

L 5 KR 24/08

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Reutlingen (BWB)

Aktenzeichen

S 11 KR 4533/06

Datum

07.11.2001

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 KR 24/08

Datum

18.11.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 wird das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 7. November 2001 aufgehoben, soweit der Bescheid der Beklagten vom 17. August 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. November 2006 abgeändert und festgestellt wurde, dass der Kläger seit 1. Januar 2003 bei seiner bei der Beigeladenen Ziff. 1 ausgeübten Tätigkeit nicht in einem abhängigen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehe, und die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten steht noch im Streit, ob der Kläger über den 1. Januar 2003 hinaus in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis bei dem Beigeladenen Ziff. 1 gestanden hat.

Der 1972 geborene Kläger ist gelernter Maurermeister. Er ist seit 1. November 1998 für die Firma Eckstein Bau GmbH als Bauleiter sowie in der Planung tätig. Alleiniger Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der GmbH ist der Vater des Klägers, Werner Eckstein, von Beruf ebenfalls Maurermeister.

Von 1989 bis 1998 war der Kläger im Baugeschäft Eckstein tätig, seit 1996 einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), an der seit 1996 (nach der Meisterprüfung) sowohl der Kläger wie auch sein Vater Gesellschafter waren und der Kläger als Geschäftsführer tätig war. Die GbR war 1998 aufgelöst worden. Während noch die GbR bestand, wurde 1991 die Firma Eckstein Bau GmbH, die schlüsselfertiges Bauen ausführt, gegründet. Nach Auflösung der GbR ist der Kläger in die GmbH übertreten und wurde am 1. November 1998 als Arbeitnehmer mit Versicherungspflicht zur Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung (Arbeitslosenversicherung) angemeldet. Der Kläger ist (wegen Überschreitung der Versicherungspflichtgrenze) privat krankenversichert.

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 beantragte der Kläger über seine Bevollmächtigte bei der Schwenninger BKK eine Überprüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Er beantragte festzustellen, dass eine Sozialversicherungspflicht nicht bestehe. Zur Begründung wurde u. a. ausgeführt, der Kläger habe dem Arbeitgeberbetrieb Darlehen gewährt, auf die er bis zu einer Besserung der finanziellen Situation der Firma Eckstein GmbH verzichtet habe. Er sei weisungsunabhängig tätig und könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten. Er sei in der Führung des Betriebes tätig. Er habe auch sein Miteigentum an dem Betriebsgrundstück zunächst auf den Vater übertragen, dieser habe das Betriebsgrundstück auf die Firma Eckstein Bau GmbH übertragen. Insoweit sei der Kläger am Betrieb des Arbeitgebers beteiligt (es wurde in diesem Zusammenhang der Kaufvertrag, beurkundet am 17. Dezember 2004, über den Verkauf des Flurstücks 1542/1, Gemarkung Boll, vom Kläger an seinen Vater, sowie der Kaufvertrag über den Verkauf der Betriebsgrundstückes und der auf dem Grundstück befindlichen Halle vom Vater des Klägers an die Firma Eckstein Bau GmbH vorgelegt). Der Kläger legte ferner den Fragebogen mit Angaben zur Person des mitarbeitenden Angehörigen vom 4. Juli 2005 (Bl. 23/21 Verwaltungsakte - VA -) vor. Darin gab er u. a. ein Bruttogehalt von 4.726 EUR bei einer festen Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche an. Weiter wurde angegeben, die Tätigkeit werde nicht auf Grund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt, der mitarbeitende Angehörige sei im Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert, ohne seine Mitarbeit müsste eine andere Arbeitskraft eingestellt werden, er arbeite bei der Führung des Betriebes mit, er könne die Tätigkeit frei bestimmen und gestalten. Das Arbeitsentgelt entspreche aus persönlichen Gründen nicht dem tariflichen oder ortsüblichen Entgelt. Er habe an den Betrieb Darlehen in Höhe von 25.000 EUR und Sicherheiten in Höhe von 45.000 EUR geleistet. Ferner gab er noch an, neben der hier zu beurteilenden Beschäftigung auch selbstständig in Vertrieb und Handel tätig zu sein.

