
Datum: 30.04.2014
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 8 R 744/11
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2014:0430.L8R744.11.00

Vorinstanz: Sozialgericht Düsseldorf, S 40 R 137/07
Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 25.5.2011 wird zurückgewiesen und die Klage gegen den Bescheid vom 10.2.2012 abgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin, außer den Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob für die bei der Klägerin ausgeübte Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Prokurist in der Zeit vom 14.8.2001 bis zum 14.12.2006 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat. 2
- Bei der Klägerin handelt es sich um eine 1980 gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die ihren Sitz in I hat. Gegenstand des Unternehmens sind die Planung, die Herstellung und der Vertrieb von Erzeugnissen und Anlagen industrieller Mess-, Steuer- und Regeltechnik insbesondere unter Verwendung radioaktiver Isotopen sowie die Ausführung von Ingenieur- und Beratungsleistungen auf diesem Gebiet (§ 1 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages vom 14.1.1980 in der Fassung der Änderungen vom 25.9.1980, 22.10.1986 und vom 2.7.2003, nachfolgend: Gesellschaftsvertrag). Die Gesellschaft wurde ursprünglich mit einem Stammkapital von 90.000,00 DM gegründet und verfügte im Zeitpunkt 3

des Eintritts des Beigeladenen zu 1) als Gesellschafter über ein Gesellschaftsvermögen von 5,2 Millionen EUR. Die Anteile sind auf 13 Gesellschafter verteilt. Nach § 6 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags ist für die Geschäftsführer grundsätzlich Gesamtvertretung vorgesehen. Durch Beschluss der Gesellschafter kann einem Geschäftsführer die Alleinvertretungsberechtigung sowie die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) erteilt werden.

Der Beigeladene zu 1) schloss mit der Klägerin am 24.3.1994 einen Vertrag, in dem es u.a. heißt (Auslassungen diesseits): 4

"§ 1 Beginn, Art der Tätigkeit 5

1. Das Arbeitsverhältnis beginnt am 01.04.1994. Die ersten 6 Monate gelten als Probezeit. Innerhalb der ersten 3 Monate muss sich Herr T einer Einstellungsuntersuchung unterziehen, die sicherstellt, dass keine Gesundheitsschäden vorliegen. 6

2. Herr T wird als verantwortlicher Sachbearbeiter d. Auftragsabwicklung eingestellt. 7

Herr T erhält von der Gesellschaft alle Informationen, die zur Wahrnehmung der Aufgaben erforderlich sind. Zu den Aufgaben gehört es auch, über das eigene Aufgabengebiet hinaus auf Verbesserung technischer, wirtschaftlicher und organisatorischer Art auf den Geschäftsgebieten der Gesellschaft bedacht zu sein. 8

3. Die Gesellschaft ist berechtigt, Herrn T auch andere, der Vorbildung und den Fähigkeiten entsprechende Aufgaben zu übertragen oder an einen anderen zumutbaren Arbeitsplatz oder Tätigkeitsort zu versetzen. In diesem Fall verpflichtet sich die Gesellschaft die vereinbarte Vergütung weiterzuzahlen. 9

§ 2 Arbeitszeit 10

1. Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 40 Stunden wöchentlich. Arbeitsbeginn und -ende sowie Pausenzeiten sind in der Betriebsordnung festgelegt. 11

2. Herr T ist verpflichtet, Überstunden zu leisten, soweit es die betrieblichen Belange der Gesellschaft erfordern. 12

§ 3 Vergütung 13

1. Als Vergütung erhält Herr T a) ein festes Monatsgehalt von DM 4.250,- brutto [...] b) auf Wunsch u. Antrag einen Teil der Vergütung nach 1.a) als Vermögenswirksame Leistung. [...] c) ein Urlaubsgeld von 50% des Maigehalts nach a) zahlbar mit dem Maigehalt. d) ein Weihnachtsgeld von P% des Novembergehalts nach a) zahlbar mit dem Novembergehalt. 14

Die Höhe des Prozentsatzes P richtet sich nach dem persönlichen Einsatz und der besonderen Beanspruchung des Arbeitnehmers sowie nach der jeweiligen Geschäftslage der Gesellschaft, er beträgt mindestens 50%. 15

Beträgt die Zugehörigkeit zur Firma im jeweiligen Halbjahr durch späteren Eintritt weniger als 6 Monate, so wird für jeden angefangenen Monat der Zugehörigkeit 1/6 des Betrages gezahlt. Der Anspruch auf Zahlung besteht nur bei Firmenzugehörigkeit im Mai bzw. im November. 16

2. Die Vergütung nach 1.a) und ggf. 1.b) sind jeweils am Monatsende zu zahlen. 17

18

3. Mit den Vergütungen nach 1. sind auch gelegentliche Mehrarbeiten abgegolten. Überstunden, die von der Geschäftsführung angeordnet und genehmigt sein müssen, werden mit den üblichen Zuschlägen bezahlt oder können je nach Beschäftigungslage mit Freizeit abgegolten werden.	
4. Die Möglichkeit der Verpfändung und Abtretung von Vergütungsansprüchen (also des Lohns, Gehalts, Urlaubs- oder Weihnachtsgeldes) wird nur mit ausdrücklicher, schriftlicher Einwilligung der Fa. J gestattet.	19
§ 4 Arbeitsverhinderung	20
1. Bei Arbeitsverhinderung - gleich aus welchem Grunde - ist die Gesellschaft unverzüglich über den Grund des Fernbleibens zu verständigen.	21
2. Im Krankheitsfall ist Herr T verpflichtet, vor Ablauf des 3. Kalendertages nach Beginn der Erkrankung ein ärztliches Attest vorzulegen, aus dem sich die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer ergibt.	22
3. Im Falle einer durch Krankheit verursachten Arbeitsunfähigkeit werden die Vergütungen nach 1.a) und b) im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften (zur Zeit 6 Wochen) gewährt.	23
4. Wird die Ausfallzeit dadurch verursacht, dass Familienangehörige gepflegt werden müssen, besteht kein Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge.	24
§ 5 Geschäftsreisen	25
1. Herr T ist verpflichtet, die von der Geschäftsführung im geschäftlichen Interesse angeordneten und genehmigten Dienstreisen durchzuführen. Sollten Dienstreisen mit einer Dauer von mehr als 6 Wochen nötig werden, werden diese vorher mit Ihnen vereinbart.	26
2. Die Auslagen werden nach der jeweils gültigen J-Reisekostenverordnung erstattet.	27
§ 6 Urlaub	28
Herr T hat nach einer Beschäftigungsdauer von 6 Monaten einen Anspruch auf Jahresurlaub, dessen Dauer zur Zeit 30 Arbeitstage beträgt.	29
§ 7 Nebenberufliche Erwerbstätigkeit	30
1. Die Übernahme jeder auf Erwerb gerichteten Nebentätigkeit, darunter auch die tätige Beteiligung an anderen Unternehmen, sowie die Mitgliedschaft in Organen fremder Gesellschaften, bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Gesellschaft.	31
2. Private Geschäfte jeglicher Art dürfen im Interessenbereich der Gesellschaft nicht vorgenommen werden.	32
§ 8 Interessenwahrung und Verschwiegenheit	33
1. Herr T verpflichtet sich, die ganze Arbeitskraft und die Fähigkeiten nach besten Kräften der Gesellschaft zu widmen. [...]	34
§ 9 Beendigung des Dienstverhältnisses	35
	36

