
Datum: 19.04.2013
Gericht: Sozialgericht Duisburg
Spruchkörper: 10. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: S 10 R 73/09
ECLI: ECLI:DE:SGDU:2013:0419.S10R73.09.00

Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen. Die Beklagte trägt die Hälfte der außergerichtlichen Kosten des Klägers.

- Tatbestand: 1
- Im Streit ist die Frage, ob der Kläger seine Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen in der Zeit vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausübte und Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung vorlag. 2
- Der Kläger war vor 2008 hauptberuflich im Rahmen einer Lehrtätigkeit an einer Hochschule tätig. Nebenberuflich arbeitete er als selbständiger Sachverständiger und als freier Mitarbeiter für die Beigeladene. In der Zeit vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 übte der Kläger seine Lehrtätigkeit an der Hochschule nicht mehr aus und war für die Beigeladene als Gesellschafter-Geschäftsführer tätig. Der Geschäftsführer-Dienstvertrag wurde für die Zeit ab dem 01.01.2008 auf unbefristete Zeit geschlossen. Nachdem der Kläger seine Geschäftsführertätigkeit zum 30.09.2008 niedergelegt hatte, wurde am 24.10.2008 zwischen ihm und der Beigeladenen ein Aufhebungsvertrag geschlossen. 3
- Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen ist der Betrieb einer Ingenieurgesellschaft mit angegliedertem Erdbaulaboratorium und allen damit verbundenen Leistungen, insbesondere Untersuchungen, Planungen, Berechnungen, Begutachtungen, Beratungen, Prüfungen und Überwachungen auf den Gebieten Erd-, Grund- und Felsbau, Boden- und Felsmechanik, Spezialtiefbau und Tunnelbau, Ingenieur- und Hydrogeologie, Geokunststoffe 4

und Umwelttechnik. Die Beigeladene hatte in dem streitigen Zeitraum von Januar 2008 bis September 2008 etwa 85 Mitarbeiter und war insbesondere in den Bereichen Baugrunduntersuchung, Gründungsberatung, Beratung hinsichtlich der Ausführbarkeit von Bauwerken und Feststellung von Schadensursachen bei Schäden an Bauwerken tätig. Auftraggeber waren insbesondere Bauämter bezogen auf Brücken, Straßen und Gebäude, große Energieversorgungsunternehmen, kleinere private Auftraggeber und Gerichte, für die die Beigeladene Sachverständigengutachten erstellte. Der Sitz der Gesellschaft ist in Essen, wo sich auch das Hauptlaboratorium befindet. Es gibt weitere Niederlassungen in Weiterstadt bei Frankfurt, in Trier und in Berlin.

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 510.000,00 EUR. In dem streitigen Zeitraum verfügte der Kläger über eine Stammeinlage in Höhe von 85.000,00 EUR (16,67 v.H.), Herr Diplom-Ingenieur D. P. über eine Stammeinlage von 255.000,00 EUR (50 v.H.) und Herr Diplom-Ingenieur Th. N. über eine Stammeinlage von 170.000,00 EUR (33, 33 v.H.). Alle Gesellschafter waren als beratende Ingenieure tätig. In § 6 der Satzung der Gesellschaft ist geregelt, dass die Gesellschafter über alle Angelegenheiten der Gesellschaft durch Beschluss entscheiden, soweit nicht etwas anderes geregelt ist, dass die Beschlüsse der Gesellschafter grundsätzlich in Gesellschafterversammlungen gefasst werden und je 100,00 EUR eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren. Danach können die Beschlüsse mündlich, fernmündlich, schriftlich, per Telefax oder E-Mail gefasst werden, sofern kein Gesellschafter dieser Art der Beschlussfassung widerspricht. Gesellschafterbeschlüsse können auch zum Teil in Gesellschafterversammlungen und zum Teil außerhalb, auch durch nachträgliche Zustimmung von Gesellschaftern, die an der Gesellschafterversammlung nicht teilgenommen haben, gefasst werden. Nach § 6 Abs. 2 der Satzung können Gesellschafterbeschlüsse nur mit einer Mehrheit von 2/3 der abgegebenen Stimmen gefasst werden. Für bestimmte, im Einzelnen aufgeführte Beschlüsse ist eine einstimmige Entscheidung erforderlich. Nach § 5 der Satzung kann die Gesellschafterversammlung einen oder mehrere oder alle Geschäftsführer generell oder im Einzelfall zur Einzelvertretung ermächtigen. Nach § 5 Abs. 2 unterliegt die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer hinsichtlich der Ausführung von Berufsaufgaben im Sinne des § 21 BauKaG keiner Einflussnahme der Gesellschafterversammlung durch Weisungen oder vertragliche Bindungen.

5

In dem zwischen dem Kläger und der Beigeladenen geschlossenen Geschäftsführer-Dienstvertrag wurde geregelt, dass der Kläger die Gesellschaft als Geschäftsführer allein vertritt und von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreit ist. Die beiden anderen Gesellschafter-Geschäftsführer sind ebenfalls allein vertretungsberechtigt. Nach § 2 Abs. 1 des Geschäftsführer-Dienstvertrages führt der Geschäftsführer die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Dienstvertrages, des Gesellschaftsvertrages, der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung in ihrer jeweils gültigen Fassung sowie nach den Bestimmungen der Gesellschafter. Nach Angaben des Klägers gab es in dem streitigen Zeitraum von Januar 2008 bis September 2008 keine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung. Nach § 3 ist der Dienstvertrag von beiden Vertragspartnern mit einer Frist von einem Jahr zum Ende eines Quartals ordentlich kündbar. Legt der Geschäftsführer seine Tätigkeit nieder, so kann die Gesellschaft den Vertrag mit einer Frist von 3 Monaten zum Monatsende kündigen. Der Vertrag ist jederzeit aus wichtigem Grund fristlos kündbar. Die Bestellung zum Geschäftsführer kann jederzeit durch Beschluss der Gesellschafterversammlung widerrufen werden.

