

Die Geschäftsführung legt bis spätestens zum Ende eines jeden Geschäftsjahres den Wirtschafts- und Finanzplan für das folgende Geschäftsjahr der Gesellschafterversammlung zur Zustimmung vor. Darüber hinaus bedarf die Geschäftsführung für folgende Geschäfte und Maßnahmen, soweit sie nicht im jeweiligen Wirtschafts- und Finanzplan enthalten sind, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung:

1. Veräußerung des Unternehmens oder von wesentlichen Teilen, Aufgabe wesentlicher neuer Tätigkeitsgebiete sowie Aufgabe vorhandener wesentlicher Tätigkeitsgebiete;
2. Erwerb von und Verfügung über Beteiligungen an anderen Unternehmen: ferner Abschluss, Änderung und Aufhebung von stillen Gesellschafts-, Betriebsüberlassungs-, Interessengemeinschafts- sowie anderen Unternehmensverträgen;
3. Errichtung oder Aufgabe von Zweigniederlassungen;
4. Erwerb, Belastung und Veräußerung von Grundstücken und/oder grundstücksgleichen Rechten und Errichtung von Gebäuden;
5. Durchführung von Investitionen (auch auf Leasingbasis), soweit die Anschaffungs- oder Herstellungskosten innerhalb eines Jahres Euro 100.000,- überschreiten.
6. Abschluss, Änderung oder Beendigung von Miet-, Pacht-, Lizenz- oder sonstigen Verträgen mit einer Laufzeit oder Kündigungsfrist von mehr als fünf Jahren und/oder einer Jahresmiete oder Pacht von mehr als Euro 50.000,-;
7. Bestellung von Prokuristen, General- und Handlungsbevollmächtigten für den gesamten Geschäftsbetrieb;
8. Abschluss, Änderung und einvernehmliche Aufhebung von Anstellungs-, Beratungs- und ähnlichen Verträgen, soweit die Jahresbezüge Euro 10.000,- übersteigen oder durch eine Änderung übersteigen würden oder mit einer längeren Kündigungsfrist als sechs Monaten;
9. Übernahme von Bürgschaften, Abgabe von Patronatserklärungen oder Garantieverprechen, soweit diese nicht zum üblichen Geschäftsverkehr gehören, sowie die Übernahme der dinglichen Haftung für fremde Verbindlichkeiten;
10. Aufnahme von langfristigen Krediten sowie von solchen, durch die die von der Gesellschafterversammlung gebilligten Kreditlinien überschritten werden;
11. Gewährung von Darlehen außerhalb des üblichen Geschäftsbetriebes;
12. Einleitung von Aktivprozessen mit einem Streitwert von mehr als Euro 100.000,-, Abschluss von Vergleichen oder Erlass von Forderungen, soweit dies außerhalb des üblichen Geschäftsverkehrs geschieht,
13. Erlass von Betriebsordnungen;
14. Vereinbarungen über Altersversorgungen, Gewinnbeteiligungen oder sonstige Zuwendungen an Belegschaftsmitglieder mit Ausnahme der üblichen Weihnachtsgratifikation;
15. Wahrnehmung der Gesellschafterrechte bei Beteiligungsgesellschaften;
16. Verträge mit Gesellschaftern, Geschäftsführern oder ihnen nahestehenden Personen;
17. Alle Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, zu deren Vornahme sich die Gesellschafterversammlung die Zustimmung vorbehalten hat;
18. Alle Rechtsgeschäfte von grundsätzlicher oder im Einzelfall außerordentlicher Bedeutung.

Der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen auch alle Rechtsgeschäfte gemäß Ziff. 1-4, die bei Tochtergesellschaften der E Zahlungsdienste GmbH zur Entscheidung anstehen.

§ 9 Urlaub- und Dienstreisen

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben Zeit und Dauer von Urlaub und Dienstreisen kollegial abzustimmen. []"

Im Übrigen wird auf den Inhalt der Geschäftsordnung Bezug genommen.

Die Geschäftsführung der Klägerin zu 2) wird durch zwei Geschäftsführer, die gleichzeitig Geschäftsleiter nach § 1 Abs. 8 Satz 1 ZAG sind, getragen. Der Kläger zu 1) ist nach dem vorgelegten Geschäftsverteilungsplan im Wesentlichen für Risikomanagement, Controlling, Rechnungswesen, Finanzen sowie für das Anzeige- und Meldewesen zuständig. Das Aufgabengebiet des weiteren Geschäftsführers, Herrn L, liegt demgegenüber vornehmlich im Bereich Vertrieb, Produktgestaltung, Personal und in der Auslagerung von IT-Leistungen sowie der Geldwäsche compliance.

Die Klägerin zu 2) ist dabei nach § 1 Abs. 2, 3 des mit dem Kläger zu 1) geschlossenen Anstellungsvertrags vom 29.3.2010 (verlängert durch Änderungs- und Verlängerungsvertrag zum 1.7.2013) berechtigt, ihm innerhalb der Gesellschaft sowie innerhalb einer anderen zum Konzern gehörenden Gesellschaft vorübergehend oder dauerhaft eine zusätzliche oder eine andere, seiner Position, Eignung und Qualifikation entsprechende Tätigkeit zu übertragen. Der Vorbehalt erstreckt sich auch auf die Versetzung an einen anderen Ort. Im Fall der konzernweiten dauerhaften Versetzung stimmt der Kläger zu 1) einer Vertragsübernahme des aufnehmenden Unternehmens bereits im Anstellungsvertrag zu. Als Vergütung erhielt der Kläger zu 1) zunächst bis zum 30.6.2013 ein festes Jahresgehalt von 85.000,00 Euro brutto, welches nach Abzug der gesetzlichen Abgaben in zwölf gleichen Beträgen ausbezahlt wurden (§ 7 Abs. 1 des Anstellungsvertrags). Zudem vereinbarten die Kläger die Teilnahme des Klägers zu 1) an einem variablen Vergütungssystem, dessen Rahmenbedingungen in § 7 Abs. 2 des Anstellungsvertrags niedergelegt wurden. Die Höhe der variablen Zielvergütung betrug dabei 30.000,00 Euro brutto pro Geschäftsjahr. Zum 1.7.2013 vereinbarten die Kläger ein festes Jahresgehalt von nunmehr 100.000,00 Euro und eine variable Zielvergütung von 32.000,00 Euro brutto pro Geschäftsjahr (§ 7 des Änderungs- und Verlängerungsvertrags). Ferner heißt es im Anstellungsvertrag auszugsweise

wörtlich:

"[] § 3 Nebentätigkeit, Wettbewerbsverbot

1. Die Pflichten des Herrn S bestimmen sich nach Maßgabe dieses Vertrages, der gesetzlichen Bestimmungen, des Gesellschaftsvertrages, der jeweils geltenden Geschäftsordnung der Gesellschaft sowie der Weisungen der Gesellschafterversammlung. Herr S hat die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen.