1. Während der Probezeit können die Vertragspartner das Dienstverhältnis mit einmonatiger Frist zum Monatsende kündigen.
2. Im Übrigen kann das Dienstverhältnis von beiden Vertragsparteien mit einer Frist von 6 Wochen zum Ende eines Kalendervierteljahres, ohne gegenseitige Versorgungsansprüche, gekündigt werden. [...]."
- Im Übrigen wird auf den Vertrag Bezug genommen. Mit Datum vom 28.1.1998 einigten sich die Vertragsparteien im Rahmen einer Ergänzungsvereinbarung zum Dienstvertrag auf ein monatliches Gehalt von 7.400,00 DM brutto und eine betriebsergebnis- und leistungsabhängige Tantiemenzahlung. Zudem wurde der Urlaubsanspruch von 30 auf 32 Tage erhöht.
- Die Klägerin erteilte dem Beigeladenen zu 1) ab dem 19.7.1999 Gesamtprokura. Zum 1.1.2000 wurde er Gesellschafter der Klägerin, wobei sein Anteil an der Gesellschaft im streitgegenständlichen Zeitraum 2,5 v.H. des Stammkapitals betrug. Zum 13.2.2001 wandelte die Klägerin die erteilte Gesamtprokura in eine Einzelprokura um und bestellte ihn schließlich mit Gesellschafterbeschluss und unter Abschluss eines Geschäftsführerdienstvertrags zum 15.12.2006 zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer für den kaufmännischen Bereich.
- Anlässlich eines im Jahr 2004 durchgeführten Betriebsprüfungsverfahrens nach § 28p Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) beantragte die Klägerin bei der Beklagten, den sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1) und des Gesellschafter-Geschäftsführers Herrn G zu prüfen (Betriebsprüfungsbescheid vom 7.10.2004). Der Beigeladene zu 1) gab daraufhin an, dass seine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit zwischen 50 und 60 Stunden betrage. Er unterliege keinem Weisungsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Er könne selbständig Personal einstellen, Urlaub müsse er sich nicht genehmigen lassen. Die Frage der Beklagten, ob er als einziger Betriebsangehöriger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge, verneinte er. Die Geschäftsführer G und G seien für den Bereich Technik und er als Prokurist für den kaufmännischen Bereich zuständig. Er erhalte eine monatliche Vergütung in Höhe von 9.000,00 EUR. Diese werde im Fall der Arbeitsunfähigkeit fortgezahlt. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. Er erhalte seit dem Jahr 1998 erfolgsabhängige Bezüge. Zudem bestehe ein Darlehensvertrag vom 30.10.2000, mit welchem er der Klägerin ein Darlehen in Höhe von 30.000,00 DM gewährt habe.
- Zur weiteren Ermittlung vor Ort reichte die zuständige Sachbearbeiterin der Beklagten, Frau Q, den Verwaltungsvorgang an den Betriebsprüfer vor Ort, den Zeugen N, weiter. Dabei bezeichnete sie - im Einvernehmen mit dem zuständigen Dezernenten - vier Punkte als klärungsbedürftig, u.a. eine Liste aller Gesellschafter sowie bezogen auf den Beigeladenen zu 1) eine Aufstellung der Gehaltsunterlagen und einen Nachweis über das von ihm aufgenommene Darlehen bzw. die von ihm gestellte Bürgschaft.
- Der Zeuge N vereinbarte daraufhin mit der als Zeugin benannten Mitarbeiterin der Klägerin, Frau T1, mit Schreiben vom 19.10.2005 einen Termin für den 2.1.2006. In dem Schreiben heißt es u.a. wie folgt:
- "Es sind noch 4 Punkte zu klären (siehe Anlage). [...] Die entsprechenden Bescheide werde ich dann in Ihren Geschäftsräumen fertigen und Ihnen zur Überprüfung vorlegen. Wenn es Ihnen nichts recht ist, so würde ich sofort den ersten mir freien Termin wählen, das wäre ...

Bis dahin werden Sie sicherlich alle erforderlichen Unterlagen fertig haben."

An dem Termin am 2.1.2006 nahm für die Klägerin Frau T1 teil. Der Zeuge N fertigte nach Abschluss einen Bearbeitungsvermerk, indem es auszugsweise heißt: 44

"1) Der aktuelle Handelsregisterauszug ist beigelegt (Blätter II 24 - II 28). Da dort keine Liste aller Gesellschafter enthalten ist, habe ich sämtliche Gesellschafterverträge in der Aktenlasche beigelegt. [...] 3) Sämtliche Lohnabrechnungen (Blätter II 29 - II 47) und eine separate Anlage (Blätter II 48 - II 51) liegen anbei. 4) Ein Nachweis über das Darlehen von Herrn T sind beiliegend (Blätter II 22 - II 23). 5) Die Bescheide an den Arbeitgeber (Blätter II 52 - II 54), an die Auftragnehmer (Blätter II 55 - II 60) und an die Einzugsstelle (Blätter II 61 - II 62) wurden gefertigt. Sie werden noch edv-mäßig zur Verfügung gestellt." 45

An den genannten Stellen befinden sich in der Verwaltungsakten der Beklagten drei handschriftlich, mit Entwurf überschriebene, nicht datierte und mit Bescheid bezeichnete Schreiben ohne Ab-Vermerk, die Frau Q als Bearbeiterin ausweisen und u.a. an die Klägerin adressiert sind. In letztgenannten Schreiben heißt es u.a.: 46

"der versicherte T unterlag ab Erhalt der Einzelprokura zum 13.2.2001 als Prokurist nicht der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Sozialversicherung. [...]" 47

Unter welchen Umständen es zu einer Übergabe dieser Schreiben an die Klägerin kam, ist zwischen den Beteiligten streitig. 48

Im Nachgang übersandte der Zeuge den Verwaltungsvorgang am 11.1.2006 zurück. Da allerdings die beabsichtigte Entscheidung zur Versicherungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) in der Sozialversicherung nicht die Zustimmung des zuständigen Dezernenten fand, wies dieser am 21.3.2006 die Überarbeitung der Entwürfe an, da von abhängigen Beschäftigungen auszugehen sei. 49

Am 22.3.2006 fand nach einem weiteren Aktenvermerk von Frau Q ein Telefonat zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 1) statt, welches dieser bestreitet. Ausweislich des Vermerks habe der Beigeladene zu 1) darin um Sachstandsmitteilung gebeten. Da ihm bereits ein "Bescheidentwurf" der Beklagten - durch den Zeugen N - vorliege, könne er die lange Bearbeitungsdauer nicht nachvollziehen. Daraufhin fand hausintern bei der Beklagten eine Rücksprache mit dem Zeugen N statt. Dieser teilte nach dem Vermerk mit, einen Bescheidentwurf im Termin übergeben zu haben. 50