Mit Schreiben vom 8. Februar 2006 vertrat die Schwenninger BKK die Auffassung, der Kläger sei ab dem 1. November 1998 in der Kranken-,

Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht versicherungspflichtig. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, sofern Beiträge zur Sozialversicherung ab dem 1. November 1998 an eine andere Krankenkasse abgeführt worden seien, sei diese Krankenkasse für die Beurteilung der Versicherungspflicht zuständig, die Entscheidung der anderen Krankenkasse habe dann Vorrang vor dieser Entscheidung.

Im Weiteren wurde sodann festgestellt, dass maßgebliche Einzugsstelle, die auch über den sozialversicherungsrechtlichen Status zu entscheiden habe, hier die IKK, die Beklagte, sei. Diese sandte mit Schreiben vom 13. März 2006, nachdem sie die Unterlagen der Schwenninger BKK zur Verfügung hatte, diese an die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene Ziff. 2) zur versicherungsrechtlichen Beurteilung der Beschäftigung des Klägers und teilte in dem Zusammenhang mit, dass sie der Beurteilung der Schwenninger BKK zustimmen könne. Mit Schreiben vom 18. Mai 2006 teilte die Beigeladene Ziff. 2 der Beklagten u. a. mit, es liege ein Antrag auf Erstattung von Rentenversicherungsbeiträgen des Klägers vor, dem eine Feststellung über das Nichtbestehen von Versicherungs- und Beitragspflicht von Seiten der Beklagten beigelegt habe. Im Weiteren forderte die Beigeladene Ziff. 2 mit diesem Schreiben bei der Beklagten weitere Unterlagen, u. a. den Feststellungsbogen und vorliegende vertragliche Vereinbarungen an.

Mit Schreiben vom 7. Juli 2006 informierte die Beigeladene Ziff. 2 die Beklagte auch bereits darüber, dass sie deren Auffassung, wonach der Kläger dem Personenkreis der selbstständig Tätigen zuzuordnen sei, nicht teile. Die Beigeladene Ziff. 2 vertrat darin die Auffassung, dass der Kläger ab 1. November 1998 der Rentenversicherungspflicht nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) unterliege. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Arbeitsentgelt sei als Betriebsausgabe verbucht und es sei auch Lohnsteuer gezahlt worden. Bei Arbeitsunfähigkeit werde das Arbeitsentgelt mindestens 6 Wochen fortgezahlt. Dieses werde auch regelmäßig auf ein privates Girokonto überwiesen, für das der Kläger verfügungsberechtigt sei. Der Kläger sei auch nicht zum Geschäftsführer der GmbH bestellt, er sei auch nicht an der GmbH beteiligt. Es sei zwar für Arbeitnehmer untypisch, dass ein Darlehensvertrag abgeschlossen worden sei. Grundsätzlich sei jedoch nicht die Gewährung eines Darlehens vom Arbeitnehmer an den Arbeitgeber ausgeschlossen. Es liege auch ein jahrelang gelebtes Beschäftigungsverhältnis vor, das nach einem Motivwechsel des Versicherten rückwirkend als selbstständige Tätigkeit dargestellt werden solle. Hintergrund sei nach Beurteilung der Beigeladenen Ziff. 2 die gewünschte Erstattung der vermeintlich zu Unrecht gezahlten Pflichtbeiträge.

Mit Bescheid vom 19. Juli 2006 nahm die darüber von der Beklagten informierte Schwenninger BKK ihren Bescheid vom 8. Februar 2006 zurück, da sie nicht für die Beurteilung zuständig gewesen sei, nachdem die Renten- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge an die Beklagte abgeführt worden seien.