2. Jede Nebentätigkeit, gleichgültig ob sie entgeltlich oder unentgeltlich ausgeübt wird, ist vor deren Aufnahme der Gesellschaft schriftlich anzuzeigen. Die Gesellschaft kann die Nebentätigkeit untersagen, wenn die Wahrnehmung der vertraglichen Aufgaben oder sonstige berechnigte Interessen der Gesellschaft durch die Nebentätigkeit beeinträchtigt werden können. Satz 1 und 2 gelten entsprechend für eine direkte oder indirekte kapitalmäßige Beteiligung an einem Unternehmen ab einer Höhe von 10 Prozent der Gesellschafteranteile sowie für eine Mitwirkung in Aufsichtsorganen einer anderen Gesellschaft.

3. []

4. Veröffentlichungen, Vorträge und Interviews, deren Inhalte in einem sachlichen Zusammenhang mit der Tätigkeit von Herrn S stehen, bedürfen der vorherigen Abstimmung mit der Gesellschaft. Ebenso darf die Zugehörigkeit von Herrn S bei Veröffentlichungen, Vorträgen und Interviews nur nach vorheriger Abstimmung mit der Gesellschaft nach außen in Erscheinung treten.

[] § 5 E E Code of Conduct

Die Standards und Regelungen des E E Code of Conduct in seiner jeweils geltenden Fassung wird Herr S als Teil seiner anstellungsvertraglichen Pflichten beachten und einhalten und seine Entscheidungen in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Code of Conduct treffen. Des Weiteren wird Herr S die Umsetzung des Code of Conduct in der Organisationseinheit, für die er zuständig ist, nach besten Kräften fördern. Hierzu wird er auf die Einhaltung der Bestimmungen des Code of Conduct durch die in seiner Organisationseinheit tätigen Mitarbeiter achten und die Mitarbeiter insoweit auch informierend und beratend unterstützen.

[] § 8 Arbeitszeit

Der Geschäftsführer hat seine volle Arbeitskraft sowie sein ganzes Wissen und Können in die Dienste der Gesellschaft zu stellen. Herr S hat jederzeit, soweit dies das Wohl der Gesellschaft erfordert, zu ihrer Verfügung zu stehen und ihre Interessen wahrzunehmen.

§ 9 Arbeitsverhinderung, Erkrankung

Im Falle einer Erkrankung oder einer sonstigen Arbeitsverhinderung ist Herr S verpflichtet, die Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer der Gesellschaft unverzüglich mitzuteilen.

§ 10 Gehaltsfortzahlung, variable Vergütung bei Arbeitsunfähigkeit

1. Im Falle unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit - auch unfallbedingt - erhält Herr S Entgeltfortzahlung entsprechend den Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG). Das Gehalt gemäß § 7 Abs. 1 des Vertrages wird abweichend von [§ 3 Abs. 1 EFZG](#) für die Dauer von 13 Wochen gezahlt.

2. Der Anspruch nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 des Vertrages vermindert sich pro rata temporis, wenn die Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen länger als sechs Monate dauert. Etwaige gesetzliche Ansprüche bleiben unberührt.

3. []

§ 11 Krankheitsfürsorge

Herr S erhält nach Maßgabe der Bestimmungen des Sozialgesetzbuch ([§ 257 SGB V](#), [61 SGB XI](#)) einen Zuschuss der Gesellschaft zur Kranken- und Pflegeversicherung.

[] § 14 Besteuerung

Die Steuern für geldwerte Leistungen aus diesem Vertrag hat Herr S zu zahlen.

§ 15 Urlaub

Herrn S steht ein jährlicher bezahlter Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen zu. Arbeitstage sind die Werkstage von Montag bis Freitag. Der Urlaub ist so zu legen, dass die Belange der Gesellschaft nicht beeinträchtigt werden. Die Lage des Urlaubs ist mit dem Vorsitzenden des Gesellschafterausschusses abzustimmen. Zur Abwicklung des Urlaubs finden die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes (Übergangsregelung) entsprechend Anwendung.

[] § 18 Haftung des Geschäftsführers

Bzgl. der Haftung des Geschäftsführers gelten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die Vorschriften des GmbH-Gesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuches. Für die Gesellschaft wird eine D & O Versicherung oder erforderlichenfalls ein Adäquat geschlossen, die sich an die spezifischen Risiken der aufsichtsrechtlichen Aspekte für Zahlungsdienste orientierte.

[] § 22 Freistellung von der Arbeitspflicht, Anrechnungsregelung, Urlaubsabgeltung

1. Die Gesellschaft ist berechtigt, Herrn S bei Fortzahlung der Vergütung nach § 7 vorübergehend von der Verpflichtung der Dienstleistung freizustellen, wenn überwiegende Interessen der Gesellschaft an der Freistellung vorliegen. []"

Im Übrigen wird auf den Inhalt der Verträge Bezug genommen. Seit Beginn der Tätigkeit führte die Klägerin zu 2) für den Kläger zu 1) Lohnsteuer sowie Abgaben zur Sozialversicherung ab.

Am 19.8.2011 stellte die Klägerin zu 2) bei der Beklagten einen Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status nach [§ 7a Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#). Der Kläger zu 1) sei nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) bei ihr beschäftigt und unterliege somit auch nicht der Versicherungspflicht in den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung. Das bestehende Anstellungsverhältnis sei durch banken- und aufsichtsrechtliche Vorschriften überlagert. Diese erforderten, dass der Kläger zu 1) trotz seiner Eigenschaft als Fremdgeschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit von den Weisungen sowohl der Klägerin zu 2) als auch der alleinigen Gesellschafterin der Klägerin zu 2) und der E AG als Konzernmutter unabhängig sei. Für den Kläger zu 1) als Geschäftsleiter im Sinne des ZAG seien besondere Vorschriften anzuwenden, die vergleichbar mit den Aufsichtsprinzipien seien, die für Geschäftsleiter von Kreditinstituten nach dem KWG gelten (insbesondere nach [§ 1 Abs. 2](#), [§ 33 Abs. 2 KWG](#)). Der damit anzuwendende Grundsatz der Alleinverantwortlichkeit der Geschäftsleitung besage, dass nur die Geschäftsleitung eines beaufsichtigten Instituts gegenüber der BaFin für die Führung der Geschäfte verantwortlich sei. Ein Entscheidungsvorbehalt eines Aufsichtsorgans oder eines sonstigen Dritten, der fühlbar in die Geschäftsleitung eingreife, werde von der BaFin regelmäßig als mit den Grundsätzen der [§§ 33 bis 36 KWG](#) nicht vereinbar beanstandet. Ein uneingeschränktes Weisungsrecht eines Gesellschafters oder einer für den Gesellschafter handelnden Person sei aufsichtsrechtlich nicht zulässig. Dass die BaFin diese Ansicht auch im Rahmen des ZAG vertrete, zeige gerade ihre Beanstandung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag vom 30.10.2003, welche die sog. verbindliche Erklärung vom 7.6.2010 veranlasst habe. Käme der Kläger zu 1) als Geschäftsleiter daher aufsichtsrechtlich zu beanstandenden Weisungen nach, könnte die BaFin letztlich seine Abberufung verlangen (§ 15 ZAG bzw. § 36 KWG). Das Prinzip der Weisungsfreiheit und Alleinverantwortung des Geschäftsleiters korrespondiere zudem mit dem Prinzip der nach dem ZAG geforderten Geschäftsleiterqualifikation. Denn nur der Geschäftsleiter, nicht aber die Gesellschafter etc. würde von der BaFin auf berufliche Erfahrungspraxis hin geprüft. Der Kläger zu 1) sei daher auch sozialversicherungsrechtlich in der Bestimmung von Art, Ort, Zeit und Dauer der zu leistenden Arbeit frei.