Mit Schreiben vom 24.3.2006 hörte die Beklagte die Klägerin an. Hinsichtlich des Beigeladenen zu 1) sei von einem dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Beschlüsse würden bei der Klägerin mit einfacher Mehrheit gefasst. Das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters richte sich nach der Höhe seiner Geschäftsanteile. Der Beigeladene zu 1) verfüge lediglich über einen Stimmenanteil von 2,5 v.H. und damit nicht über maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Er sei aufgrund eines schriftlichen Dienstvertrages tätig. Ein erhebliches unternehmerisches Risiko bestehe nicht. Zwar habe er der Gesellschaft Darlehen gewährt. Diese seien im Verhältnis zum erzielten Einkommen jedoch nicht als wesentlich zu qualifizieren, würden verzinst und könnten ihm gleichzeitig keine Chancen eröffnen. Die Beschäftigung sei seinerzeit ordnungsgemäß angemeldet und dementsprechend Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt worden. 51

Die Klägerin teilte daraufhin am 31.3.2006 durch den Zeugen L, ihren Steuerberater, mit, dass sie, der Beigeladene zu 1) sowie der Geschäftsführer G bereits am 2.1.2006 Bescheide, worin die Versicherungsfreiheit in der Sozialversicherung festgestellt worden sei, erhalten hätten. Vor diesem Hintergrund sei die weitere Anhörung nicht erklärlich.	
Ausweislich eines Aktenvermerks kam es am 7.4.2006 zu einer Rücksprache der Frau Q mit dem Zeugen L. Darin sei ihm erklärt worden, dass bisher noch kein Verwaltungsakt nach § 37 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) existiere, da es sich bei den übergebenen Schreiben nur um eine Vorabinformation gehandelt habe, aber nicht um eine willentliche Bekanntgabe von Verwaltungsakten.	53
Mit Bescheid vom 19.5.2006 stellte die Beklagte fest, dass sowohl für den Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit als Prokurist als auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer Herrn G dem Grunde nach ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht. Bei den am 2.1.2006 übergebenen Schreiben fehle es an einer Bekanntgabe nach § 37 SGB X.	54
Gegen den Bescheid legte die Klägerin am 1.6.2006 Widerspruch ein, den sie auf die gegenüber dem Beigeladenen zu 1) getroffenen Feststellungen beschränkte. Für eine selbständige Tätigkeit spreche sowohl die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB als auch die Tatsache, dass er keinem Weisungsrecht bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterliege. Zudem bestehe ein erhebliches Unternehmensrisiko, da der Beigeladene zu 1) ihr in beträchtlichem Maße Darlehen, nämlich insgesamt in Höhe von 107.800,84 EUR, gewährt habe. Der entsprechende Darlehensvertrag sei bereits vorgelegt worden. Demgegenüber sei die nur geringe Kapitalbeteiligung des Beigeladenen zu 1) nicht ausschlaggebend [Hinweis auf Bundessozialgericht (BSG), Urteil v. 13.12.1960, 3 RK 2/56, BSGE 13, 196].	55
Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 16.2.2007 als unbegründet zurück.	56
Dagegen hat die Klägerin am 13.3.2007 Klage vor dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf erhoben, mit der sie ihr Begehren weiterverfolgt hat. Ab Erteilung der Einzelprokura zum 13.2.2001 habe der Beigeladene zu 1) nicht mehr der Versicherungspflicht zur Sozialversicherung unterlegen. Ein Weisungsrecht werde auch tatsächlich nicht ausgeübt. Der Beigeladene zu 1) könne selbständig Personal einstellen und entlassen. Er müsse sich seinen Urlaub nicht genehmigen lassen. Im Übrigen hat sie ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Diese Ansicht habe zunächst auch die Beklagte zutreffend vertreten. So sei ihr und dem Beigeladenen zu 1) ein entsprechender Bescheidentwurf ohne Datum zugeleitet worden.	57
Die Klägerin hat beantragt,	58
die Beklagte zu verurteilen, den Bescheid vom 19.5.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.2.2007 zu ändern und festzustellen, dass der Beigeladene, der seit dem 13.2.2001 als Prokurist und mitarbeitender Gesellschafter tätig ist, ab dem 14.8.2001 nicht der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Sozialversicherung unterliegt.	59
Die Beklagte hat beantragt,	60
die Klage abzuweisen.	61
	62

Sie hat auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid verwiesen. Ergänzend hat sie vorgetragen, dass mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH nach der ständigen Rechtsprechung des BSG in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH stünden, wenn sie funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilhätten, für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhielten und keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen könnten. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Trotz der ab dem 13.2.2001 gewährten Einzelprokura habe der Beigeladene zu 1) weiterhin den arbeitnehmertypischen Einschränkungen des Dienstvertrages unterlegen. Darüber hinaus sei die Prokura zwar nach außen unbeschränkt, im Innenverhältnis jedoch beschränkt. Allein aufgrund der eigenständigen Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit könne nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden. Ein unternehmerisches Risiko habe nicht in erheblicher Weise bestanden.

Das SG hat mit Beschluss vom 21.2.2011 den Beigeladenen zu 1) beigeladen und die Klage mit Urteil vom 25.5.2011 abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen. 63

Gegen das der Klägerin am 20.6.2011 zugestellte Urteil hat diese am 20.7.2011 Berufung eingelegt. Sie vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Das SG habe nicht in ausreichender Weise berücksichtigt, dass der Beigeladene zu 1) im Dezember 2006 zum alleinvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer bestellt worden sei. In dieser Tätigkeit sei er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden. Darüber hinaus sei er auch in anderen Tochtergesellschaften der Klägerin engagiert. 64

Mit Bescheid vom 10.2.2012 hat die Beklagte ihre Bescheide dahingehend abgeändert, dass sie die Versicherungspflicht für die durch den Beigeladenen zu 1) ausgeübte Tätigkeit als Prokurist im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ab dem 1.6.2000 in der gesetzlichen Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt hat. Nachdem die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Feststellung der Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung aufgehoben hat, beantragt die Klägerin nunmehr, 65

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 25.5.2011 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides vom 19.5.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.2.2007 und des Bescheides vom 10.2.2012 festzustellen, dass für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Prokurist bei der Klägerin in der Zeit vom 14.8.2001 bis zum 14.12.2006 keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden haben, 66

hilfsweise, die Mitarbeiterin der Klägerin, Frau T1, als Zeugin zu folgender Beweisbehauptung zu vernehmen: Wenn der Zeuge N ihr gesagt hätte, dass es sich bei dem Schreiben, das am 2.1.2006 übergeben worden ist, lediglich um einen Entwurf handle, hätte sie dies dem Beigeladenen zu 1) mitgeteilt. 67

Die Beklagte beantragt, 68

die Berufung zurückzuweisen und die Klage gegen den Bescheid vom 10.2.2012 abzuweisen. 69

Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. 70

Der Beigeladene zu 1) hat sich dem Antrag der Klägerin angeschlossen. 71

Der Senat hat mit Beschluss vom 19.6.2012 die Beigeladenen zu 2) bis 4) beigeladen und sodann die Klägerin u.a. aufgefordert, sämtliche Vereinbarungen vorzulegen, mit denen der abgeschlossene Dienstvertrag aus dem Jahr 1994 abgeändert worden ist. Die Klägerin hat zudem einen Darlehensverlauf vorgelegt, in dem die Ein- und Auszahlungen des durch den Beigeladenen zu 1) gewährten Darlehens dokumentiert sind. Aus dem Darlehensverlauf ergibt sich Folgendes:	72
Stichtag 31.12.2000 Veränderungen =./.. Zinsen =./.. Endstand DM inkl. Zins = 30.363,00 DM Endstand EUR inkl. Zins = 15.524,36 EUR	73
Stichtag 31.12.2001 Veränderungen = zzgl. 18.000,00 DM am 30.10.2001 Zinsen = 2.437,48 DM Endstand DM inkl. Zins = 50.800,48 DM Endstand EUR inkl. Zins = 25.973,87 EUR	74
Stichtag 31.12.2002 Veränderungen = zzgl. 16.772,77 EUR am 30.7.2002 Zinsen = 1.815,40 EUR Endstand DM inkl. Zins =./.. Endstand EUR inkl. Zins = 44.520,04 EUR	75
Stichtag 31.12.2003 Veränderungen = abzgl. 25.000,00 EUR am 13.11.2003 Zinsen = 1.907,96 EUR Endstand DM inkl. Zins =./.. Endstand EUR inkl. Zins = 21.428,00 EUR	76
Stichtag 31.12.2004 Veränderungen = abzgl. 1.500,00 EUR am 10.2.2004 abzgl. 20.000,00 EUR am 1.7.2004 zzgl. 419,41 EUR am 1.7.2004 Zinsen = 426,58 EUR Endstand DM inkl. Zins =./.. Endstand EUR inkl. Zins = 354,58 EUR	77
Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 15.1.2014 hat der Senat den Geschäftsführer der Klägerin, Herrn G, sowie den Beigeladenen zu 1) angehört. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.	78
Im Nachgang hat die Beklagte vorgetragen, der Zeuge N halte es bei komplexen Sachverhalten stets so, dass er eine Kopie des Bescheidentwurfs ausdrücke, die Überschrift "Bescheid" durchstreiche und durch "Entwurf" oder "Muster" ersetze. Dies teile er auch bei der Schlussbesprechung mit. Er habe daher am 2.1.2006 Bescheidentwürfe ausgedruckt, um sie mit dem Arbeitgeber durchzugehen. Er habe darauf hingewiesen, dass es sich nur um Entwürfe handele. Auch Frau Q sei zu dem in der Verwaltungsakte vermerkten Telefonat mit dem Beigeladenen zu 1) befragt worden. Sie könne sich nur vage an den Vorfall erinnern. Es sei zu Verzögerungen bei der Bescheidefreigabe gekommen. Der Vermerk sei zutreffend zur Akte genommen worden.	79
Die Klägerin hat daraufhin mitgeteilt, dass der Beigeladene zu 1) und der Geschäftsführer, Herr G, davon ausgegangen seien, dass es sich um einen Bescheid handele. Der Zeuge N habe für den 2.1.2006 einen Termin vereinbart und sodann drei Bescheide gefertigt, ausgedruckt und übergeben. Der Klägerin habe er den Bescheid für Herrn G und sie selbst vorgelegt, auf welchen sich jeweils der handschriftliche Vermerk "Kopie" befunden habe. Die Klägerin und der Beigeladene zu 1) seien nicht darauf hingewiesen worden, dass es sich nur um Entwürfe gehandelt habe. Man habe über die Versicherungsfreiheit des Herrn G noch diskutiert. Der Beigeladene zu 1) könne sich an ein Telefonat mit Frau Q nicht mehr erinnern.	80
Im weiteren Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 23.4.2014 hat der Senat den Beigeladenen zu 1) angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen N und L. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.	81
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen	82

Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe: 83

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 4) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit den ordnungsgemäßen Terminsnachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat. 84

Streitgegenständlich ist vorliegend der Bescheid der Beklagten vom 19.5.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.2.2007 in Gestalt des Bescheides vom 10.2.2012. Der Bescheid vom 10.2.2012 ist erstmalig im Berufungsverfahren nach §§ 153, 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zum Gegenstand des Verfahrens geworden, sodass der Senat diesbezüglich erstinstanzlich auf Klage entscheidet. 85

Die Klage sowie die Berufung der Klägerin, welche sich gegen das Urteil des SG Düsseldorf vom 25.5.2011 richtet, sind zulässig. Die Berufung ist insbesondere nach §§ 143, 144 SGG statthaft und fristgerecht nach § 151 Abs. 1 SGG eingelegt worden. 86

Es fehlt zudem auch nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis, weil die Klägerin den Beigeladenen 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). Dass die Klägerin das Statusfeststellungsverfahren beantragt hat, belegt jedoch ihre Zweifel am Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis, die die Prüfung der Versicherungspflicht rechtfertigen (vgl. zur Frage des Feststellungsinteresses nach § 7a Abs. 1 SGB IV Pietrek in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl., § 7a Rdnr. 91ff.). Das gilt auch dann, wenn es sich um einen bereits abgeschlossenen Zeitraum in der Vergangenheit handelt. 87

Klage und Berufung sind jedoch unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, denn die streitgegenständlichen Bescheide der Beklagten erweisen sich als rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht nach § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG in ihren Rechten. 88

1. Für den Beigeladenen zu 1) besteht für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 14.8.2001 bis zum 14.12.2006 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung. 89

Ermächtigungsgrundlage für die Feststellung der Versicherungspflicht ist § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV i.V.m. § 7b SGB IV i.d.F. vom 23.1.2006. Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitsgebern. 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 Beigeladene zu 1) bei der Klägerin gegen Arbeitsentgelt abhängig beschäftigt gewesen ist. 90

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. 91

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 selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. zum Ganzen z.B. zuletzt 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).

93

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist das SG und damit auch die Beklagte zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beigeladene zu 1) im Streitzeitraum bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen ist. Die Bewertung und Gewichtung der relevanten Abgrenzungsmerkmale zeigt, dass das vertraglich vereinbarte und tatsächlich praktizierte Vertragsverhältnis im Wesentlichen dem eines abhängig Beschäftigten entspricht, wogegen Aspekte, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen, nicht in relevantem Umfang vorhanden sind.

94

Basis der Prüfung sind die vertraglichen Grundlagen der zu prüfenden Rechtsbeziehung. Dabei ist der Kläger im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses tätig geworden. Rechtlicher Ausgangspunkt für dieses ist der Dienstvertrag vom 24.3.1994 in seiner jeweiligen Fassung. Dieser Vertrag hat nach seinem Wortlaut und seinem Inhalt - "Arbeitsverhältnis", "Arbeitszeit",

95

"Arbeitsplatz", "Arbeitsbeginn" (vgl. § 1 Abs. 1, § 2 des Vertrages), Tätigkeitsbeschreibung ("verantwortlicher Sachbearbeiter der Auftragsabwicklung", § 1 Abs. 2 des Vertrages), der einseitig durch die Klägerin ausübbarer Versetzungsvorbehalt (bzgl. einer anderen Position/Tätigkeit, eines anderen Orts, § 1 Abs. 3 des Vertrages), der vorgegebenen regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich (§ 2 Abs. 1 des Vertrages), der Verpflichtung zur Leistung von Überstunden (§ 2 Abs. 2 des Vertrages), des monatlich festen Gehalts zzgl. der vermögenswirksamen Leistungen, Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld (§ 3 des Vertrages), der Verpflichtung, seine volle Arbeitskraft der Klägerin zur Verfügung zu stellen (§ 8 Satz 1 des Vertrages), des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 4 des Vertrages) und des Anspruchs auf bezahlten jährlichen Erholungsurlaub (§ 6 des Vertrages) - maßgebliche Elemente eines Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand.