6

Der Kläger erhält nach § 4 des Geschäftsführer-Dienstvertrages für seine Tätigkeit als Geschäftsführer eine feste Jahresvergütung von 100.000,00 EUR, zahlbar in 12 monatlichen

7

Teilbeträgen jeweils am Monatsende. Bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit des Geschäftsführers, die durch Krankheit oder einen von ihm nicht zu vertretenden Grund eintritt, werden ihm seine Bezüge 6 Monate, längstens aber bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses, weitergezahlt. Nach §§ 6, 7 schließt die Gesellschaft für die Dauer des Vertrages zu Gunsten des Klägers eine Unfallversicherung für Berufsunfälle und Unfälle des täglichen Lebens und eine Versicherung zum Zweck der Altersversorgung ab. Reisekosten und sonstige Aufwendungen, die dem Geschäftsführer in der Ausübung seiner Aufgaben im Rahmen des Dienstvertrages entstehen, werden ihm gegen Beleg nach den steuerlich zulässigen Höchstsätzen erstattet. Die Gesellschaft stellt dem Kläger für seine Tätigkeit einen angemessenen PKW zur Verfügung, den er auch privat nutzen darf. Der Kläger hat nach § 12 des Dienstvertrages Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen, wobei der Urlaub unter Berücksichtigung der Belange der Gesellschaft im Einvernehmen mit etwaigen anderen Geschäftsführern festzulegen ist.

Der Kläger hatte einen Büroarbeitsplatz sowohl am Sitz der Gesellschaft in Essen als auch in der Niederlassung in Trier. Die Gutachten und Stellungnahmen erstellte er sowohl in Essen als auch in Trier oder zu Hause. Im Rahmen seiner Tätigkeit nahm er sowohl das Laboratorium am Sitz der Gesellschaft in Essen in Anspruch als auch die jeweiligen Außenlabore, die bei den einzelnen Bauprojekten vor Ort eingerichtet waren und beispielsweise für Bohrungen benötigt wurden. Soweit er Untersuchungen von Bodenproben in dem Laboratorium am Sitz der Gesellschaft in Essen durchführen ließ, koordinierte er die Durchführung der Untersuchungen und überwachte die Auswertungen durch die dafür zuständigen Mitarbeiter. Der Schwerpunkt der Tätigkeit des Klägers lag in der Erstellung von Sachverständigengutachten und in der Bearbeitung von Aufträgen, die den Rohrleitungstiefbau betrafen. Herr P. übte schwerpunktmäßig eine beratende Tätigkeit, insbesondere in den Bereichen Baugrundbegutachtung und Gründungsberatung aus, wobei ein Spezialgebiet von Herrn P. die Gründung in Bergsenkungsgebieten war, so dass er insbesondere Aufträge aus diesem Bereich wahrnahm. Der Tätigkeitsschwerpunkt des Herrn N. waren in dem streitigen Zeitraum die kaufmännischen Angelegenheiten. 8

Die notwendigen Abstimmungsprozesse unter den Gesellschafter-Geschäftsführern wurden nicht in regelmäßigen, zeitlich feststehenden Treffen durchgeführt, sondern im Rahmen von Zusammenkünften, die eher spontan abgesprochen wurden. Dies ergab sich daraus, dass die Büros des Klägers und der beiden anderen Gesellschafter-Geschäftsführer in Essen sowie ein Beratungszimmer nebeneinander lagen, so dass man sich spontan zu einer Besprechung verabreden und diese kurzfristig durchführen konnte. Nach Angaben des Klägers haben Besprechungen, an denen alle drei Gesellschafter-Geschäftsführer teilnahmen, in dem streitigen Zeitraum etwa zweimal im Monat stattgefunden. Darüber hinaus gab es Besprechungen, die zunächst nur zwei Gesellschafter-Geschäftsführer durchgeführt haben, weil ein Geschäftsführer ortsabwesend war, wobei dann das Besprechungsergebnis an den jeweils nicht anwesenden Gesellschafter-Geschäftsführer weitergegeben wurde. Eine Besprechung und gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter-Geschäftsführer wurde beispielsweise immer durchgeführt, wenn ein größerer neuer Auftrag im Raum stand. Dabei ging es bei den Beratungen zum Einen darum, wie man den Auftrag gewinnen könne, zum Anderen um die Auftragsdurchführung, nämlich welcher Gesellschafter-Geschäftsführer sich um einen neuen Kunden kümmert und welche Ingenieure dem Geschäftsführer dabei zuarbeiten sollen. Ein Besprechungsbedarf für alle Gesellschafter-Geschäftsführer ergab sich beispielsweise auch immer dann, wenn ein Mitarbeiter aus Sicht eines Geschäftsführers keine gute Arbeit geleistet hatte und Überlegungen angestellt wurden, ob eine Versetzung in eine andere Abteilung in Betracht kam oder arbeitsrechtliche Maßnahmen ergriffen werden sollten. Darüber hinaus wurden gemeinsame Beratungen aller Gesellschafter- 9

Geschäftsführer immer dann notwendig und durchgeführt, wenn es um Angelegenheiten ging, die die Liquidität des Unternehmens betrafen. In dem streitigen Zeitraum war die Liquidität des Unternehmens nach Angaben des Klägers sehr angespannt, so dass sich in dieser Zeit ein entsprechender Beratungs- und Besprechungsbedarf ergab.

Die gemeinsamen Besprechungen und Beratungen der drei Gesellschafter-Geschäftsführer waren nach den Angaben des Klägers von dem Grundgedanken getragen, dass man die zu entscheidenden Angelegenheiten solange diskutierte und besprach, bis eine Lösung gefunden wurde, die für alle Beteiligten tragbar war. Der Kläger kannte die beiden anderen Gesellschafter-Geschäftsführer seit Ende der 90er Jahre gut und war sich zu Beginn seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer sicher, dass die Zusammenarbeit funktionieren würde und dass er im Konsens mit den beiden anderen Gesellschaftern tätig sein könne, nachdem er bereits vor 2008 als freier Mitarbeiter für die Beigeladene gearbeitet hatte. Zu Beginn seiner Gesellschafter-Geschäftsführertätigkeit war geplant, dass er nach weiteren drei Jahren ein weiteres Sechstel der Anteile am Stammkapital erwerben sollte. Der Kläger machte im Rahmen seiner seit Januar 2008 ausgeübten Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer die Erfahrung, dass die Zusammenarbeit mit Herrn P. und Herrn N. in der Funktion als Gesellschafter-Geschäftsführer etwas anderes war als seine vorherige Mitarbeit im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses. Es kam nach Angaben des Klägers zu angespannten Situationen, auch wenn es in den gemeinsamen Besprechungen und Entscheidungen gelang, immer einen Konsens zu finden. Letztlich hatten der Kläger und Herr P. sehr unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich der Unternehmensführung, so dass sich der Kläger bald entschloss, die Tätigkeit bei der Gesellschaft wieder aufzugeben, zumal ihm die Möglichkeit offenstand, seine Tätigkeit an der Hochschule wieder aufzunehmen. 10