Die Beklagte hörte die Kläger sodann mit Schreiben vom 14.12.2011 zu ihrer Absicht an, die Tätigkeit des Klägers zu 1) bei der Klägerin zu 2) ab dem 1.7.2010 als abhängige Beschäftigung zu werten.

Dem traten die Kläger entgegen. Die Tätigkeit des Klägers zu 1) sei der eines Vorstandes im Rahmen einer Aktiengesellschaft vergleichbar und bereits aus diesem Grunde nicht als abhängige Beschäftigung zu werten. Der Kläger zu 1) entwickle als Geschäftsleiter die Geschäftsstrategie des Unternehmens selbständig mit dem zweiten Geschäftsleiter, Herrn L. Beide handelten frei von Weisungen des Gesellschafters bzw. der Konzernmutter, die aufgrund bankenrechtlicher Anforderungen auch nicht befugt seien, ihnen Weisungen zu erteilen. Strategische Ausrichtungen würden weisungsunabhängig beschlossen und ausgeführt. Dies gelte insbesondere im Bereich der Gründung von Tochtergesellschaften im In- und Ausland, der Einrichtung neuer Geschäftszweige, der Entscheidung unternehmerischer Maßnahmen, die zu einer Reduktion oder dem Aufbau von Personal führten, sowie grundsätzlicher strategischer Entscheidungen über die Ausrichtung der Tätigkeit der Gesellschaften. Zudem müsse das Risikomanagement durch die Geschäftsleiter selbst- und eigenständig verantwortet werden. Dies ergebe sich bereits aus einem Rundschreiben der BaFin vom 15.12.2010 (Mindestanforderungen an das Risikomanagement - MaRisk -, dort AT 4.2.3), wonach die Geschäftsleitung die Verantwortung für die Festlegung und Anpassung der Strategien trage und diese Verantwortung nicht delegierbar sei. Dass die Geschäftsleiter auch sonst weisungsfrei seien, zeige sich darin, dass beide Geschäftsführer entgegen der Empfehlungen der Gesellschafter die Entwicklung zweier Produkte abgelehnt hätten, da diese ihrer Ansicht nach den Anforderungen des Aufsichtsrechts sowie den Regelungen zur Geldwäsche-Bekämpfung nicht gerecht geworden wären.

Mit Bescheiden vom 29.2.2012 stellte die Beklagte gegenüber den Klägern fest, dass der Kläger zu 1) die Tätigkeit bei der Klägerin zu 2) seit dem 1.7.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Versicherungspflicht bzw. -freiheit bestehe gemäß Anmeldung. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass ein gesonderter Anstellungsvertrag geschlossen worden sei und für die Tätigkeit ein monatliches übliches Arbeitsentgelt gezahlt werde. Der Kläger zu 1) habe mangels eigener Anteile am Stammkapital keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Es bestehe Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung. Für eine selbständige Tätigkeit spreche lediglich, dass er indirekt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt werde.

Dagegen legten die Kläger am 29.3.2012 Widerspruch ein. Sie wiederholten und vertieften ihren Vortrag aus dem Anhörungsverfahren. Aufgrund des nahezu identischen Wortlautes der Kernvorschriften nach § 9 Nr. 4, 5 ZAG einerseits sowie [§ 33 Abs. 1 Nr. 2](#), 3 und 4 KWG andererseits, die die Verantwortung der Geschäftsleitung umschrieben, sei davon auszugehen, dass die dazu aufgestellten Prinzipien auch im Rahmen des ZAG Anwendung finden müssten.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 23.7.2012 wies die Beklagte die Widersprüche unter Vertiefung ihrer Argumentation als unbegründet zurück.

Dagegen haben die Kläger am 24.8.2012 Klage vor dem Sozialgericht (SG) Köln erhoben. Sie haben ihr Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren wiederholt. Ergänzend haben sie vorgetragen, dass es unerheblich sei, ob die Satzung der Klägerin zu 2) oder der Anstellungsvertrag des Klägers zu 1) diesem gegenüber Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung enthielten, da diese bereits unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten rein faktisch nicht ausgeübt werden dürften und nicht ausgeübt würden. Die gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechte seien durch diese Vorgaben dermaßen überlagert, dass sie letztlich für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht mehr entscheidungsrelevant wären. Der Kläger zu 1) werde daher genau wie Herr L nicht in den Arbeitsprozess der Klägerin zu 2) eingegliedert. Er bestimme vielmehr den Arbeitsprozess und gliedere andere in diesen ein.

Die Kläger haben beantragt,

die Bescheide vom 29.2.2012 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 23.7.2012 aufzuheben. Darüber hinaus wird festgestellt, dass der Kläger zu 1) seine Tätigkeit als Geschäftsführer der Klägerin zu 2) seit dem 1.7.2010 nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausübt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat auf ihre Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden Bezug genommen. Die Handlungsbefugnis des Geschäftsführers bestehe nur im Rahmen des Gesellschaftervertrages und der Gesellschafterbeschlüsse.

Mit Beschluss vom 15.4.2013 hat das SG die Beiladungen der Beigeladenen zu 1) bis 3) vorgenommen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat das SG den Kläger angehört. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen. Das SG hat sodann mit Urteil vom 23.4.2013 die Klagen abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Das am 30.4.2013 zugestellte Urteil ist von den Klägern am 31.5.2013 mit der Berufung angefochten worden. Sie wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Gesamtabwägung des SG habe den Schwerpunkt auf das Kriterium des unternehmerischen Risikos gesetzt und insbesondere die aufsichtsrechtlichen Indizien nicht ihrem Gewicht entsprechend in die Gesamtwürdigung einbezogen. Ergänzend tragen die Kläger vor, dass die Klägerin zu 2) an den Kläger zu 1) Tantiemезahlungen im Jahr 2010 in Höhe von 18.148,00 Euro, 2011 in Höhe von 43.706,00 Euro und im Jahre 2012 in Höhe von 43.379,00 Euro geleistet habe.

Die Beklagte hat am 15.11.2013 weitere Bescheide erlassen, mit denen sie die streitgegenständlichen Bescheide dahingehend abändert, dass in der seit dem 1.7.2010 ausgeübten Beschäftigung als Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2) Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht. In der gesetzlichen Krankenversicherung bestehe Versicherungsfreiheit.

Die Kläger beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 23.4.2013 zu ändern und unter Aufhebung der Bescheide vom 29.2.2012 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 23.7.2012 in der Fassung der Bescheide vom 15.11.2013 festzustellen, dass der Kläger zu 1) für seine Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Klägerin zu 2) ab dem 1.7.2010 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die Klagen gegen die Bescheide vom 15.11.2013 abzuweisen.

Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend.

Der Senat hat einen Handelsregistrauszug der Klägerin zu 2) eingeholt und den E E Code of Conduct beigezogen. Ferner haben die Kläger die Firmenwagenregelung und Gehaltsabrechnungen des Klägers zu 1) vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) bis 3) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit den ordnungsgemäßen Terminalschriften auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Streitgegenständlich sind vorliegend die Bescheide der Beklagten vom 29.2.2012 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 23.7.2012 in Gestalt der Bescheide vom 15.11.2013. Die Bescheide vom 15.11.2013 sind erstmalig im Berufungsverfahren nach [§§ 153, 96 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) zum Gegenstand des Verfahrens geworden, sodass der Senat diesbezüglich erstinstanzlich auf Klage entscheidet.

Die Klagen sind ebenso wie die Berufungen der Kläger gegen das Urteil des SG Köln vom 23.4.2013 zulässig. Die Berufungen sind insbesondere nach [§§ 143, 144 SGG](#) statthaft und fristgerecht nach [§ 151 Abs. 1 SGG](#) eingelegt worden. Danach ist die Berufung bei dem Landessozialgericht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Das ist vorliegend geschehen. Gegen das ihnen am 30.4.2013 zugestellte Urteil haben die Kläger am Freitag, den 31.5.2013, jeweils fristgerecht Berufung eingelegt, da es sich bei dem 30.5.2013 (Fronleichnam) in Nordrhein-Westfalen um einen gesetzlichen Feiertag gehandelt hat, [§§ 151 Abs. 1, 64 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 SGG](#), § 2 Abs. 1 Nr. 7 Feiertagsgesetz NRW.

Es fehlt zudem auch nicht deshalb an einem Rechtsschutzbedürfnis, weil die Klägerin zu 2) den Kläger zu 1) zur Sozialversicherung bei der zuständigen Einzugsstelle gemeldet und Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung für ihn entrichtet hat. Das Rechtsschutzinteresse fehlt zwar dann, wenn Umstände vorliegen, die das subjektive oder objektive Interesse an der Durchführung des Rechtsstreites entfallen lassen (vgl. dazu BSG, Urteil v. 12.7.2012, [B 14 AS 35/12 R](#), SozR 4-1500 § 54 Nr. 28). Schon der Umstand, dass die Kläger das Statusfeststellungsverfahren beantragt haben, belegt jedoch ihre Zweifel am Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses, die die Durchführung des in [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) vorgesehenen Verfahrens und daran anschließend die gerichtliche Überprüfung der dort erlassenen Bescheide rechtfertigen (vgl. zur Frage des Feststellungsinteresses Pietrek in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 7a Rdnr. 91ff.).

Klage und Berufungen sind jedoch unbegründet. Wie das SG zutreffend entschieden hat, sind die streitgegenständlichen Bescheide rechtmäßig. Sie verletzen die Kläger daher nicht nach [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) in ihren Rechten. Denn die Beklagte hat zu Recht nach [§ 7 a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) bezüglich der von dem Kläger zu 1) (jedenfalls) seit dem 1.7.2010 fortlaufend ausgeübten Beschäftigung als Geschäftsführer der Klägerin zu 2) Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung angenommen. Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung ergibt sich aus [§ 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und nach dem Recht der Arbeitsförderung aus [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III), da der Kläger zu 1) bei der Klägerin zu 2) gegen Arbeitsentgelt abhängig beschäftigt ist.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige 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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. zum Ganzen z.B. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-82; BSG, Urteil v. 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; Senat, Beschluss vom 7.1.2011, [L 8 R 864/10 B ER](#), NZS 2011, 906; Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#), juris).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats und unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Kläger zu 1) fortlaufend bei der Klägerin zu 2) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig gewesen und weiter tätig ist, da die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände in der Gesamtabwägung überwiegen.

Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Geschäftsführertätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder selbständig ausgeführt wurde bzw. wird, ist der Anstellungsvertrag vom 29.3.2010. Dieser Vertrag hat nach seiner Bezeichnung und seinem Inhalt - umfangreiche, einseitig durch die Klägerin zu 2) ausübbarer Versetzungsvorbehalte (§ 1 Abs. 2, 3, bzgl. einer anderen Position/Tätigkeit, einer anderen Konzerngesellschaft, eines anderen Orts), Bindung an die Weisungen der Gesellschafterversammlung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 a.E.), Bindung an den E E Code of Conduct als anstellungsvertragliche Pflicht (§ 5), monatlich festes Gehalt, von dem die gesetzlichen Abgaben in Abzug zu bringen sind (§ 7 Abs. 1 Satz 1 bis 3), Verpflichtung, seine volle Arbeitskraft der Klägerin zu 2) zur Verfügung zu stellen (§ 8 Satz 1), Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 10 Abs. 1), Anspruch auf bezahlten jährlichen Erholungsurlaub (§ 15) - maßgebliche Elemente eines Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand. Das bestätigen auch die Regelungen in dem E E Code of Conduct, dem der Kläger zu 1) nach § 5 des Anstellungsvertrags vom 29.3.2010 verpflichtet ist.

Auf der beschriebenen vertraglichen Grundlage ist der Kläger zu 1) auch in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Klägerin zu 2), tatsächlich tätig geworden. Während dieser Tätigkeit war er vollständig in den Betrieb und folglich in eine ihm einseitig vorgegebene Organisation eingegliedert (vgl. BSG, Urteil v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 17 m.w.N.). Er ist ausschließlich ausgehend von den Betriebsräumen und mit den dortigen Betriebsmitteln tätig geworden.

Der Geschäftsführer einer GmbH ist dabei zudem weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Dies steht seiner Eingliederung nicht entgegen. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (vgl. z.B. zum europäischen Arbeitnehmerbegriff im Falle einer alleinigen Geschäftsführerin einer lettischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung: EuGH Urteil v. 11.11.2010, [C-232/09](#) - Danosa, Slg 2010, I-11405). Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (BSG, Urteil v. 6.3.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 1 m.w.N.). Insoweit ist von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil v. 8.8.1990, [11 RA 77/89](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 4). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, Urteil v. 6.2.1992, [7 RA 134/90](#), SozR 3-4100 § 104 Nr. 8). Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob der Einfluss des Geschäftsführers auf die Willensbildung der GmbH aufgrund besonderer Einzelfallumstände unabhängig von seiner Gesellschafterstellung so erheblich ist, dass ihm gegenüber nicht genehme Beschlüsse und Weisungen ausgeschlossen sind und er die Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen, d.h. frei schalten und walten kann. Dann ist eine persönliche Abhängigkeit auch bei Diensten höherer Art zu verneinen, weil die Gesellschafter tatsächlich keinerlei Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen und sich der

Geschäftsführer nur in der von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebes einfügt (BSG, Urteil v. 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), USK 9975; BSG, Urteil v. 11.2.1993, [7 RAr 48/92](#), USK 9347; vgl. insgesamt: Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris).