Auf der beschriebenen vertraglichen Grundlage ist der Beigeladene zu 1) auch in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Klägerin, tätig geworden. Diese ist als GmbH eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, die unabhängig von den als Gesellschaftern dahinter stehenden juristischen oder natürlichen Personen und deren wirtschaftlichen Beziehungen zu betrachten ist (BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, juris). Während der Tätigkeit war der Beigeladene zu 1) 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. 96

Der Beigeladene zu 1) unterlag daran anknüpfend einem Weisungsrecht der Klägerin bzw. deren Geschäftsführer bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, denn allein ihr oblag die abstrakte Rechtsmacht. 97

Nach dem mit der Klägerin geschlossenen Vertrag war der Beigeladene zu 1) in zeitlicher Hinsicht verpflichtet, die in § 2 Abs. 2 des Vertrages geregelte wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden zu leisten. Arbeitsbeginn und -ende legte die Betriebsordnung der Klägerin fest. Darüber hinaus bestand die Verpflichtung, Überstunden zu leisten, soweit dies betriebliche Belange erforderlich machten. Der Inhalt der auszuübenden Tätigkeit bestimmte sich nach § 1 Abs. 2 des Vertrages, wonach der Beigeladene zu 1) als verantwortlicher Sachbearbeiter der Auftragsabwicklung eingestellt wurde und im streitgegenständlichen Zeitraum als Prokurist für den kaufmännischen Bereich zuständig gewesen ist. Zudem war er verpflichtet, über seine Aufgabenwahrnehmung im konkreten Zuständigkeitsbereich hinaus auf Verbesserungen in organisatorischer, technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht bedacht zu sein. Er hatte seine ganze Arbeitskraft der Klägerin zu widmen, § 8 Abs. 1 des Vertrages. Der Ort der Tätigkeit ergab sich grundsätzlich aus der Tätigkeit selbst, wobei die Klägerin einseitig berechtigt war, ihm nicht nur andere Aufgaben zu übertragen, sondern ihn auch an einen anderen Tätigkeitsort zu versetzen (§ 1 Abs. 3 des Vertrages). Geschäftsreisen von einer Dauer von bis zu sechs Wochen konnten durch die Klägerin gleichfalls einseitig angeordnet werden (§ 5 Abs. 1 des Vertrages). 98

Der Beigeladene zu 1) hatte demgegenüber keine Möglichkeiten, ihm nicht genehme Weisungen der Klägerin zu verhindern. Ihm fehlte in rechtlicher Hinsicht der notwendige maßgebliche Einfluss auf die Klägerin. Für Geschäftsführer ist ein maßgeblicher Einfluss regelmäßig dann bejaht worden, wenn dieser 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, 11 RAr 77/89, SozR 3-2400 § 7 Nr. 4 m.w.N., Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11, juris). Der Beigeladene zu 1) war im streitgegenständlichen Zeitraum jedoch kein Geschäftsführer, sondern lediglich 99

mitarbeitender Gesellschafter und Prokurist. Er hielt dabei ab dem 1.1.2000 einen Stimmanteil von 2,5 v.H. und verfügte damit nicht über Anteile in Höhe einer Sperrminorität.

Entgegen der Auffassung der Klägerin liegen auch keine weiteren einzelfallbezogenen Umstände vor, die abweichend vom Regelfall eine Bindung des Beigeladenen zu 1) an die Geschäftsführung als das die Arbeitgeberfunktion ausübende Organ der Klägerin ausschließen und damit einer für ein Beschäftigungsverhältnis typischen Abhängigkeit von der Klägerin entgegenstehen. 100

Selbst bei Geschäftsführern - einem Personenkreis, zu dem der Beigeladene zu 1) im maßgeblichen Zeitraum nicht zählte -, die weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügen, ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG, Urteil v. 4.7.2007, B 11a AL 5/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 8). Solche besonderen Umstände sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmsweise bei Familiengesellschaften 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 (dazu: 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 RAr 43/85, juris: Keine Ausübung von Gesellschafterrechten durch die Kinder des Geschäftsführers; BSG, Urteil v. 7.9.1988, 10 RAr 10/87, SozR 4100 § 141b Nr. 41). 101

Ein derartiger Fall liegt unabhängig von der fehlenden familiären Verbundenheit allerdings nicht vor. Zwar zielt der Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in diese Richtung, wonach der Beigeladene zu 1) im kaufmännischen Bereich habe frei schalten und walten können, wie er wollte, denn die technischen Geschäftsführer hätten auf den kaufmännischen Bereich und er auf den technischen Bereich keinen Einfluss genommen. 102

Jedoch ist dieser Vortrag nicht von den tatsächlichen Gegebenheiten gedeckt. Der Beigeladene zu 1) hat zunächst im Verwaltungsverfahren die Frage verneint, ob er als einziger Betriebsangehöriger über die zur Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfügt. Doch selbst wenn dies so gewesen wäre und die Geschäftsführer für die Klägerin bereits mangels Kenntnissen über die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) das Weisungsrecht nicht ausüben konnten, gilt nichts anderes. Denn vielfach werden Beschäftigte aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten eingestellt. In solchen Fällen ist ein stark abgeschwächtes Weisungsrecht 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 103

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).

Ferner gab es zwischen den zwei Geschäftsführern der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) als Prokuristen entsprechend ihrer Qualifikation und ihrer beruflichen Kenntnisse eine Aufgabenverteilung nach Geschäftsbereichen. So sind die Geschäftsführer der Klägerin seit Beginn für den technischen Bereich und der Beigeladene zu 1) für den kaufmännischen Bereich zuständig. Auch wenn er diesen "eigenverantwortlich" leitete, war er damit in die vorgegebene Organisationsstruktur eingebunden. Es liegt in der Natur der Sache, dass jeder Geschäftsführer aber auch leitende Angestellten für den entsprechenden Geschäfts- und Tätigkeitsbereich ein besonderes Fachwissen, spezielle Kenntnisse und Erfahrungen einbringen, die sie befähigen, in ihrem Zuständigkeitsbereich für die Gesellschaft erfolgreich tätig zu sein (Senat, Urteil v. 17.10.2012, a.a.O., juris). 104