Die Einzugsstelle beantragte am 08.02.2008 bei der Beklagten eine Entscheidung, ob der Kläger eine Beschäftigung bei der Beigeladenen ausübte, da sich aus der Meldung der Beigeladenen ergab, dass der Kläger geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH war. Die Beklagte übersandte an die Beigeladene einen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH, der von dem Kläger und der Beigeladenen am 10.03.2008 ausgefüllt und unterschrieben wurde. Dabei wurde unter anderem die Frage, ob der Kläger wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht (Weisungsrecht) der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterliege, verneint. Ferner wurde angegeben, dass der Kläger nicht als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge. Die Beigeladene übersandte neben dem Feststellungsbogen den Geschäftsführer-Dienstvertrag, die Satzung der Gesellschaft und eine Liste der Gesellschafter. 11

Mit an den Kläger und die Beigeladene gerichteten Bescheiden vom 29.05.2008 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen seit dem 01.01.2008 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass Beschlüsse der GmbH mit einer Mehrheit von 2/3 gefasst würden und der Kläger lediglich über einen Anteil am Stammkapital von 16,67 v.H. verfüge und dementsprechend sein Stimmanteil nur 16,67 v.H. betrage. Damit besitze er keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, da ohne seine Mitwirkung die qualifizierte 2/3-Mehrheit erreicht werden könne. Der Kläger könne somit zwar Einfluss auf die Firmenpolitik, aber keinen Einfluss auf die Willenserklärung der Gesellschaft hinsichtlich seines Anstellungsvertrages bzw. seines Mitarbeiterverhältnisses nehmen. Er habe diesbezüglich keine Sperrminorität. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen würden die 12

Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Allein aus der weisungsfreien Ausführung seiner Tätigkeit könne nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden, da er ansonsten in einer nicht von ihm vorgegebenen Ordnung des Betriebes eingegliedert sei und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe, so dass er – selbst bei Belassung großer Freiheiten – der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung unterliege. Dies gelte auch dann, wenn diese von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machen würde. Die Weisungsgebundenheit eines Gesellschafter-Geschäftsführers mit einer Minderbeteiligung verfeinere sich dabei – wie bei Diensten höherer Art üblich – zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Dem stehe nicht entgegen, dass der Kläger als Geschäftsführer – gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern – Funktionen eines Arbeitgebers wahrnehme, denn auch wer selbst Arbeitgeberfunktionen ausübe, könne seinerseits als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig sein. Der Kläger sei zwar berechtigt, die Gesellschaft allein gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, wobei er vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB jedoch nicht befreit sei. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage er jedoch kein eine selbständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Zwar sei der Kläger aufgrund der vom Geschäftserfolg abhängigen Tantiemenzahlungen indirekt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt. Eine Kürzung bzw. den Wegfall der Bezüge bei schlechter Geschäftslage müsse er jedoch nicht befürchten.

Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger am 30.06.2008 Widerspruch. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Bescheid sei formell rechtsfehlerhaft, da die in § 7 a Abs. 4 SGB IV vorgesehene besondere Anhörung nicht durchgeführt worden sei. Die Beklagte habe dem Kläger nicht vor Erlass des Bescheides vom 29.05.2008 mitgeteilt, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtige, und die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung gestützt habe, nicht näher bezeichnet. Der Bescheid sei auch materiell rechtswidrig, weil der Kläger seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Er unterliege nicht dem Direktionsrecht der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit und sei nicht wie ein Mitarbeiter in den Betrieb der Beigeladenen eingegliedert. Er könne vielmehr selbstständig Personal einstellen und entlassen sowie ohne Genehmigung jederzeit Urlaub nehmen. Die Weisungsunabhängigkeit des Klägers ergebe sich insbesondere aus § 5 der Satzung der Beigeladenen, wo geregelt sei, dass der Kläger hinsichtlich der Ausführung seiner Berufsaufgaben im Sinne des § 21 BauKaG NRW keiner Einflussnahme der Gesellschaft durch Weisungen oder vertragliche Bindungen unterliege. Der Umstand, dass der Kläger lediglich über einen Stimmenanteil von 16,67 v.H. verfüge und damit über seine Kapitalbeteiligung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft habe, lasse nicht den Schluss zu, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege. Auch die Tatsache, dass der Kläger feste Bezüge erhalte, spreche nicht gegen eine selbständige Tätigkeit.

13

Mit Schriftsatz vom 19.12.2008 teilte die Beklagte die Indizien mit, die aus ihrer Sicht für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen. Ergänzend wies sie darauf hin, dass bei dem Kläger keine alleinigen Branchenkenntnisse vorgelegen hätten und die beiden anderen Gesellschafter-Geschäftsführer über die gleiche Ausbildung wie der Kläger verfügen würden. Die GmbH habe auch schon Jahre vor dem Eintritt des Klägers in die Gesellschaft bestanden, so dass der Einfluss des Klägers nicht in dem Maße prägend gewesen sei, dass ein Geschäftsbetrieb ohne ihn unmöglich gewesen sei. Ein Verstoß gegen die Anhörungspflicht liege nicht vor, weil der Kläger als abhängig Beschäftigter vom Arbeitgeber gemeldet worden sei und die Beklagte insoweit nicht abweichend entschieden habe, so dass eine Anhörung analog § 24 Abs. 2 Nr. 3 SGB X nicht erforderlich sei. Trotzdem werde die Möglichkeit eingeräumt, sich mit den von der Beklagten vorgebrachten Argumenten bis zum

14

10.01.2009 auseinanderzusetzen. Danach werde über den Widerspruch entschieden.