Eine Weisungsfreiheit in diesem Sinne ist im Falle des Klägers zu 1) jedoch nicht gegeben. Vielmehr unterlag und unterliegt er dem Weisungsrecht der Klägerin zu 2) bzw. deren Gesellschafterversammlung bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, und er war bzw. ist rechtlich nicht in der Lage, ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern.

Die abstrakte Rechtsmacht der Klägerin zu 2) bzw. ihres willensbildenden Organs zur Erteilung von Weisungen gegenüber dem Kläger zu 1) folgt aus ihrem Gesellschaftsvertrag und ihrer darauf basierenden, einseitig durch Gesellschafterbeschluss gegebenen Geschäftsordnung. An diese Vertragslage ist der Kläger zu 1) bereits nach dem ausdrücklichen Willen der Beteiligten gebunden, vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 des Anstellungsvertrags. Gleiches folgt aus § 7 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages und § 1 der Geschäftsordnung, wonach die Geschäftsführer u.a. den Regelungen des Gesellschaftsvertrages und der Geschäftsordnung verpflichtet sind. Hinsichtlich der Geschäftsordnung gilt dies im Gegensatz zu den dort ebenfalls genannten Konzernrichtlinien der E AG sogar ohne eine explizite Einschränkung dieser Bindung durch die Aufsichtspraxis der BaFin, vgl. § 1 Satz 2 der Geschäftsordnung.

Im Rahmen ihrer Rechtsmacht hat die Klägerin zu 2) ihr Weisungsrecht insbesondere bzgl. der Art und Weise der auszuübenden Tätigkeit bereits in der Geschäftsordnung konkretisiert. Dies zeigt sich zunächst bzgl. der Regelung der Ressortverteilung (§ 3 der Geschäftsordnung). Diese wird zwar grundsätzlich durch die Geschäftsführung lediglich im Einvernehmen mit der Gesellschafterversammlung festgelegt. Das gilt allerdings nicht bei Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Geschäftsführung über die Ressortabgrenzung. In diesem Fall entscheidet die Gesellschafterversammlung allein. Zudem regelt die Geschäftsordnung das Verhältnis der Ressortverantwortlichkeit zur sog. Gesamtverantwortung der Geschäftsführer (§§ 2, 4 der Geschäftsordnung), wonach die ressortbezogenen Interessen stets dem Gesamtwohl des Unternehmens unterzuordnen sind. Überdies regelt die Klägerin zu 2) nicht nur den Inhalt der auszuübenden Tätigkeit, sondern nimmt gleichzeitig auch Einfluss auf den formalen Ablauf und die zeitliche Einteilung innerhalb der Geschäftsführung (z.B. durch die Verpflichtung zur Verfolgung des Geschäftsverlaufs durch alle Geschäftsführer, § 4; den Regelungen zu Anlass, Intervall, Ablauf und Beschlussfähigkeit der Geschäftsführersitzungen und deren zwingende Zuständigkeiten, §§ 5, 6 der Geschäftsordnung). Direkten Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt die Gesellschafterversammlung über die in § 8 der Geschäftsordnung geregelten Berichtspflichten und Zustimmungsvorbehalte. Nach § 8 Satz 1 der Geschäftsordnung ist die Geschäftsführung verpflichtet, bis zum Ende eines jeden Geschäftsjahres den Wirtschafts- und Finanzplan für das folgende Geschäftsjahr der Gesellschafterversammlung zur Zustimmung vorzulegen. Darüber hinaus hat die Geschäftsführung nach § 8 Satz 2 der Geschäftsordnung für 18 weitere, in der Geschäftsordnung näher bezeichnete Geschäfte die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Dabei handelt es sich um Geschäfte, die die Klägerin zu 2) in ihrem Bestand und finanziellen Möglichkeiten erheblich einschränken können und z.B. auch um Verträge mit ihren Geschäftsführern (§ 8 Satz 2 Nr. 16 der Geschäftsordnung).

In zeitlicher und örtlicher Hinsicht ist der Kläger zu 1) bereits im Rahmen des Anstellungsvertrages verpflichtet worden, seine volle Arbeitskraft sowie sein ganzes Wissen und Können der Klägerin zu 2) zur Verfügung zu stellen (§ 8 Satz 1) und ihr jederzeit zur Verfügung zu stehen, soweit dies das Wohl der Gesellschaft erfordert (§ 8 Satz 2). Zudem übte und übt er die Tätigkeit am Betriebssitz der Klägerin zu 2) aus, was diese einseitig aufgrund der bestehenden Versetzungsvorbehalte ändern kann (§ 1 Abs. 2, 3).

Der Kläger zu 1) hatte und hat demgegenüber keine Möglichkeiten, ihm nicht genehme Weisungen der Klägerin zu 2) zu verhindern. Ihm fehlt in rechtlicher Hinsicht der notwendige maßgebliche Einfluss auf sie. Ein solcher Einfluss liegt regelmäßig dann vor, wenn der Geschäftsführer einen Anteil von mindestens 50 v.H. des Stammkapitals innehat und damit Einzelweisungen an sich als Geschäftsführer im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil v. 8.8.1990, [a.a.O.](#), m.w.N.). Der Kläger zu 1) verfügt nicht über Anteile an der Klägerin zu 2). Er ist sog. Fremdgeschäftsführer. Damit stellt sich ebenfalls die Frage einer Sperrminorität nicht, mit der er auf andere Weise ihm unerwünschte Weisungen der Gesellschaft verhindern könnte (BSG, Urteil v. 6.2.1992, [a.a.O.](#)).

Etwas anderes folgt auch nicht aus der auf konzernrechtlicher Ebene angesiedelten sog. "Verbindlichen Erklärung" vom 7.6.2010, die den zunächst bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen der Klägerin zu 2) und ihrer Gesellschafterin, der E Beteiligungen Holding GmbH, betraf und bis zu der Kündigung dieses Vertrages zum 31.12.2010 Geltung entfaltet hat.

Zwischen der Klägerin und ihrer Gesellschafterin bestand zwar u.a. aufgrund des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ein sog. Unterordnungskonzern, der die Klägerin unter die einheitliche Leitung eines anderen Unternehmens, nämlich ihrer Gesellschafterin, stellte [[§§ 17, 18, 291 Abs. 1](#) Aktiengesetz (AktG), die auch auf den GmbH-Vertragskonzern anwendbar ist: statt vieler Altmeppen in: MüKo, AktG, 3. Aufl. 2010, § 291 Rdnr. 17]. Der Vertrag hatte dabei die umfassende Leitung der Untergesellschaft zum Gegenstand, denn die Klägerin unterstellte sich in diesem der Leitung durch die E Beteiligungen Holding GmbH. Diese war dadurch berechtigt, der Geschäftsführung der Untergesellschaft Weisungen zu erteilen, denen diese Folge zu leisten hatte (§ 1 des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags). Dadurch verstärkte sich jedoch lediglich die ohnehin bestehende gesellschaftsrechtliche Weisungsmacht der Gesellschafterin auf konzernrechtlicher Ebene.