Mit Schreiben vom 26. Juli 2006 teilte die Beklagte der Bevollmächtigten des Klägers mit, dass sie beabsichtige auf Grund der Einwendungen der Beigeladenen Ziff. 2, ihre "Beurteilung" im Schreiben vom 13. März 2006 zurückzunehmen und festzustellen, dass auf Grund der Beschäftigung des Klägers Rentenversicherungspflicht bestehe. Der Kläger wandte sich hiergegen und führte aus, es müsste die versicherungsrechtliche Beurteilung eines mitarbeitenden Familienangehörigen durchgeführt werden. Der Kläger sei nicht als Geschäftsführer beschäftigt und auch nicht im Handelsregister als Geschäftsführer eingetragen. Erneut werde auf die erheblichen finanziellen Beiträge, die der Kläger zur GmbH geleistet habe, hingewiesen. Er verzichte auch aus Gründen der familiären Rücksichtnahme auf die Bezahlung von Überstunden und auf einen Urlaubsanspruch.

Mit Bescheid vom 17. August 2006 stellte die Beklagte als zuständige Einzugsstelle fest, dass beim Kläger seit dem 1. November 1998 ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestehe. Es seien hier die Kriterien für mitarbeitende Angehörige maßgebend, da der Vater des Klägers der einzige Gesellschafter und alleinige Geschäftsführer der GmbH sei. Gegen das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit spreche die regelmäßige Gewährung des Arbeitsentgelts, die steuerrechtliche Behandlung als nichtselbstständige Arbeit, und dass kein echtes Unternehmerrisiko auf Seiten des Klägers bestehe. Das Gehalt werde der Qualifikation entsprechend gewährt. Zwar ergebe die Gewährung von Sicherheiten und Darlehen ein Indiz gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, jedoch sprächen keine weiteren entscheidungserheblichen Aspekte für eine Mitunternehmerschaft. Es werde deshalb hier ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht ausgeschlossen. Der Einsatz eigenen Kapitals in der GmbH mit damit verbundenem erheblichem Unternehmerrisiko fehle beim Kläger. Eine Weisungsgebundenheit sei bei Diensten höherer Art nur verfeinert als funktionsgerechte Teilhabe am Betriebsprozess zu fordern.

Dagegen erhob der Kläger Widerspruch, der mit Widerspruchsbescheid vom 6. November 2006 zurückgewiesen wurde.