Der Kläger wies mit Schriftsatz vom 12.01.2009 ergänzend darauf hin, dass sich seine Weisungsungebundenheit auch daraus ergebe, dass er überwiegend als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger tätig geworden sei. Schon die Bestellungsbedingungen der Industrie- und Handelskammer für einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen sähen vor, dass die Tätigkeit immer weisungsungebunden erfolgen müsse. Eine Anhörung sei nicht nach § 24 Absatz 2 Nr. 3 SGB X entbehrlich gewesen, da der Kläger keinen Antrag auf Feststellung einer abhängigen Beschäftigung gestellt habe, so dass die in § 24 Absatz 2 Nr. 3 SGB X vorgesehene Voraussetzung, dass von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten in seinem Antrag nicht zu seinen Ungunsten abgewichen worden sei, nicht vorliegen würden. 15

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Bescheid vom 20.02.2009 zurück. Ergänzend führte sie zur Begründung aus, der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses stehe nicht entgegen, dass die Abhängigkeit als Geschäftsführer zur Beigeladenen weniger stark ausgeprägt gewesen sei. Allein aus der weisungsfreien Ausführung der Tätigkeit könne nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden. Der Umstand, dass die Gesellschafterversammlung im Alltag von ihrem Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Tätigkeit im Wesentlichen keinen Gebrauch gemacht habe, sei dabei unerheblich, denn zu den tatsächlichen Verhältnissen gehöre auch die vorhandene Rechtsmacht, also die Möglichkeit, dass Weisungsrecht wahrzunehmen. Bei Diensten höherer Art verfeinere sich die Weisungsgebundenheit zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Dem stehe nicht entgegen, dass der Kläger als Geschäftsführer der GmbH gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern Funktionen eines Arbeitgebers wahrgenommen habe, denn auch wer selbst Arbeitgeberfunktionen ausübe, könne seinerseits als leitender Angestellter oder Betriebsleiter bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Im Wesentlichen könnte das dem Kläger zustehende Recht der Alleinvertretung für eine selbständige Tätigkeit sprechen. Aufgrund der zunehmenden Üblichkeit einer derartigen Regelung auch bei Geschäftsführern, die nicht Gesellschafter sind und keinen prägenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft haben, komme diesem Indiz aber nur ein ganz untergeordnetes Gewicht zu. 16

Gegen diesen Bescheid hat der Kläger am 25.03.2009 Klage erhoben. Der Kläger ist der Auffassung, er habe seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer für die Beigeladene nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt. Die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber stelle das wesentliche, charakteristische Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses dar. Dabei bedeute persönliche Abhängigkeit Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Der Kläger habe weder einem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterlegen, noch sei er wie ein Mitarbeiter in den Betrieb der Beigeladenen eingegliedert gewesen. Er habe seine Tätigkeit vollumfänglich freibestimmen und gestalten können. Dies werde insbesondere dadurch deutlich, dass er selbständig Personal einstellen und entlassen konnte, Urlaub ohne Genehmigung nehmen konnte und hinsichtlich der Ausführung seiner Berufsaufgaben im Sinne des § 21 BauKaG NRW keiner Einflussnahme der Gesellschaft durch Weisungen oder vertragliche Bindungen unterlegen habe. Im Übrigen sei die nach § 7 a Absatz 4 SGB IV vorgeschriebene Anhörung nicht vor Erlass des Bescheides durchgeführt worden und sei auch nicht entbehrlich gewesen. Eine Nachholung der Anhörung im Widerspruchsverfahren sei nicht möglich. 17

Während des Klageverfahrens ist aufgrund eines gerichtlichen Hinweises ein Bescheid der Beklagten vom 06.12.2012 ergangen, mit dem der Bescheid vom 29.05.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2009 dahingehend abgeändert worden ist, dass festgestellt worden ist, dass in der vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 ausgeübten Beschäftigung als geschäftsführender Gesellschafter bei der Beigeladenen Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden habe. Zur Begründung ist in dem Bescheid ausgeführt worden, aus den vorliegenden Unterlagen ergäben sich keine Tatbestände, die die Versicherungspflicht in einem Zweig der Sozialversicherung ausschließen würde.

Aufgrund des Hinweises des Klägers, er habe bereits in seinem Fragebogen zur Feststellung der Versicherungspflicht am 19.11.2012 gegenüber der Beklagten angegeben, dass sein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt sowohl im Jahr 2008 als auch in den letzten 3 Kalenderjahren vor Aufnahme der Tätigkeit für die Beigeladene die jeweilige Jahresarbeitsentgeltgrenze überschritten habe und er privat krankenversichert sei, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 08.02.2013 ein Teilanerkennnis abgegeben und den Bescheid vom 29.05.2008 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 20.02.2009 und in der Fassung des Bescheides vom 06.12.2012 hinsichtlich der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung und Pflegeversicherung für die Zeit vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 zurückgenommen. Gleichzeitig hat sie festgestellt, dass in der Krankenversicherung keine Versicherungspflicht bestehe, weil das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt des Klägers die maßgebliche Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteige, und dass in der Pflegeversicherung Versicherungsfreiheit bestehe, weil die Pflegeversicherungspflicht an die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung gebunden sei. Der Kläger hat das Teilanerkennnis der Beklagten angenommen und den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt. Am 05.03.2013 hat die Beklagte aufgrund des Teilanerkennnisses einen Bescheid erlassen, mit dem der Bescheid vom 29.05.2008 in Gestalt des Widerspruchbescheides vom 20.02.2009 in der Fassung des Bescheides vom 06.12.2012 hinsichtlich der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung und Pflegeversicherung für die Zeit vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 zurückgenommen worden ist und Versicherungsfreiheit in der Krankenversicherung und Pflegeversicherung festgestellt worden ist. 19

Der Kläger beantragt schriftsätzlich sinngemäß, 20

unter Abänderung des Bescheides vom 29.05.2008 in Gestalt des Widerspruchbescheides vom 20.02.2009, des Abänderungsbescheides vom 06.12.2012 und des Abänderungsbescheides vom 05.03.2013 festzustellen, dass die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen in der Zeit vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt wurde und keine Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Arbeitsförderungsrecht besteht. 21

Die Beklagte beantragt schriftsätzlich, 22

die Klage abzuweisen. 23

Sie ist weiterhin der Ansicht, dass hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechenden Umstände überwiegen würden. Ergänzend führt sie aus, dass die in § 5 Absatz 2 der Satzung der Gesellschaft vorgesehene Regelung, wonach die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer hinsichtlich der 24