Dieses Weisungsrecht ist wiederum durch die Erklärung vom 7.6.2010 nicht maßgeblich eingeschränkt worden. Diese Erklärung regelt ihrem Inhalt nach allein, was bereits im Rahmen des [§ 308 AktG](#) (analog) ebenfalls anerkannt ist, nämlich, dass Weisungen des herrschenden Unternehmens sich im Rahmen der geltenden Gesetze halten müssen und z.B. bei Banken das Weisungsrecht daher auch durch das KWG eingeschränkt wird (Altmeppen, Roth/Altmeppen, a.a.O., § 308 Rdnr. 100 m.w.N.). Nichts anderes kann aus Sicht des Senates für das ZAG gelten.

Das Weisungsrecht ist - entgegen dem Vortrag der Kläger - auch nicht durch aufsichtsrechtliche Vorschriften suspendiert. Sie überlagern die Rechtsmacht der Gesellschafterversammlung der Klägerin zu 2) gegenüber dem Kläger zu 1) gerade nicht dergestalt, dass dieser sich mit einem Hinweis auf sie jeglichen ihm nicht genehmen Weisungen entziehen könnte.

Zunächst lässt sich den Regelungen des ZAG nicht entnehmen, dass die Stellung des Geschäftsleiters ausschließlich im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt werden muss. Denn das wäre die Konsequenz der nach der klägerischen Argumentation vollständigen Überlagerung des Weisungsrechts, welche aus ihrer Sicht sämtliche weiteren in die Abwägung einzustellenden Kriterien zurücktreten ließe.

Demgegenüber sind nach § 1 Abs. 8 ZAG Geschäftsleiter diejenigen natürlichen Personen, die nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung eines Zahlungsinstituts oder E-Geld-Instituts in der Rechtsform einer juristischen Person oder einer Personenhandelsgesellschaft berufen sind (sog. geborene Geschäftsleiter). In Ausnahmefällen kann auch eine andere mit der Führung der Geschäfte betraute und zur Vertretung ermächtigte Person widerruflich als Geschäftsleiter bezeichnet werden, wenn sie zuverlässig ist und über die erforderliche fachliche Eignung verfügt (sog. gekorene Geschäftsleiter). Die Parallelvorschrift findet sich in [§ 1 Abs. 2 Satz 1, 2 KWG](#), die ebenfalls neben den sog. geborenen Geschäftsleitern - z.B. wie hier: dem Geschäftsführer einer GmbH - die sog. gekorenen Geschäftsleiter, die neben oder anstelle des geborenen Geschäftsleiters mit der Führung der Geschäfte betraut und mit der Vertretung ermächtigt sind, kennt ([§ 1 Abs. 2 Satz 2 bis 4 KWG](#)). Voraussetzung ist u.a. die tatsächliche Innehabung umfassender Geschäfts- und Vertretungsbefugnisse, was z.B. bei einem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten der Fall ist (Schwenicke, KWG, 2. Auflage, § 1 Rdnr. 165). Folglich kann einerseits der Geschäftsführer der GmbH, bei dem aufgrund der Organisationsstruktur der GmbH bereits grundsätzlich ein nach [§ 37 Abs. 1 GmbHG](#) und den gesellschaftsvertraglichen Regelungen näher ausgestaltetes Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung besteht, andererseits aber auch ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter die Geschäftsleiterposition übernehmen. Bei Letztgenannten handelt es sich um Personen, die im Rahmen von abhängigen Beschäftigungen auf einer nachgelagerten Führungsebene des Unternehmens tätig werden. Dass diesbezüglich auch im Übrigen keine Bedenken geboten sind, zeigt sich auch daran, dass z.B. Vorstände einer eingetragenen Genossenschaft Geschäftsleiter i.S.d. KWG werden können (BVerwG, Urteil v. 1.12.1987, [1 C 8/87](#), [BVerwGE 78, 297](#)), für diese jedoch grundsätzlich gilt, dass sie der Sozialversicherungspflicht unterliegen (BSG, Urteil v. 21.2.1990, [12 RK 47/87](#), [SozR 3-2940 § 3 Nr. 1](#) - nicht zum KWG).

Den Klägern ist auch nicht insofern beizupflichten, dass der Kläger zu 1) jeder missliebigen Weisung der Gesellschafterin stets mit Hinweis auf den sog. Grundsatz der Alleinverantwortlichkeit der Geschäftsleiter nach dem KWG/ZAG entgegen kann. Nach diesem Grundsatz müssen die Geschäftsleiter eigenverantwortlich tätig sein, bestimmenden Einfluss auf die laufenden Geschäfte nehmen und sich gegenseitig kontrollieren, vertreten und entlasten können. Dabei ist der Geschäftsleiter nicht eigenverantwortlich tätig, wenn er weisungsunterworfen ist (Schwenicke, a.a.O. § 33 Rdnr. 66; BVerwG, Urteil v. 1.12.1987, [1 C 8/87](#), [BVerwGE 78, 297](#)).

Die Auslegung dieses Grundsatzes durch die Kläger i.S. einer allumfassenden Weisungsfreiheit des Klägers zu 1) begegnet zunächst Bedenken im Hinblick auf die eindeutige Vertragslage. Dieser Grundsatz findet seinen Niederschlag weder in dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin zu 2) noch in der darauf basierenden Geschäftsordnung für die Geschäftsführung oder in dem mit dem Kläger zu 1) geschlossenen Anstellungsvertrag. Aus ihr folgt stattdessen, wie bereits festgestellt, das umfassende Weisungsrecht der Klägerin zu 2). Die Verträge sind nach Bekunden der Kläger auch nicht geändert worden, obwohl es grundsätzlich rechtlich wirksam möglich ist, z.B. Überwachungsaufgaben der Gesellschafterversammlung der Klägerin zu 2) auf andere Organe, etwa den Geschäftsführer, zu übertragen. Das gilt jedenfalls, solange ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Leitungsmacht und Kontrolle übrigbleibt (vgl. insg.: Schmidt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 46 Rdnr. 113). Von dieser Möglichkeit wurde jedoch kein Gebrauch gemacht.

Das scheint offenkundig aufsichtsrechtlich auch nicht erforderlich gewesen zu sein. Denn nach § 8 Abs. 3 Nr. 11 ZAG hatte die Klägerin zu 2) bei der beantragten Erlaubnis der BaFin ihren Gesellschaftsvertrag einzureichen. Wesentliche Änderungen sind dieser zudem nach § 8 Abs. 6 ZAG ebenfalls mitzuteilen. Der Kläger zu 1) hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass auch der Anstellungsvertrag und die Geschäftsordnung der BaFin vorgelegt worden und ihr daher bekannt seien. Beanstandungen durch die BaFin sind jedoch weder vorgetragen worden noch für den Senat ersichtlich.