Dass der Beigeladene zu 1) demgegenüber die Vollmacht besaß, diese Entscheidung zur konkreten Ausgestaltung der betrieblichen Organisation auf der Leitungsebene zu ändern, ist nicht ersichtlich. Selbst innerhalb des ihm zugewiesenen Zuständigkeitsbereichs war seine Vertretungsbefugnis rechtlich zwingend auf den Umfang einer rechtsgeschäftlichen Prokura i.S. von §§ 48, 49 Handelsgesetzbuch (HGB) begrenzt. Diese ermächtigt zwar zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Allerdings handelt es sich nicht um eine originäre Vertretung der Gesellschaft, sondern lediglich um ein (rechtlich nachgeordnetes) Handeln in Vollmacht (vgl. dazu BSG, Urteil v. 29.8.2012, a.a.O., juris). 105

Die Klägerin hatte es dementsprechend allein in der Hand, etwa im Fall eines Zerwürfnisses, den Beigeladenen zu 1) zu entlassen und an seiner Stelle eine andere Arbeitskraft mit entsprechendem Fachwissen einzustellen, ohne dass er die Rechtsmacht besaß, dem mit Erfolgsaussicht entgegenzutreten. Anhaltspunkte dafür, dass allein der Beigeladene zu 1) über ein derart hohes Fachwissen verfügte, dass nur er in der Lage war, die konkrete Tätigkeit zu verrichten, sind dem Senat nicht ersichtlich (vgl. dazu BSG, Urteil v. 30.4.2013, B 12 KR 19/11 R, USK 2013-39). 106

Zudem liegen auch die typischen Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit nicht in erheblichem Maße vor. 107

Im Hinblick auf die vorliegend maßgeblich zu beurteilende Tätigkeit verfügte der Beigeladene zu 1) über keine eigene Betriebsstätte. Für ihn bestand in seiner Tätigkeit für die Klägerin auch kein maßgeblich ins Gewicht fallendes Unternehmerrisiko. Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, m.w.N., juris) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. 108

Eine solche Ungewissheit ist nicht festzustellen, soweit es um den Einsatz der Arbeitskraft des Beigeladenen zu 1) geht. Denn er erhielt ein monatliches Festgehalt, einschließlich Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld. Diese Bestandteile waren erfolgsunabhängig. Steuerrechtlich sind die zugewendeten Entgelte zudem der Einkommensteuer unterworfen und von der Klägerin als Betriebsausgaben berücksichtigt worden, was Indizien für eine abhängige Beschäftigung sind (Senat, Urteil v. 19.2.2014, L 8 R 872/12; LSG NRW, Urteil v. 18.4.2012, L 11 KR 312/10 m.w.N., juris).

Soweit der Beigeladene zu 1) insoweit ein wirtschaftliches Risiko trägt, als er ab dem 1.1.2000 über seinen Geschäftsanteil in Höhe von 2,5 v.H. entsprechend an Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt gewesen ist, wurde dies durch die Gewährung des erfolgsunabhängigen Gehalts samt Sonderleistungen kompensiert, sodass er seine eigene Arbeitskraft nicht mit der Gefahr eingesetzt hat, diese nicht vergütet zu erhalten. 110

Zwar sind neben diesen festen Gehaltsbestandteilen gewinnabhängige Tantiemenzahlungen ausgeschüttet worden. Allerdings kommt ihnen Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit nur als (ein) Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen kann, jedoch nicht allein entscheidend ist (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, a.a.O., m.w.N.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, a.a.O. juris). Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist, wäre deren Gewicht für die Abgrenzung der Beschäftigung gegenüber einer selbständigen Tätigkeit eher gering. Das gilt umso mehr, als die Tantiemengewährung an den Beigeladenen zu 1) nicht erst mit Beginn seiner Gesellschafterstellung erfolgt ist, sondern bereits im Januar 1998 zwischen den Beteiligten im Rahmen einer den ursprünglichen Vertrag ergänzenden Vereinbarung vereinbart worden ist. Zu dieser Zeit gingen die Klägerin und der Beigeladene zu 1) noch unstreitig von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis aus. 111

Die Verleihung der Einzelprokura an abhängig Beschäftigte ist nicht untypisch und deutet deshalb nicht auf eine selbständige Tätigkeit hin. In seiner Tätigkeit als Prokurist war der Beigeladene zu 1) nicht von § 181 BGB befreit. Seinen diesbezüglichen Vortrag hat er korrigiert. 112

Das gewährte Darlehen führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach den zuletzt vorgelegten Unterlagen handelt es sich um ein Darlehensverhältnis, dass in seinem Verlauf Ende des Jahres 2002 seinen Höchststand (44.520,04 EUR) erreicht hat und welches zudem von der Klägerin verzinst worden ist. Die Verzinsung des Darlehens unterstreicht den Kapitalanlagecharakter des Darlehens, der auch bei abhängig Beschäftigten nicht unüblich ist. Zudem ist nicht ersichtlich und wurde von der Klägerin auch nicht vorgetragen, inwiefern sich für den Beigeladenen zu 1) aus diesem Darlehen unternehmerische Chancen eröffnen haben. 113

Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sind weder vorgetragen noch ersichtlich. 114

2. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht nicht fest, dass die Beklagte mit Bescheid vom 2.1.2006 gegenüber der Klägerin oder dem Beigeladenen zu 1) bindend (§ 77 SGG) dessen Versicherungsfreiheit wegen selbständiger Tätigkeit festgestellt hat (dazu unter a)). Hierzu bedarf es keiner weiteren Beweisaufnahme entsprechend dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Hilfsbeweisantrag der Klägerin (dazu unter b)). 115

a) Bei dem durch den Zeugen N im Termin mit der Klägerin am 2.1.2006 übergebenen Schreiben handelt es sich nicht um einen Bescheid der Beklagten dahingehend, dass die Beklagte die Versicherungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit bei der Klägerin festgestellt hat.

Voraussetzung für den Erlass eines Bescheides wäre die Bekanntgabe (§ 37 Abs. 1 SGB X) 117 eines Verwaltungsaktes im Sinne von § 31 Satz 1 SGB X. Ein Verwaltungsakt ist danach eine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Eine "Regelung" in diesem Sinne liegt vor, wenn die Behörde anstrebt, verbindlich ein Recht zu begründen, abzulehnen, aufzuheben, zu ändern oder - was im vorliegenden Fall allein in Betracht kommt - festzustellen (BSG, Urteil v. 17.4.2013, B 9 SB 6/12 R, SozR 4-1300 § 48 Nr. 26; Urteil v. 25.1.2011, B 5 R 14/10 R, SozR 4-1300 § 63 Nr. 15; Urteil v. 5.9.2006, B 4 R 71/06 R, SozR 4-2500 § 255 Nr. 1; Pattar in jurisPK-SGB X, § 31 Rdnr. 40 m.w.N.). Das bloße Äußern einer Rechtsansicht, die Abgabe einer Absichtserklärung, einer mündlichen Zusicherung oder auch die Durchführung einer Anhörung im Sinne von § 24 SGB X als den Erlass eines Verwaltungsaktes vorbereitende Maßnahme erfüllen diese Voraussetzungen mangels des erforderlichen Rechtsbindungswillens der Behörde nicht.