Hiergegen hat der Kläger durch seine Bevollmächtigte am 5. Dezember 2006 Klage vor dem Sozialgericht Reutlingen (SG) erhoben. Zur Begründung hat die Bevollmächtigte ausgeführt, der Kläger habe Bareinlagen in erheblicher Höhe in die GmbH geleistet. Der Kaufpreis für das Grundstück der Betriebshalle an die GmbH sei gestundet worden. Ferner sei der Kläger weisungsungebunden tätig, ihm oblägen die selbstständige selbstverantwortliche Bauleitung von Bauprojekten, insbesondere die CAD-Planungen für Einfamilienhäuser und die Kalkulation der einzelnen Objekte. Insbesondere die CAD-Planung als Architektenleistung könne in der GmbH ausschließlich von ihm übernommen werden, da er allein die entsprechenden Fähigkeiten besitze. Er führe auch die Beratung der potenziellen Kunden von Einfamilienhäusern allein aus. Die Arbeitszeit des Klägers betrage zwischen 14 und 16 Stunden täglich. Er habe in der Vergangenheit Urlaub nur in geringfügigem Umfang in Anspruch genommen. Das Dienstverhältnis sei geprägt von familiärer Rücksichtnahme. Er unterstütze das Familienunternehmen nach besten Möglichkeiten, da die finanzielle Situation derzeit sehr angespannt sei. Es könnte deshalb nicht von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechts gesprochen werden. Auch sei die Bezahlung nicht als adäquate Gegenleistung für die Arbeitstätigkeit zu sehen. Weiter ist ausgeführt worden, der Verkauf des Teileigentums des Betriebsgrundstückes sei aus rein steuerlichen Gründen zunächst an den Vater des Klägers, dann von diesem an die Firma Eckstein Bau GmbH erfolgt. Auf Grund der extrem schlechten finanziellen Verhältnisse der Firma Eckstein GmbH zum Übertragungszeitraum und dem deswegen bestehenden Ausfallrisiko sei das Grundstück zunächst an den Vater und dann an die GmbH übertragen worden. Es sei geplant, dass der Kläger in Zukunft die GmbH weiterführe. Der Kläger hat in dem Zusammenhang einen Darlehensvertrag zwischen ihm und der GmbH vom 22. August 2000 über 60.000 DM, ferner die Verichtsvereinbarung mit Besserungsversprechen vom 31. Dezember 2002 vorgelegt, wonach der Gläubiger (hier der Kläger) auf die ihm zustehende Darlehensforderung gegenüber der GmbH zunächst verzichte (Wiederaufleben). Der Kläger hat hierzu ausgeführt, das Darlehen sei vollumfänglich in das Vermögen der GmbH geflossen. Es werde auf Grund der wirtschaftlichen Situation der GmbH niemals an den Darlehensgeber zurückgezahlt werden können. Des Weiteren hat der Kläger noch den Gesellschaftsvertrag vom 17. Mai 1991 über die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Firma Eckstein Bau GmbH in Oberndorf Boll (Bl. 32 ff. SG-Akte) vorgelegt. Im Gesellschaftsvertrag ist ein Stammkapital von 50. 000 DM, übernommen als Stammeinlage durch Werner Eckstein, aufgeführt. Werner Eckstein wurde zum Geschäftsführer bestellt und ist von den Beschränkungen des [§ 181](#)

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Er ist einzelvertretungsbefugt. Ferner ist eine Beurkundung einer Gesellschafterversammlung vom November 1993 vorgelegt worden.

Die Beklagte ist dem entgegen getreten und hat darauf verwiesen, der Kläger sei nach den vorliegenden Unterlagen nicht am Grundstücksvermögen der GmbH beteiligt. Der Verkauf des Grundstücks sei an den Vater erfolgt. Es lägen auch keine Nachweise darüber vor, wann und in welcher Höhe die GmbH das Darlehen oder Teilbeträge abgerufen habe.

Der Kläger und dessen Vater Werner Eckstein sind in der mündlichen Verhandlung am 7. November 2007 angehört worden (insoweit wird auf das Protokoll Bl. 59 ff. SG-Akte) Bezug genommen.