Entgegen der Auffassung der Kläger liegen auch keine weiteren einzelfallbezogenen Umstände vor, die abweichend vom Regelfall eine Bindung des Klägers zu 1) an das willensbildende Organ der Klägerin zu 2), d.h. die Gesellschafterversammlung, ausschließen und damit einer für ein Beschäftigungsverhältnis typischen Abhängigkeit von der Klägerin zu 2) entgegenstehen. Solche besonderen Umstände sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmsweise dann angenommen worden, wenn die übrigen Gesellschafter tatsächlich ihre Gesellschafterrechte nicht wahrgenommen und in keiner Weise in die Betriebsführung eingegriffen haben und der Geschäftsführer wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken geführt hat, d.h. schalten und walten konnte, wie er wollte. Ein derartig beherrschender Einfluss ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung teilweise bei Geschäftsführern in Familiengesellschaften bejaht worden, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden war, die Geschäftsführertätigkeit durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt war und es an der Ausübung der Gesellschafterrechte durch die Gesellschafter völlig mangelte (BSG, Urteil v. 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), juris: Keine Ausübung von Gesellschafterrechten durch die Ehefrau des Geschäftsführers; BSG, Urteil v. 29.10.1986, [7 RA 43/85](#), juris: Keine Ausübung von Gesellschafterrechten durch die Kinder des Geschäftsführers; BSG, Urteil v. 7.9.1988, [10 RA 10/87](#), [SozR 4100 § 141b Nr. 41](#)).

Ein solcher einzelfallbezogener Umstand ist nicht in dem klägerischen Vortrag zu sehen, dass die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Klägerin zu 2) nur insoweit gelebt werde, wie keine aufsichtsrechtlichen Kollisionen zu befürchten seien und sie gleichsam im Sinne einer "praktischen Konkordanz" einschränkend dahingehend ausgelegt werde, dass Rechte seitens der Gesellschafterversammlung in diesen Fällen nicht wahrgenommen würden. Zunächst sind Weisungsrechte stets im Rahmen der geltenden Gesetze auszuüben, welche auch das ZAG einschließen. Übt die Gesellschafterversammlung ihr Weisungsrecht tatsächlich bei Kollision mit aufsichtsrechtlichen Normen und aufgrund der für die Position des Geschäftsleiters notwendigen Zuverlässigkeit i.S.d. ZAG nicht aus, ist dies zudem letztlich Ausfluss des Umstandes, dass es sich vorliegend - nicht nur aufgrund der Tätigkeit als Geschäftsführer sondern auch wegen der in § 8 Abs. 3 Nr. 9 i.V.m. § 9 Satz 1 Nr. 5 ZAG besonders geforderten Geschäftsleiterqualifikation - um eine Tätigkeit höherer Art handelt, bei der das Weisungsrecht des Arbeitgebers von vornherein eingeschränkt und zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert ist (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris).

Ein stark abgeschwächtes Weisungsrecht ist für die ausgeübte Tätigkeit ebenso wie z.B. bei der Wahrnehmung von Tätigkeiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, geradezu charakteristisch. Dennoch werden auch Tätigkeiten für leitende Angestellte im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (st. Rspr. seit [BSGE 16, 289](#), 294 = [SozR Nr. 30 zu § 165 RVO](#) und [BSGE 21, 57](#), 58 f = [SozR Nr. 2 zu § 2 AVG S. 4](#); in jüngerer Zeit z.B. BSG [SozR 3-2940 § 3 Nr. 2 m.w.N.](#); [BSGE 66, 168](#) = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#) und [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); vgl. - zum Fehlen einer Eingliederung einer hauswirtschaftlichen Familienbetreuerin - BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#), juris). Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der

Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 1 Satz 4 SGB VI](#) sowie [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#)), die regelmäßig abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (st. Rspr. [BSGE 65, 113](#), 116 f = [SozR 2200 § 1248 Nr. 48](#); [SozR 3-2400 § 7 Nr. 18](#); [BSGE 100, 62](#) = [SozR 4-2600 § 1 Nr. 3](#), Rdnr. 16; [BSGE 107, 185](#) = [SozR 4-2600 § 1 Nr. 6](#) Rdnr. 14). Allein weit reichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbstständigen (BSG, Urteil v. 18.12.2001, [a.a.O.](#); Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#), juris).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem MaRisk-Rundschreiben der BaFin vom 15.12.2010. Nach AT 4.2.3 ist zwar die Geschäftsleitung verantwortlich für die Festlegung und Anpassung der Strategien; diese Verantwortung ist auch nicht delegierbar. Da unter Delegation allerdings grundsätzlich eine Übertragung von Aufgaben in eine - gleich- bzw. untergeordnete - Organisationsebene zu verstehen ist, tangiert dieser Grundsatz nicht das Verhältnis der Geschäftsführer zur Gesellschafterversammlung. Es ist vorliegend auch nicht relevant, ob die Geschäftsführung von sich aus eigene Aufgaben auf Dritte überträgt, sondern ob ihr ohne ihr Einverständnis Weisungen erteilt werden können.

Soweit der Kläger zu 1) geltend macht, er habe aufgrund besonderer Branchenkenntnisse und der durch die BaFin geprüften Geschäftsleiterqualifikation i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 9 i.V.m. § 9 Satz 1 Nr. 5 ZAG eine faktisch beherrschende Stellung in der Gesellschaft inne und könne deshalb quasi schalten und walten, wie er wolle, stimmt dies mit den rechtlichen Verhältnissen nicht überein.

Zwischen den beiden Geschäftsführern der Klägerin zu 2) gab und gibt es entsprechend ihrer Qualifikation und ihrer beruflichen Kenntnissen eine Aufgabenverteilung nach Geschäftsbereichen (vgl. dazu bereits: Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#), juris). So ist der weitere Geschäftsführer, Herr L, vornehmlich für den Vertrieb, Produktgestaltung, Personal, Auslagerung von IT-Leistungen sowie Geldwäsche compliance und der Kläger zu 1) als Geschäftsführer für Risikomanagement, Controlling, Rechnungswesen, Finanzen sowie für das Anzeige- und Meldewesen zuständig. Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass jeder Geschäftsführer für seinen Geschäftsbereich ein besonderes Fachwissen und spezielle Kenntnisse und Erfahrungen einbringt, die ihn befähigen, in seinem Zuständigkeitsbereich für die Gesellschaft erfolgreich tätig zu sein (Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#), juris).

Dabei ist unerheblich, dass das Ressortprinzip letztlich Ausfluss des in § 8 Abs. 3 Nr. 9 ZAG zwingend vorgeschriebenen sog. Vier-Augen-Prinzips ist. Danach war die Klägerin zu 2) verpflichtet, über zwei Geschäftsleiter zu verfügen. Dieses Prinzip soll gerade den Gefahren entgegenwirken, die sich bei der Leitung eines Zahlungsinstituts nur durch einen Geschäftsleiter durch Krankheit, Urlaubsabwesenheit und durch fehlende Kontrolle bei nicht erkennbarer Unzuverlässigkeit ergeben können. Es soll damit auch die Aufdeckung krimineller Handlungen durch einzelne Geschäftsleiter ermöglichen (Schwennicke, a.a.O. § 33 Rdnr. 64). Das setzt gerade eine gegenseitige Kontrolle der Geschäftsleiter untereinander voraus, schränkt gleichzeitig die Handlungsfähigkeit des einzelnen Geschäftsleiters ein und bewirkt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken, welches auch in der Geschäftsordnung seinen Niederschlag gefunden hat und letztlich eine faktisch beherrschende Stellung eines Geschäftsleiters ausschließt.