Für die Auslegung, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, gelten die bürgerlich-rechtlichen 118 Vorschriften des § 133 BGB zur Auslegung von Willenserklärungen entsprechend (BSG, Urteil v. 31.5.1989, 4 RA 19/88, SozR 1200 § 42 Nr. 4). Maßgeblich ist der objektive Sinngehalt der Erklärung, wie ihn ihr Empfänger bei verständiger Würdigung nach den Umständen des Einzelfalles verstehen musste. Wegen der Notwendigkeit, alle Umstände des Einzelfalles in die Würdigung einzubeziehen, rechtfertigt allein der Umstand, dass in einer Erklärung der Begriff "Bescheid" auftaucht, noch nicht die Annahme eines Verwaltungsaktes (vgl. Pattar a.a.O. Rdnrn. 26 und 27).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass der Zeuge N der Mitarbeiterin der 119 Beklagten, Frau T1, unter Mitteilung ergänzenden Ermittlungsbedarfs (Aushändigung weiterer Unterlagen wie Gesellschafterliste, Lohnabrechnungen sowie betreffend das von dem Beigeladenen zu 1) gewährte Darlehen) sein Erscheinen für den 2.1.2006 angekündigt hat. Am 2.1.2006 hat er im Unternehmen der Klägerin ein nicht datiertes und nicht unterschriebenes Schriftstück mit der Überschrift "Bescheid" ausgedruckt, das als zuständige Bearbeiterin der Beklagten Frau Q auswies und die Versicherungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit für die Klägerin zum Inhalt hatte. Er hat dieses Schriftstück mit Frau T1 besprochen und es anschließend im Unternehmen der Klägerin belassen. Die von ihm angeforderten und ihm von Frau T1 ausgehändigten Unterlagen hat er beim Verlassen des Unternehmens mitgenommen.

Diese Feststellungen beruhen auf den glaubhaften Angaben des Zeugen N, die in vollem 120 Umfang in Einklang stehen mit dem Inhalt der Verwaltungsakte der Beklagten und der übrigen vorliegenden Unterlagen und denen die Klägerin insoweit nicht entgegengetreten ist. Dass Frau T1 dem Zeugen N die von diesem erbetenen Unterlagen übergeben hat, hat dieser zwar nicht ausdrücklich bekundet, ergibt sich jedoch unmittelbar aus dem Inhalt der Verwaltungsakte, insbesondere dem im Anschluss an den Termin vom 2.1.2006 gefertigten Vermerk des Zeugen N, mit dem die Versendung der betreffenden Unterlagen zur Hauptverwaltung der Beklagten in Berlin angekündigt worden ist.

Aufgrund dieser Umstände konnten weder Frau T1 noch die Geschäftsführer der Klägerin, 121 namentlich der Beigeladene zu 1), von ihrem objektiven Empfängerhorizont aus annehmen,

der Zeuge N habe am 2.1.2006 bereits eine Regelung im Sinne einer Feststellung der Versicherungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit als Prokurist für die Klägerin verbindlich treffen wollen. Einziger Anhaltspunkt hierfür ist der Umstand, dass über dem von dem Zeugen N beim Termin am 2.1.2006 ausgedruckten Schriftstück die Bezeichnung "Bescheid" stand. Im Übrigen weist das Schriftstück jedoch mehrere Merkmale auf, die auch vom objektiven Empfängerhorizont der Klägerin bzw. der für sie handelnden Organe und Mitarbeiter seinen Charakter als bloßer Entwurf im Rahmen einer Anhörung nach § 24 SGB X bzw. als Grundlage für die weitere Tatsachenfeststellung mit hinreichender Eindeutigkeit belegen. Weder ist das Schriftstück datiert noch enthält es eine Unterschrift, wenigstens aber den Namen des Verfassers (im Unterschied zum Bescheid vom 7.10.2004) oder den Hinweis, dass eine solche wegen der maschinellen Fertigung entbehrlich sei. Als zuständigen Bearbeiter weist es zudem nicht den Zeugen N, sondern die Mitarbeiterin Q in der Hauptverwaltung in Berlin aus.

Die weiteren, den Beteiligten bekannten Umstände belegen diese Auslegung. So hatte der Zeuge N mit seiner Besuchsankündigung vom 19.10.2005 darauf hingewiesen, er werde Frau T1 die "Bescheide zur Überprüfung vorlegen". Diese Formulierung spricht bei verständiger Würdigung nicht für einen abschließenden Regelungswillen, sondern "nur" für die Gewährung rechtlichen Gehörs im Vorfeld einer noch zu treffenden Regelung. Gleiches gilt für den Umstand, dass der Zeuge die von ihm für die weitere Prüfung als erforderlich bezeichneten umfangreichen weiteren Unterlagen erstmals bei seinem Besuch am 2.1.2006 erhalten und mitgenommen hat. Darüber hinaus hat der Zeuge N sogar unter seine Besuchsankündigung vom 19.10.2005, die eindeutig nicht den Charakter eines Verwaltungsaktes hat, seinen Namen gesetzt und ihr dadurch ein gewisses Maß an Verbindlichkeit verliehen. Das Fehlen jeglicher Form von Unterzeichnung unter dem am 2.1.2006 gefertigten Schriftstück spricht daher klar gegen seinen Willen, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen. 122

Die hier vertretene Auslegung ist - anders als die Rechtsauffassung der Klägerin und des Beigeladenen zu 1), am 2.1.2006 sei bereits ein Verwaltungsakt mit der Regelung der Versicherungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) erlassen worden - auch problemlos mit dem weiteren Verlauf des Verfahrens in Einklang zu bringen, wie er insbesondere in der Verwaltungsakte der Beklagten dokumentiert ist, sich aber auch aus der Aussage des Zeugen L, des Steuerberaters der Klägerin, ergibt: 123

So hat der Zeuge N die ihm übergebenen Unterlagen mit einem entsprechenden Vermerk an die Hauptverwaltung der Beklagten nach Berlin geschickt. Sein interner Vermerk, dass die Bescheide "noch edv-mäßig zur Verfügung gestellt" werden, ergibt nach den eingehenden und nachvollziehbaren Erläuterungen des Vertreters der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nur dann einen Sinn, wenn es sich dabei um die vom Prüfer zu fertigenden Bescheidentwürfe handelt, die dem zuständigen Sachbearbeiter bzw. Dezernenten in der Hauptverwaltung als Dateien zur Verfügung gestellt, dort jedoch noch durchgesehen, ggf. genehmigt bzw. überarbeitet und erst sodann als Bescheide mit verbindlicher Regelung versandt werden sollten. Es wurden im Anschluss an den Termin vom 2.1.2006 im Übrigen auch keine Mitteilungsschreiben, wie sonst bei Bescheiderlass üblich, an die Einzugsstelle übermittelt, was die Beigeladene zu 2) auf Nachfrage des Senats bestätigt hat. 124