Mit Urteil vom 7. November 2007 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 17. August 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. November 2006 abgeändert und festgestellt, dass der Kläger seit 1. Januar 2003 bei seiner bei der Beigeladenen Ziff. 1 ausgeübten Tätigkeit nicht in einem abhängigen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehe. Im Übrigen hat das SG die Klage abgewiesen. Es hat hierbei die Auffassung vertreten, dass unter Zugrundelegung der hier zu beachtenden gesetzlichen Regelungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zu den Abgrenzungskriterien einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung zur selbstständigen Tätigkeit im Falle des Klägers von einer abhängigen Beschäftigung bis zum Jahre 2002 auszugehen sei, ab Januar 2003 jedoch die Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit überwiegen würden. Der Kläger sei ab November 1998 bis Ende 2002 einem höheren Angestellten vergleichbar für die Beigeladene Ziff. 1 tätig gewesen. Das SG hat in dem Zusammenhang auf das gleichbleibende Arbeitsentgelt, das auf ein privates Konto des Klägers überwiesen worden sei, verwiesen. Ferner habe das Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterlegen und sei auch als Betriebsausgabe gebucht worden. Es sei zwar kein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen worden, es hätten jedoch, wie von Klägerseite bereits im Vorverfahren eingeräumt worden sei, Ansprüche auf typische Arbeitnehmerleistungen, so auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Arbeitsunfähigkeit für mindestens sechs Wochen, ferner Ansprüche auf Urlaubsgewährung und auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld bestanden. Der Kläger habe hierzu zwar ausgeführt, dass für die letzten Jahre vor 2007 Urlaubstage nur in geringem Umfang in Anspruch genommen worden seien und Urlaubs- und Weihnachtsgeld nicht ausbezahlt worden sei. Ferner habe der Kläger keine Stammeinlage an der GmbH gehalten, er sei auch nicht Geschäftsführer der GmbH. Es sei nicht davon auszugehen, dass er bereits ab Beginn der Tätigkeit für die GmbH ein eigenes Unternehmerrisiko getragen habe. Zwar habe er bereits vor 2002, im August 2000, ein Darlehen in Höhe von 60.000 DM an die GmbH geleistet. Die Gewährung eines Darlehens im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sei auch als untypisch zu werten. Vom Tragen eines unternehmerischen Risikos als Kennzeichen einer selbstständigen Tätigkeit gehe das SG jedoch erst nach Abschluss der Verichtsvereinbarung hinsichtlich der Darlehensrückzahlung im Dezember 2002 aus. Mit der Verichtsvereinbarung mit Besserungsversprechen habe der Kläger eine zeitlich nicht befristete Stundung eingeräumt, mit einem Wiederaufleben der Darlehensforderung erst dann, wenn deren Erfüllung der GmbH aus künftigen Gewinn oder die sonstigen Schulden übersteigendem Vermögen oder einem etwaigen Liquidationserlös möglich sei. Hierzu habe der Kläger glaubhaft ausgeführt, dass auf Grund der wirtschaftlichen Situation der GmbH mit einer Rückzahlung des Darlehens nicht gerechnet werden könne. Das Mittragen des unternehmerischen Risikos durch den Kläger belege ferner der Ende 2004 erfolgte Verkauf des Betriebsgrundstücks mit dem Anteil an der darauf stehenden Halle an den Vater und Weiterübertragung durch den Vater an die GmbH sowie der Stundung des Verkaufspreises auf Grund der ungünstigen wirtschaftlichen Situation der GmbH. Nach Überzeugung des SG hätten bis Ende 2002 auch im Hinblick auf die Familienbindung die Umstände überwogen, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen würden. Der Kläger sei zwar bereits im Baugeschäft, der GbR Eckstein, vor 1998 als Geschäftsführer tätig gewesen. Es habe jedoch eine abhängige Beschäftigung vorgelegen. Die Meisterprüfung habe er erst 1996 absolviert. Es sei von einer Tätigkeit vergleichbar einem höheren Angestellten auch noch im Zeitraum von 1998 bis 2002 in der GmbH auszugehen. Trotz des umfassenden Tätigkeitsbereiches des Klägers in der GmbH sei zunächst von einer Fremdbestimmtheit der Beschäftigung auszugehen und einem erst in den Folgejahren eingetretenen Hineinwachsen in die Unternehmerstellung. Es habe zunächst eine Eingliederung in eine vorgegebene Ordnung des Betriebes vorgelegen. Jedenfalls ab Anfang 2003 sei jedoch von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen. Dem Kläger sei hinsichtlich des tatsächlich eingeräumten Einflusses wie dem Vater faktisch eine Unternehmerstellung zugekommen. Der Kläger sei nach den Einlassungen in der mündlichen Verhandlung in seinem Arbeitsbereich zunehmend weitgehend eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig gewesen. Zusätzlich zur Tätigkeit im Bereich der Bauleitung für Rohbauten, womit der Kläger ab 1998 begonnen habe, seien Bauplanung und Bauabwicklung für schlüsselfertiges Bauen getreten. Ferner habe der Kläger weitere Fachkompetenzen im Bereich u. a. der CAD-Planung erworben. Von einem faktisch weitgehenden gleichberechtigtem Betreiben der GmbH zusammen mit dem Vater sei danach auszugehen. Mit der auch wirtschaftlichen Beteiligung an der GmbH, dokumentiert durch den weitgehenden Verzicht auf die Rückzahlung des Darlehens Ende 2002, habe der Kläger dann auch das Unternehmerrisiko selbst mitgetragen. Aus diesen Gründen sei der Klage insoweit stattzugeben, als ab dem 1. Januar 2003 kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mehr bestanden habe.