Ausführung von Berufsaufgaben keiner Einflussnahme der Gesellschafterversammlung durch Weisungen oder vertraglichen Bindungen unterliege, der Regelung des § 27 BauKaG NRW entspreche, die die Voraussetzungen der Berufsbezeichnung "Beratender Ingenieur" festlege. Insoweit sei eine eigenverantwortliche und unabhängige Berufsausübung unbeeinflusst durch Rechte berufsfremder Dritter erforderlich. Dies bedeute aber nicht, dass die Berufsausübung nur im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit möglich wäre. Aus den Bestimmungen der Berufsausübung und der Satzung ließen sich keine Indizien für die Beurteilung der Tätigkeit in sozialversicherungsrechtlichem Sinne herleiten. Darüber hinaus ist die Beklagte der Auffassung, dass die Anhörung des Klägers im Rahmen des Widerspruchsverfahrens mit Schreiben vom 19.12.2008 wirksam nachgeholt worden sei.	
Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.	25
Das Gericht hat im Erörterungstermin vom 05.10.2012 eine Anhörung des Klägers durchgeführt. Insoweit wird wegen der Einzelheiten auf die Sitzungsniederschrift (Blatt 72 bis 77 der Gerichtsakte) Bezug genommen. Die Beteiligten haben mit Schriftsätzen vom 15.11.2012, 03.01.2013 und 20.03.2013 einer Entscheidung des Gerichts ohne mündliche Verhandlung zugestimmt.	26
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte und der zum Verfahren beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen.	27
Entscheidungsgründe:	28
Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet.	29
Gegenstand des Klageverfahrens sind auch die während des Verfahrens ergangenen Bescheide der Beklagten vom 05.12.2012 und 05.03.2013. Diese Bescheide ergänzen den Ausgangsbescheid vom 29.05.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2009 um die notwendigen Feststellungen zum Vorliegen der Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung. Der bis dahin ergangene Bescheid vom 29.05.2008 enthielt lediglich eine – unzulässige – Elementenfeststellung des Bestehens einer Beschäftigung (vgl. BSG-Urteil vom 04.06.2009 B 12 R 6/08 R). Wird ein wegen der Feststellung eines (unselbständigen) Tatbestandselementes unvollständiger Verwaltungsakt durch einen weiteren Verwaltungsakt um das fehlende Element zu einer vollständigen Feststellung ergänzt und damit auch erst einer inhaltlichen, materiell-rechtlichen Überprüfung durch das bereits angerufene Gericht zugänglich gemacht, so liegt darin eine insgesamt erneuernde Feststellung mit der Folge, dass der zweite Verwaltungsakt den ersten Verwaltungsakt im Sinne des § 96 Absatz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ersetzt (BSG-Urteil vom 28.09.2011 B 12 R 17/09 R).	30
Der angefochtene Bescheid vom 29.05.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2009, des Abänderungsbescheides vom 05.12.2012 und des weiteren Abänderungsbescheides vom 05.03.2013 ist nicht rechtswidrig im Sinne des § 54 SGG, da der Kläger in dem streitigen Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hat und Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.	31
Der Bescheid vom 29.05.2008 ist nicht wegen Unterlassens der erforderlichen Anhörung rechtswidrig. Die Beklagte hat vor Erlass des Bescheides die in § 7 a Absatz 4 SGB IV	32

vorgeschriebene Anhörung nicht durchgeführt. Die Verletzung dieser Verfahrensvorschrift ist nach § 41 Absatz 1 Nr. 3 SGB X geheilt, weil sie nachgeholt worden ist.

Nach § 7 a Absatz 4 SGB IV hat die Beklagte in dem Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung den Beteiligten mitzuteilen, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, die Tatsachen zu bezeichnen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will und den Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 14/1855,7 f) konkretisiert die Vorschrift den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (vgl. § 24 SGB X) und regelt, dass eine Anhörung stattzufinden habe, ohne dass ein Eingriff in die Rechte eines Beteiligten im Sinne des § 24 Absatz 1 SGB X vorliegen muss. In Erweiterung des in § 24 Absatz 1 SGB X vorgesehenen Anhörungsrechtes bestimmt § 7 Absatz 4 SGB IV, dass den Beteiligten über die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen hinaus auch die beabsichtigte Statusentscheidung bekannt zu geben ist. Dies soll die Beteiligten nach der Gesetzesbegründung in die Lage versetzen, vor dem Erlass des Statusbescheides weitere Tatsachen und ergänzende rechtliche Gesichtspunkte vorzubringen. Auch damit soll auf eine kooperative Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und den Beteiligten bei der Statusfeststellung hingewirkt werden. 33

Die Beklagte hat die in § 7 a Absatz 4 SGB IV konkretisierte Anhörung der Beteiligten vor Erlass des Statusbescheides nicht durchgeführt. Entgegen der Auffassung der Beklagten konnte von der Anhörung nicht nach § 24 Absatz 2 Nr. 3 SGB X abgesehen werden. Unabhängig von der Frage, ob die Beklagte von den tatsächlichen Angaben des Klägers und der Beigeladenen, die diese in dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers gemacht haben, zu Ungunsten des Klägers abgewichen ist, soll § 7 a Absatz 4 SGB IV gerade ermöglichen, noch weitere Tatsachen und auch ergänzende rechtliche Gesichtspunkte vorzubringen, wenn die bisherigen Tatsachen und die bisherige rechtliche Wertung durch die Beklagte eine Statusentscheidung ergibt, mit der die Beteiligten nicht einverstanden sind. 34

Entgegen der Auffassung des Klägers kann die in § 7 a Absatz 4 SGB IV vorgesehene Anhörung jedoch nach § 41 Absatz 1 Nr. 3 und Absatz 2 SGB X bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozialgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden, mit der Folge, dass die Verletzung der Verfahrensvorschrift unbeachtlich und der ergangene Statusbescheid nicht rechtswidrig ist. Der Kläger hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass die in § 7 a Absatz 4 SGB IV vorgesehene Anhörung vor der Entscheidung zu ergehen hat. Dies ist gerade der Sinn und Zweck einer Anhörung und gilt auch im Rahmen der allgemeinen Anhörung nach § 24 Absatz 1 SGB X, wenn dort geregelt ist, dass einem Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu geben ist "bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird". Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die erforderliche Anhörung auch nach Erlass des Bescheides noch nachgeholt werden kann. Aufgrund der in § 41 Absatz 1 Nr. 3 SGB X getroffenen gesetzgeberischen Wertung, die erforderliche Anhörung auch nach dem Erlass eines Bescheides zuzulassen und eine Heilung des Verfahrensfehlers durch Nachholung der Anhörung anzuordnen, gibt es keine Gründe, hiervon für die in § 7 a Absatz 4 SGB IV vorgesehene Anhörung eine Ausnahme zu machen. Hierfür ergeben sich insbesondere aus der Gesetzesbegründung und dem darin angesprochenen Grundsatz der kooperativen Zusammenarbeit keine Anhaltspunkte. Nach der gesetzgeberischen Wertung des § 41 Absatz 1 SGB X wird dem Interesse der Beteiligten auch im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass sie im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Gelegenheit haben, in Kenntnis der in der Statusentscheidung zum Ausdruck gebrachten Auffassung der Beklagten weitere Tatsachen und ergänzende rechtliche Gesichtspunkte vorzubringen. 35