Dass auch auf Seiten der Klägerin seinerzeit niemand angenommen hat, es sei bereits ein Bescheid erlassen worden, wird auch durch den sich in der Akte befindlichen Vermerk über ein Telefonat des Beigeladenen zu 1) mit Frau Q am 22.3.2006 bestätigt. Darin erkundigte sich der Beigeladene zu 1) nach dem Bearbeitungsstand, da ihm nach Erhalt des Entwurfs 125

die verzögerte endgültige Bearbeitung durch die Beklagte nicht eingängig sei. Zu diesem Zeitpunkt ging der Beigeladene zu 1) demnach ebenfalls von einem noch nicht abgeschlossenen Verwaltungsverfahren aus. Dennoch hielt die Beklagte noch am 22.3.2006 und damit am gleichen Tag mit dem Zeugen N Rücksprache, der bereits damals ausweislich des Vermerks bestätigte, nur einen Bescheidentwurf übergeben zu haben. Zwar hat der Beigeladene zu 1) nunmehr Durchführung und Inhalt des Telefonats im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 15.1.2014 bestritten. Ein Telefonat mit der Beklagten habe erst nach Erhalt des zweiten Bescheids stattgefunden. Da habe er zwar mit Frau Q sprechen wollen, diese aber nicht erreicht und dann mit einem anderen Mitarbeiter der Beklagten gesprochen. Er habe seinen Unmut über den Erlass äußern wollen. Mit wem er gesprochen hat, hat er nicht mitgeteilt. Vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich vergangenen beträchtlichen Zeitspanne überzeugt dieser Vortrag den Senat allerdings nicht. Zunächst findet sich in der sehr sorgfältig geführten Verwaltungsakte der Beklagten kein Vermerk über ein Telefonat mit dem Beigeladenen zu 1) nach dem Erlass des streitgegenständlichen Bescheids. Zudem hat der Beigeladene zu 1) an die seinerzeitigen Ereignisse offenbar keine präzisen Erinnerungen mehr. Das zeigt eindrucksvoll sein Vortrag im Termin zur mündlichen Verhandlung am 15.1.2014, in dem er - insoweit in Übereinstimmung mit dem Geschäftsführer G - behauptet hat, die Bescheide über die Versicherungsfreiheit per Post bekommen zu haben, obwohl diese Möglichkeit durch die nachfolgende Beweisaufnahme eindeutig ausgeschlossen werden kann.

Ersichtlich hat vielmehr erstmals der Zeuge L, der im März 2006 mit dem Anhörungsschreiben der Beklagten befasst worden ist, die vorangegangenen Umstände (namentlich die Vorgänge anlässlich des Besprechungstermins am 2.1.2006) jedoch nicht kannte und, wie er selbst eingeräumt hat, seinerzeit auch sonst keine Erfahrung mit dem üblichen Ablauf von Statusfeststellungsverfahren hatte, den ihm übergebenen Bescheidentwürfen irrtümlich den Charakter verbindlicher Regelungen beigemessen. Dafür spricht insbesondere, dass er sich bei der Vernehmung durch den Senat nicht mehr erinnern konnte, ob er seitens der Klägerin auf diese Entwürfe, die sich in den ihm übergebenen Unterlagen befanden, überhaupt gesondert hingewiesen worden ist. Ein solcher Hinweis wäre jedoch sehr wahrscheinlich, wenn man auf Seiten der Klägerin davon ausgegangen wäre, dass bereits verbindliche Regelungen seitens der Beklagten vorlagen. Zutreffend hat die Prozessbevollmächtigte der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) daher diesen Irrtum in der Folgezeit korrigiert, indem sie in der Widerspruchsbegründung vom 17.10.2006 nur noch von einem "Bescheidentwurf" gesprochen hat. Auch im weiteren Verlauf des Widerspruchs- und Klageverfahrens hat die nunmehr - angesichts der erkennbaren Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung im Übrigen - vertretene Rechtsauffassung, der Zeuge N habe bereits bindende Bescheide erlassen, keinerlei Bedeutung gehabt.

126

Vor diesem Hintergrund kann es dahingestellt bleiben, ob der Zeuge N Frau T1 ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass es sich lediglich um Bescheidentwürfe handele bzw. dass sie diese im Anschluss schreddern möge. Denn auch wenn ein solcher Hinweis unterblieben sein sollte, würde dies nichts daran ändern, dass sich der bloße Entwurfscharakter hinreichend eindeutig aus den Gesamtumständen ergab. Aus denselben Gründen ist unerheblich, ob der handschriftliche Vermerk "Kopie" auf dem übergebenen Schreiben von dem Zeugen oder von der Personalabteilung der Klägerin stammt.

127

b) Vor diesem Hintergrund bestand zunächst kein Anlass für den Senat, dem hilfsweise gestellten Beweisantrag der Klägerin auf Vernehmung der Zeugin T1 zu folgen. Der Senat unterstellt als wahr, dass die als Zeugin benannte Frau T1 im Falle ihrer Vernehmung bekunden würde, was die Klägerin - im Hinblick auf die Angaben der Mitarbeiterin, sie könne

128

sich an das Gespräch am 2.1.2006 nicht mehr erinnern, freilich gleichsam "ins Blaue hinein" - in ihr Wissen stellt: dass sie nämlich den Beigeladenen zu 1) informiert hätte, falls der Zeuge N ihr am 2.1.2006 gesagt hätte, dass es sich bei dem ihr übergebenen Schreiben lediglich um einen Entwurf handele. Selbst wenn man jedoch - über das im Antrag formulierte Beweisthema hinausgehend - aus einer solchen Aussage den Schluss zöge, dass der Zeuge N einen entsprechenden Hinweis nicht gegeben hat, würde dies - wie unter a) dargelegt - am Beweisergebnis nichts ändern. Denn der Senat geht im Rahmen seiner Beweiswürdigung nicht davon aus, dass ein solcher Hinweis erteilt worden ist. Eine dem Beweisantrag der Klägerin entsprechende Aussage der Zeugin T1 würde auch die Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen N im Übrigen nicht in Zweifel ziehen, denn diese stehen - wie ebenfalls dargelegt - zwanglos im Einklang mit dem Inhalt des Verwaltungsvorgangs der Beklagten und den übrigen vorliegenden Unterlagen.

Zu weiteren Ermittlungen von Amts wegen hat der Senat sich nicht gedrängt gesehen. 129
Insbesondere waren Frau T1 oder die Mitarbeiterin Q der Beklagten nicht von Amts wegen zu hören, nachdem die Beteiligten insoweit - angesichts des Zeitablaufs ohne weiteres nachvollziehbar - vorgetragen haben, beide Damen hätten an die seinerzeitigen Ereignisse keine konkreten Erinnerungen mehr.

Die Beklagte hat damit zu Recht außerhalb des Verfahrens nach § 7a SGB IV die 130
Versicherungspflicht für die streitgegenständliche Zeit vom 14.8.2001 bis zum 14.12.2006 festgestellt, da die Voraussetzungen für einen späteren Beginn gemäß § 7b SGB IV a.F. nicht vorliegen. Denn es fehlt bereits an einer entsprechenden Zustimmung des Beigeladenen zu 1) für den späteren Beginn.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach § 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. mit § 155 Abs. 1 131
Satz 3 Verwaltungsgerichtsordnung. Im Rahmen seines Ermessens hat der Senat von einer Kostenquotelung trotz der teilweisen Aufhebung des Bescheides im Termin zur mündlichen Verhandlung aufgrund der Geringfügigkeit des diesbezüglichen Obsiegens abgesehen.

Gründe gemäß § 160 Abs. 2 SGG für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die 132
Entscheidung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des BSG.