Die Beigeladene Ziff. 2 hat gegen das ihr mit Empfangsbekanntnis am 3. Dezember 2007 zugestellte Urteil am 2. Januar 2008 Berufung eingelegt. Zur Begründung macht die Beigeladene Ziff. 2 geltend, das BSG habe in seiner Entscheidung vom 25. Januar 2006 ([B 12 KR 30/04 R](#)) nochmals klar gestellt, dass zu den tatsächlichen Verhältnissen eines zu beurteilenden Vertragsverhältnisses auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht gehöre, unabhängig von ihrer Ausübung. Maßgeblich sei die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig sei. An der insoweit fehlenden Rechtsmacht des Klägers habe sich aber durch den Abschluss einer Verichtsvereinbarung hinsichtlich einer Darlehensrückzahlung (bei der es sich wohl faktisch nicht um einen Verzicht, sondern um eine nicht befristete Rückzahlungsstundung gehandelt habe) nichts geändert. Zu beurteilen sei im vorliegenden Fall die Mitarbeit des Klägers in einer GmbH. Die ständige Rechtsprechung des BSG verneine ein Beschäftigungsverhältnis eines mitarbeitenden Gesellschafters einer GmbH regelmäßig nur unter der Voraussetzung, dass dieser Kraft seines Anteils am Stammkapital maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen könne. Der Kläger sei aber am Stammkapital der Gesellschaft nicht beteiligt, auch habe er in der Gesellschaft keine Organstellung als Geschäftsführer inne. Vor diesem faktischen Hintergrund habe der Kläger also keinerlei Rechtsmacht, Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen, was aber Voraussetzung wäre, überhaupt von einem unternehmerischen Handeln auszugehen zu können. Die Rechtsprechung des BSG, nach der eine einseitige Belastung mit Risiken aus einem Beschäftigten keinen Selbstständigen mache, müsse aus Sicht der Beigeladenen Ziff. 1 ebenso gelten, wenn Risiken freiwillig übernommen würden.

Nach den der Beigeladenen Ziff. 2 bekannten Fakten habe der Kläger im Betrieb seines Vaters eine Lehre absolviert, dort anschließend als Geselle und nach Abschluss der Meisterprüfung als Geschäftsführer der GbR gearbeitet. 1998 sei dann die GbR in eine GmbH umgewandelt worden. Hier dränge sich die Frage auf, aus welchen Gründen denn bei der Umwandlung der Gesellschaft dem vom Kläger geltend

gemachten unternehmerischen Einfluss nicht durch eine Beteiligung am Stammkapital der neugegründeten GmbH bzw. einer Bestellung zum Geschäftsführer der GmbH Rechnung getragen worden sei. Wenn im klägerischen Schriftsatz vom 19. Januar 2007 ausgeführt werde, es sei geplant, dass der Kläger die Gesellschaft in der Zukunft weiterführe bzw. dies sei die Absicht des Klägers, müsse hieraus gefolgert werden, dass es bei Gründung der GmbH und noch derzeit nicht dem Willen der Gesellschaft entspreche, dem Kläger rechtlich Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Gesellschaft einzuräumen.