Die Beklagte hat im Widerspruchsverfahren die nach § 7 a Absatz 4 SGB IV erforderliche Anhörung des Klägers nachgeholt. Mit Schriftsatz vom 19.12.2008 hat sie die bisherigen Angaben und die Indizien zusammengefasst, die aus ihrer Sicht für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen. Sie hat ferner zum Ausdruck gebracht, dass sie an der getroffenen Entscheidung, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis anzunehmen, festhalten wolle und dem Kläger gleichzeitig ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, sich mit den vorgebrachten Argumenten auseinanderzusetzen und sich im Rahmen der Statusfeststellung zu äußern. Aus dem Schriftsatz geht ebenfalls hervor, dass sie erst nach Ablauf der Äußerungsfrist über den Widerspruch des Klägers entscheiden würde. Damit erfüllt die nachgeholte Anhörung alle Erfordernisse des § 7 Absatz 4 SGB IV, so dass die Verletzung der Verfahrensvorschrift nach § 41 Absatz 1 Nr. 3 SGB X unbeachtlich und der Bescheid der Beklagten insoweit nicht rechtswidrig ist. 36

Der Bescheid ist auch materiell-rechtlich rechtmäßig. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI; § 25 Absatz 1 SGB III). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Absatz 1 Satz 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung ist nach § 7 Absatz 1 Satz 2 SGB IV eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in der Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. 37

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass eine persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber besteht. Persönliche Abhängigkeit erfordert eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers. Insbesondere bei Diensten höherer Art kann dieses Weisungsrecht erheblich eingeschränkt und zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Auch bei Diensten höherer Art muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, d. h. die Dienstleistung muss zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 20; BSG SozR 3/4100 § 104 Nr. 8). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie durch das eigene Unternehmerrisiko, durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet (BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 8). Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, z. B. auch die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses. Bei tatsächlicher Abweichung von der vertraglichen Regelung kommt es entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse an (BSG SozR 4100 § 141 b Nr. 41 mwN). Dies gilt jedoch nur, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Die Nichtausübung eines Rechts ist unbeachtlich, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von der Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 4; LSG NRW vom 03.05.2007 L 16 (14) R 159/06). 38

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Der Geschäftsführer einer GmbH ist weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das 39

willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschaft (BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 1 mwN). 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 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 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 einer Gesellschafterstellung so erheblich ist, dass ihm nicht genehme Beschlüsse und jede Weisung 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 vom 14.12.1999 B 2 U 48/98 R; BSG vom 11.02.1993 7 RAr 48/92).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Gerichts unter Abwägung alle Umstände des Einzelfalles sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Kläger in dem Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 seine Geschäftsführertätigkeit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hat, da die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände überwiegen. 40

Für eine Weisungsabhängigkeit des Klägers spricht zunächst der Umstand, dass der Kläger keine Möglichkeit hatte, ihm unangenehme Weisungen der Beigeladenen zu verhindern. Der Kläger verfügte in dem maßgeblichen Zeitraum lediglich über einen Geschäftsanteil von 16,67 v.H., so dass er über seine Gesellschafterstellung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hatte. Ein maßgeblicher 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 SozR 3/2400 § 7 Nr. 4 mwN). Der Kläger verfügte auch nicht über eine grundsätzliche Sperrminorität, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern, was die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließen würde (BSG SozR 3/4100 § 104 Nr. 8). Eine Sperrminorität bestand nur ausnahmsweise für Beschlüsse in Bezug auf einzelne enumarativ aufgeführte Angelegenheiten, für die eine einstimmige Entscheidung notwendig war (§ 6 Absatz 2 der Gesellschaftssatzung). Insoweit handelt es sich um Angelegenheiten, die für den Bestand der Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind. Daraus ergibt sich kein maßgeblicher Einfluss des Klägers auf die Willensbildung der Gesellschaft im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebes und in Bezug auf Weisungen der Gesellschaft ihm gegenüber (BSG SozR 4/2400 § 7 Nr 8; BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 1; BSG vom 04.07.2007 B 11 a AL 45/06 R). 41

Es liegen keine einzelfallbezogenen Umstände vor, die unabhängig von den Gesellschafterrechten den Schluss auf einen beherrschenden Einfluss des Klägers auf die Gesellschaft und auf eine damit verbundene Weisungsunabhängigkeit zulassen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei Geschäftsführern, die weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügen, im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen (BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 1; BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 1). Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 1; BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 8). Solche besonderen Umstände 42

sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere 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 vom 14.12.1999 B 2 U 48/98 R: keine Ausübung von Gesellschafterrechten durch die Ehefrau des Geschäftsführers; BSG SozR 4100 § 141 b Nr. 41; BSG vom 29.10.1986 7 RAr 43/85: keine Ausübung von Gesellschafterrechten durch die Kinder des Geschäftsführers).

Zur Überzeugung des Gerichts liegen keine einzelfallbezogenen Umstände vor, durch die eine Bindung des Klägers an das willensbildende Organ der Beigeladenen, d. h. die Gesamtheit der Gesellschafter ausgeschlossen war und die damit einer für ein Beschäftigungsverhältnis typischen Abhängigkeit von der Beigeladenen entgegenstanden. Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich nicht aus der Gestaltung der vertraglichen Beziehungen zur GmbH und den tatsächlichen Gegebenheiten, dass er hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei war (vgl. BSG vom 09.02.1995 7 RAr 76/94; BSG vom 30.06.1999 B 2 U 35/98 R). Nach § 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrages hatte der Kläger die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Dienstvertrages, des Gesellschaftsvertrages, der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung sowie nach den Bestimmungen der Gesellschafter zu führen. Nach § 6 der Satzung der Gesellschaft entschieden die Gesellschafter über alle Angelegenheiten der Gesellschaft durch Beschluss, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus gesetzlichen Bestimmungen etwas anderes ergab. Dabei konnten Gesellschafterbeschlüsse nur mit einer Mehrheit von 2/3 der abgegeben Stimmen gefasst werden, wobei für einige Angelegenheiten von besonderer Bedeutung ausnahmsweise Einstimmigkeit erforderlich war. 43