Dass das erforderliche Fachwissen und die Zuverlässigkeit nach dem ZAG zudem im Ressort des Klägers zu 1) allein durch diesen sicherzustellen sei und die Klägerin zu 2) sich im Falle eines Zerwürfnisses nicht von ihm hätte trennen können, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu BSG, Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), USK 2013-39). Dass dabei die eigentliche Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt sind, schadet diesbezüglich nicht. Insofern sind die gesetzlichen Regelungen anzuwenden, wonach nach [§ 46 Nr. 5 GmbHG](#) ihre Bestellung und Abberufung der Gesellschafterversammlung obliegt. Dabei verkennt der Senat nicht, dass nach § 8 Abs. 3 Nr. 9 ZAG die von der BaFin erteilte Erlaubnis auch die Namen der für die Geschäftsleitung des Zahlungsinstitutes verantwortlichen Personen sowie deren Nachweis über Zuverlässigkeit, Kenntnisse und Fähigkeiten beinhaltet und die Klägerin zu 2) daher in der Auswahl der Geschäftsführer eingeschränkt ist. Innerhalb des Kreises der Kandidaten, die die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllen, ist sie frei, Geschäftsführer zu bestellen und innerhalb des bestehenden Rechtsverhältnisses auch wieder abzuberufen.

Wesentliche Merkmale, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen und im Rahmen der Gesamtabwägung dermaßen überwiegen, dass nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist, sind nicht ersichtlich.

Zunächst verfügt der Kläger zu 1) nicht über eine eigene, unabhängig von dem Betrieb der Klägerin zu 2) bestehende Betriebsstätte. Er hat auch kein erhebliches, für eine selbstständige Tätigkeit maßgeblich sprechendes Unternehmerrisiko zu tragen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium dafür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist.

Eine solche Ungewissheit ist nicht festzustellen, soweit es um den Einsatz der Arbeitskraft des Klägers zu 1) geht. Denn er erhielt ein monatliches, erfolgsunabhängiges Festgehalt in Höhe von 7.083,33 Euro (85.000,00 Euro Jahresgehalt) und ab dem 1.7.2013 in Höhe von 8.333,33 Euro (100.000,00 Euro Jahresgehalt).

Zudem sind (erfolgsabhängige) Tantiemen von der Klägerin zu 2) ausgeschüttet worden. Ihnen kommt jedoch nur Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit als (ein) Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen kann, jedoch nicht allein entscheidend ist (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), mwN, juris, Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#), juris). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, ist deren Gewicht für die Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbstständigen Tätigkeit nicht allein erheblich. Diese ergebnisabhängige Verdienstmöglichkeit führt vorliegend zwar zu einem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Klägers. Da aber schon das Festgehalt in Höhe von 85.000,00 Euro (bzw. ab dem 1.7.2013 100.000,00 Euro) jährlich die ergebnisabhängigen Tantiemen in Höhe von 18.148,00 Euro im Jahr 2010, 43.706,00 Euro im Jahr 2011 und 43.379,00 Euro im Jahr 2012 deutlich überschreitet, kann der Tantiemengewährung nach den vorgenannten Grundsätzen keine ausschlaggebende Bedeutung bei der Gesamtabwägung zukommen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vereinbarten Haftung auf Schadensersatz. Die Haftung für Pflichtverletzungen ist für Arbeitnehmer nicht untypisch. So haftet der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) im Rahmen eines

dreistufigen Haftungsmodells nicht für leichte Fahrlässigkeit und anteilig für mittlere Fahrlässigkeit. Die volle Haftung muss er für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz übernehmen (BAG GS, Beschluss v. 27.9.1994, [GS 1/89](#) (A), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, BAG, Urteil v. 25.9.1997, [8 AZR 288/96](#), AP Nr. 111 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; Griesse in: Küttner, Personaltaschen 2012, Arbeitnehmerhaftung, RdNr. 12f.). Zwar ist die Haftung gegenüber diesem Haftungsmodell erweitert. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwieweit dieser erweiterten Haftung eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten gegenübersteht.

Mangels Mitunternehmerschaft war der Kläger zu 1) weitergehend weder am Gewinn noch am Verlust der Klägerin zu 2) beteiligt. Er genoss zudem den üblichen sozialen Schutz einer Entgeltfortzahlung in Urlaubs- und Krankheitsfall.

Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Die Beklagte hat zu Recht die Versicherungspflicht ab dem 1.7.2010 festgestellt, da die Voraussetzungen für einen späteren Beginn gemäß [§ 7 a Abs. 6 SGB VI](#) nicht vorliegen. Die Antragstellung gemäß [§ 7 a Abs. 1 SGB IV](#) ist bereits nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit erfolgt.

Diese umfasst die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung. Dabei ist der Kläger zu 1) nicht nach [§ 1 Satz 4 SGB VI](#) als versicherungsfrei in der gesetzlichen Rentenversicherung anzusehen. Danach sind Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft in dem Unternehmen, dessen Vorstand sie angehören, nicht versicherungspflichtig beschäftigt, wobei Konzernunternehmen im Sinne des [§ 18 AktG](#) als ein Unternehmen gelten. Diese Regelung ist entgegen der Ansicht der Kläger nicht anwendbar. Der Kläger zu 1) ist weder Gesellschafter der Klägerin zu 2) noch hält er Anteile an einem Konzernunternehmen. Eine analoge Anwendung auf ihn als GmbH-Fremdgeschäftsführer kommt gleichfalls nicht in Betracht. Während die Rechtsstellung von stellvertretenden Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und Vorstandsmitglieder großer Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (BSG, Urteil v. 27.3.1980, [12 RA 1/79](#), [BB 1980, 1473](#)), auf die die Regelung gleichfalls Anwendung findet, nach [§ 94 AktG](#) und § 34 des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen (VAG) überwiegend den Vorschriften für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft folgt, ist dies bei GmbH-Geschäftsführern gerade nicht der Fall (abgelehnt für Vorstandsmitglieder eingetragener Vereine: BSG, Urteil v. 19.6.2011, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 18](#); vgl. insg.: Segebrecht in: Kreikebohm, SGB VI, 4. Aufl. 2013, § 1 RdNr. 42; Vor in: jurisPK-SGB VI, 2. Aufl. 2013, § 1 RdNr. 95ff.).

Eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung besteht hingegen entsprechend den Feststellungen der Beklagten wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht.

Da es sich um einen Rechtsstreit u.a. des Versicherten handelt, ist dieser gerichtskostenfrei (Senat, Beschluss v. 24.3.2011, [L 8 R 1107/10 B](#), juris). Die Entscheidung über die Kosten beruht demnach auf [§§ 183, 193 SGG](#). Im Rahmen seines Ermessens hat der Senat von einer Kostenquotelung trotz der erst im Berufungsverfahren entsprechend den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergangenen Bescheide vom 15.11.2013 aufgrund der Geringfügigkeit des diesbezüglichen Obsiegens abgesehen.

Gründe gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Entscheidung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des BSG.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2014-07-28