Die Beigeladene Ziff. 2 hat schriftsätzlich sinngemäß beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 7. November 2007 insoweit aufzuheben, als der Bescheid vom 17. August 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. November 2006 abgeändert und festgestellt wurde, dass der Kläger seit dem 1. Januar 2003 bei seiner bei der Beigeladenen Ziff. 1 ausgeübten Tätigkeit nicht in einem abhängigen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehe, und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 zurückzuweisen.

Der Kläger hält die Entscheidung des SG für zutreffend. Ergänzend führt der Klägerbevollmächtigte aus, hätte die Beigeladene Ziff. 2 an der Beweisaufnahme vor dem SG teilgenommen, hätte sie feststellen müssen, dass die ihr bekannten Fakten, auf welche sie ihre Berufung stütze, so nicht richtig seien. Es sei schlichtweg falsch, dass die GbR 1998 in die GmbH umgewandelt worden sei. Der Kläger sei derzeit für die Firma Eckstein Bau GmbH als Bauleiter und in der Planung tätig. Alleiniger Gesellschafter der GmbH sei der Vater des Klägers. Von 1989 bis 1998 sei der Kläger beim Baugeschäft Eckstein GbR beschäftigt gewesen. Keinesfalls sei die Eckstein GbR in die Eckstein GmbH umgewandelt worden. Es sei vielmehr so, dass es sich bei der Firma Eckstein GmbH, welche zeitweise parallel zur Eckstein GbR existiert habe, um eine Firma für schlüsselfertiges Bauen handele, die Eckstein GbR ein reines Baugeschäft gewesen sei. Die GbR, also das Baugeschäft, sei 1998 aufgelöst worden, danach habe lediglich die Firma Eckstein GmbH weiter bestanden. Dieser Sachverhalt ergebe sich auch aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung.

Im Übrigen habe das SG im Rahmen der von ihm vorgenommenen Beweiswürdigung eine Abhängigkeit des Klägers von der GmbH für die Zeit bis Ende 2002 bejaht. Mit der Verzichtserklärung auf die Rückzahlung der Darlehenssumme im Dezember 2002 sei jedoch vom SG richtigerweise dann das Vorliegen eines eigenen Unternehmerrisikos des Klägers bejaht worden, was gegen die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses spreche. Es sei eine Frage der Beweiswürdigung, wenn das SG den glaubhaften Ausführungen des Klägers und des Geschäftsführers der beigeladenen GmbH (Beigeladene Ziff. 1) folge, dass auf Grund der wirtschaftlichen Situation der GmbH mit einer Rückzahlung des Darlehens an den Kläger nicht mehr gerechnet werden könne. Als weiterer Anhaltspunkt für das Mittragen des unternehmerischen Risikos durch den Kläger sei vom SG der Ende 2004 erfolgte Verkauf des Betriebsgrundstückes mit dem Anteil an der darauf stehenden Halle zunächst an den Vater des Klägers und dann weiter an die GmbH gewertet worden. Auch insoweit habe das SG die Ausführungen des Klägers und dessen Vaters als nachvollziehbar und glaubhaft gewertet. Das Gleiche gelte für deren Ausführungen zu den tatsächlichen Umständen der Tätigkeit des Klägers. An der Beweiswürdigung des SG seien keine Fehler zu erkennen. Überdies sei die Beweiswürdigung des SG nur im eingeschränkten Maß in der Berufungsinstanz überprüfbar.

Die Beklagte und die übrigen Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und sich auch zur Sache nicht weiter geäußert.

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

Entscheidungsgründe:

I.

Im Berufungsverfahren steht nur noch der sozialversicherungsrechtliche Status des Klägers für die Zeit ab dem 1. Januar 2003 im Streit, nachdem der Kläger gegen das insoweit für die Zeit vom 1. November 1998 bis 31. Dezember 2002 klagabweisende Urteil des SG keine Berufung eingelegt hat.

II.