Die insoweit vertraglich und satzungsmäßig vorgesehene Bindung des Klägers an das willensgebende Organ der Beigeladenen, d. h. die Gesamtheit der Gesellschafter war auch tatsächlich nicht aufgehoben. Neben dem Kläger gab es in dem streitigen Zeitraum 2 weitere Gesellschafter-Geschäftsführer, nämlich Herrn P. mit einem Geschäftsanteil von 50 v.H. und Herrn N. mit einem Geschäftsanteil von 33,33 v.H. Herr N. war schwerpunktmäßig für die kaufmännischen Angelegenheiten zuständig. Herr P. hatte seinen Tätigkeitsschwerpunkt im Bereich der Baugrundbegutachtung und der Gründungsberatung mit dem Spezialgebiet der Gründung in Bergsenkungsgebieten, während der Kläger schwerpunktmäßig im Rahmen der Erstellung von Sachverständigengutachten und in seinem Spezialgebiet Rohrleitungstiefbau tätig wurde. 44

Die notwendigen Abstimmungsprozesse unter den Gesellschafter-Geschäftsführern wurden im Rahmen von spontan vereinbarten Besprechungen vorgenommen, wobei Besprechungen mit allen 3 Gesellschafter-Geschäftsführern etwa zweimal im Monat stattgefunden haben. Darüber hinaus gab es Besprechungen, an denen zunächst nur 2 Gesellschafter teilgenommen haben und bei denen das Besprechungsergebnis anschließend an den jeweils nicht anwesenden Gesellschafter weitergegeben wurde. Eine Besprechung und gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter-Geschäftsführer wurde beispielsweise immer dann durchgeführt, wenn ein größerer neuer Auftrag im Raum stand. Dabei ging es bei den Beratungen zum Einen darum, wie man den Auftrag gewinnen könne, zum Anderen um die Auftragsdurchführung, nämlich welcher Gesellschafter-Geschäftsführer sich um einen neuen 45

Kunden kümmert und welche Ingenieure dem Gesellschafter-Geschäftsführer dabei zuarbeiten sollten. Ein Besprechungsbedarf für alle Gesellschafter-Geschäftsführer ergab sich beispielsweise auch immer dann, wenn ein Mitarbeiter aus Sicht eines Geschäftsführers keine gute Arbeit geleistet hatte und Überlegungen anzustellen waren, ob eine Versetzung in eine andere Abteilung in Betracht kam oder arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen waren. Darüber hinaus wurden gemeinsame Besprechungen und Entscheidungen immer dann durchgeführt, wenn es um Angelegenheiten ging, die die Liquidität des Unternehmens betrafen. Dabei diskutierten und besprachen die Gesellschafter-Geschäftsführer die Angelegenheiten solange, bis man eine gemeinsame Lösung gefunden hatte, die für alle Beteiligten tragbar war. Insgesamt haben die Gesellschafter-Geschäftsführer die für die Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen damit im Rahmen ihrer Zusammenkünfte und Besprechungen einvernehmlich getroffen. Daraus ergibt sich, dass die anderen Gesellschafter Einfluss ausgeübt haben im Sinne einer regelmäßigen Kontrolle der Geschäftsführertätigkeit des Klägers. Der Umstand, dass die wesentlichen betrieblichen und unternehmerischen Sachentscheidungen im Rahmen der Zusammenkünfte nach längerer Diskussion letztlich einvernehmlich getroffen worden sind, steht einer Weisungsunterworfenheit des gleichberechtigt mitwirkenden Gesellschafter-Geschäftsführers nicht entgegen (BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 1; BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 8). Die Mitwirkung des Klägers an der Entscheidungsfindung hat nicht die Bedeutung einer Einschränkung der Entscheidungsbefugnisse der Gesamtheit der Gesellschafter. Die Mitwirkung des Klägers an den Besprechungen der Gesellschafter konnte nichts an seiner Bindung in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer an die Entscheidungen der Gesamtheit der Gesellschafter ändern. Die von dem Kläger hervorgehobene Einvernehmlichkeit der Entscheidungen lässt nicht den Schluss zu, dass sich die beiden anderen Gesellschafter-Geschäftsführer ihres Einflusses auf die Gesellschaft im Sinne einer Ausübung ihrer Kontrollrechte begeben wollten. Dies entspricht der Darstellung des Klägers, dass es zu angespannten Situationen gekommen sei und dass es zwischen ihm und Herrn P. sehr unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich der Unternehmensführung gegeben habe, die dazu führten, dass er sich bald entschlossen habe, die Tätigkeit bei der Gesellschaft wieder aufzugeben. Dies spricht dafür, dass die beiden anderen Gesellschafter Herr P. und Herr N. die ihnen nach der Gesellschaftssatzung zustehenden Gesellschaftsrechte tatsächlich ausgeübt haben. Im Übrigen ist entscheidend, dass Herr P. und Herr N. die Rechtsmacht hatten, ihre Zustimmung zu wesentlichen betrieblichen und unternehmerischen Entscheidungen nicht zu erteilen und ihre Kontrollrechte auch hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers auszuüben und auf diese Rechtsmacht nicht verzichtet haben. Es gibt schließlich auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger aufgrund eines überwiegenden Fachwissens die anderen Gesellschafter persönlich dominiert hat und einen so beherrschenden Einfluss auf die zu treffenden Entscheidungen hatte, dass er Schalten und Walten konnte wie er wollte (vgl. BSG vom 30.06.1999 B 2 U 35/98 R; BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 1).

Der Kläger war zudem in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen eingebunden. Er hatte sowohl am Sitz der Gesellschaft in Essen als auch in der Niederlassung in Trier einen Büroarbeitsplatz. Wie die anderen Gesellschafter-Geschäftsführer ließ er Bodenproben in dem Laboratorium der Gesellschaft untersuchen und koordinierte und überwachte die von anderen Mitarbeitern durchgeführten Untersuchungen und Auswertungen. Die notwendigen Zusammenkünfte und Besprechungen mit den anderen Gesellschafter-Geschäftsführern fanden während der Arbeitszeit im Betrieb statt. Der Kläger hatte nach § 10 des Geschäftsführer-Dienstvertrages seine gesamte Arbeitskraft, seine fachlichen Kenntnisse und Erfahrungen der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen.

46

47

Demgegenüber kommt der Umstand, dass in § 5 Absatz 2 der Satzung geregelt ist, dass die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer hinsichtlich der Ausführung von Berufsaufgaben im Sinne des § 21 BauKaG NRW keiner Einflussnahme der Gesellschaftsversammlung durch Weisungen oder vertraglichen Bindungen unterliege, keine maßgebliche, gegen eine abhängige Beschäftigung sprechende Bedeutung zu. Diese Regelung knüpft an die berufliche Tätigkeit der für die Beigeladene tätigen Gesellschafter-Geschäftsführer als "Beratende Ingenieure" an und hierbei insbesondere an die im Gesetz über den Schutz der Berufsbezeichnung "Beratende Ingenieure" enthaltene Vorschrift des § 27 BauKaG NRW. Danach ist Berufsaufgabe der Beratenden Ingenieure und Ingenieurinnen die eigenverantwortliche und unabhängige Beratung, wobei Eigenverantwortlichkeit nach § 27 Absatz 2 b BauKaG NRW eine Rechtsstellung voraussetzt, kraft derer Beratende Ingenieure ihre Berufsaufgaben unbeeinflusst durch Rechte berufsfremder Dritte ausüben können. Entscheidend ist, dass es sich bei der beruflichen Tätigkeit des Klägers, der im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene überwiegend als Sachverständiger tätig geworden ist, um einen Dienst höherer Art handelte, dem eine erhebliche Eigenverantwortlichkeit und Handlungsfreiheit immanent war. Bei Diensten höherer Art ist das Weisungsrecht des Arbeitsgebers von vornherein eingeschränkt und zur dienenden Teilhabe am Arbeitsleben verfeinert. Sie werden danach im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie – wie hier – fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite, nämlich der Gesamtheit der Gesellschafter vorgegeben Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 20; BSG SozR 3/2940 § 3 Nr. 2; BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 1).

Der von dem Kläger hervorgehobene Umstand, dass er auch Personal habe einstellen und entlassen können und damit Arbeitgeberfunktionen gegenüber den Arbeitnehmern der GmbH ausgeübt habe, spricht nicht gegen eine abhängige Beschäftigung (BSG SozR 4/2400 § 7 Nr.1). Insoweit handelt es sich um Entscheidungsbefugnisse, die für leitende Angestellte charakteristisch sind, die in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegen (BSG SozR 4/2600 § 1 Nr. 3 und Nr. 6; BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 18).

48

Für den Kläger bestand in seiner Tätigkeit für die Beigeladene ein nur geringes Unternehmerrisiko, was zudem gegen eine selbständige Tätigkeit spricht. Nach der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze 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 (BSG-Urteil vom 28.05.2008 B 12 KR 13/07 R mwN). Ein wirtschaftliches Risiko trägt der Kläger lediglich insoweit, als er über seine Stammanteile in Höhe von 16,67 % entsprechend am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt ist. Dagegen stellen die Zahlung eines Festgehaltes in Höhe von 8.333,33 EUR monatlich (§ 4 des Geschäftsführervertrages), die Fortzahlung der Vergütung bei vorübergehender krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit für die Dauer von 6 Monaten (§ 5) und der Anspruch auf bezahlten Urlaub gewichtige Indizien dar, die für eine abhängige Beschäftigung und gegen ein Unternehmerrisiko sprechen (BSG SozR 3/2400 § 7 Nr. 20; BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 8). Dies gilt auch für die Gewährung einer Unfallversicherung zugunsten des Klägers für Berufsunfälle und Unfälle des täglichen Lebens, einer Versicherung zum Zweck der Altersversorgung, der Stellung eines Dienstfahrzeuges auch zur uneingeschränkten privaten Nutzung und der Erstattung von Reisekosten. Die Gefahr, seine Arbeitskraft ohne Gegenleistung für die Gesellschaft einzusetzen, bestand für den Kläger nicht.

49

Das in § 1 des Geschäftsführer-Dienstvertrages vorgesehene Alleinvertretungsrecht des Klägers ist bei einer kleineren GmbH nicht untypisch und deutet deshalb nicht zwingend auf eine selbständige Tätigkeit hin (BSG SozR 4/2400 § 7 Nr. 1; BSG SozR 4/2400 § 7 Nr 8). Soweit der Kläger darauf hingewiesen hat, dass er seinen Urlaub nicht genehmigen lassen musste, wurde der insoweit bestehende Handlungsspielraum des Klägers dadurch erheblich eingengt, dass § 12 Absatz 1 des Geschäftsführer-Dienstvertrages vorsah, dass der Urlaub unter Berücksichtigung der Belange der Gesellschaft im Einvernehmen mit den anderen Geschäftsführern festzulegen war.

Insgesamt überwiegen die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände deutlich die dagegen sprechenden Gesichtspunkte, so dass die Beklagte zu Recht für den streitigen Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008 die Beitragspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt hat. 51

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Absatz 1 SGG, und entspricht dem Maß des Obsiegens bzw. Unterliegens. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Beklagte zwar zutreffend festgestellt hat, dass der Kläger seine Tätigkeit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausübte, zunächst jedoch in rechtswidriger Weise keine Feststellungen zur Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung getroffen hat und während des Klageverfahrens einen rechtswidrigen Bescheid erlassen hat, in dem sie trotz zutreffender Angaben des Klägers zur Höhe seines Jahresarbeitsverdienstes in den letzten Jahren eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der Pflegeversicherung festgestellt hat, obwohl der Kläger in den letzten 3 Jahren Verdienste oberhalb der Jahresarbeitsentgeltgrenze erzielt hatte. Eine Kostenerstattungspflicht der Beklagten gegenüber der Beigeladenen besteht nicht, da die Beigeladene keinen Antrag gestellt hat und sich an dem Verfahren nicht mit Ausführungen beteiligt hat, die die Erörterung des Streitstoffes gefördert haben (vgl. BSG Urteil vom 14.11.2002 B 13 RJ 19/01 R; LSG NRW Beschluss vom 17.01.2003 L 10 B 20/02 KA; Janssen Kommentar zum SGG § 193 Rn 8 mwN). 52