Die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 ist zulässig. Sie ist insbesondere auch statthaft. Ein Berufungsausschlussgrund nach [§ 144 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) liegt nicht vor. Im Streit steht hier der sozialversicherungsrechtliche Status des Klägers für die Zeit seit dem 1. Januar 2003 und damit verbunden Erstattungsforderungen hinsichtlich in der Vergangenheit erbrachter Beiträge bzw. die Beitragspflicht für die Zukunft.

III.

Die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 ist auch begründet. Entgegen der Ansicht des SG steht der Kläger auch für die Zeit nach dem 1. Januar 2003 nach wie vor in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#) und [§ 20 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \(SGB XI\)](#) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der

Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urt. v. 18. Dezember 2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urt. v. 19. Juni 2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Letzteres besteht in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen.

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben; zu diesen gehört, unabhängig von ihrer Ausübung, auch die einem Beteiligten zustehende (nicht wirksam abbedungene) Rechtsmacht. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG, Urt. v. 25. Januar 2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -; Urt. v. 19. Juni 2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) - m.w.N.; vgl. auch Senatsurteile vom 13. Juni 2007, - [L 5 KR 2782/06](#) -; vom 25. April 2007, - [L 5 KR 2056/06](#) -, vom 14. Februar 2007, - [L 5 R 3363/06](#) -, vom 1. Februar 2006, - [L 5 KR 3432/05](#) - und vom 11. Oktober 2006, - [L 5 KR 5117/04](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 25. Januar 2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -).

Hinsichtlich des Gesamtbilds der Arbeitsleistung kann es im Einzelfall auch darauf ankommen, ob der Betreffende im Unternehmen "schalten und walten" kann wie er will, weil er die Inhaber des Unternehmens (etwa die Gesellschafter einer GmbH) persönlich dominiert oder weil diese von ihm wirtschaftlich abhängig sind (vgl. auch BSG, Urt. v. 4. Juli 2007, - [B 11a AL 5/06 R](#) -). In diesem Fall ist in Wahrheit er der selbständig tätige Unternehmer. Dies hat das Bundessozialgericht insbesondere für den (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH angenommen, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden war (BSG, Urt. v. 18. Dezember 2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -; Urt. v. 17. Mai 2001, - [B 12 KR 34/00 R](#) -; Urt. v. 6. März 2003, - [B 11 AL 25/02 R](#) -; auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 4. März 2004, - [L 9 AL 150/02](#) -). Familiäre Bindungen können danach einerseits einen ansonsten nicht bestehenden Unternehmerstatus in Sonderfällen begründen. Andererseits schließen sie das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses aber nicht von vornherein aus. Unschädlich ist vor allem, dass die Abhängigkeit des Beschäftigten bei familiärer Verbundenheit im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und Weisungsrechte deshalb möglicherweise (nur) mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (BSG, Urt. v. 17. Dezember 2002, - [B 7 AL 34/02 R](#) - m.w.N.). Für die Abgrenzung des sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mit Entgeltzahlung von der nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit sind alle Umstände des Einzelfalles maßgeblich ([BSGE 3, 30](#), 39 ff.; [19, 1](#), 4 ff. = SozR Nr. 31 zu § 165 RVO; [BSGE 74, 275](#), 278 ff. = [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#); BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#) S. 30; und s. auch Urteil v. 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Im einzelnen (so [BSGE 74, 275](#)) kann auf die Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis zwischen nahen Verwandten zurückgegriffen werden. Diese wurde mit dem Urteil des BSG vom 5. April 1956 ([BSGE 3, 30](#), 40 "Meistersohn") eingeleitet und ist sodann fortgeführt worden ([BSGE 12, 153](#), 156 = SozR Nr. 18 zu § 165 RVO; [17, 1](#), 3 ff. = SozR Nr. 41 zu § 165 RVO; SozR 2200 § 165 Nr. 90).

Danach setzt ein Beschäftigungsverhältnis neben der Eingliederung des Familienangehörigen in den Betrieb mit einem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass ein Entgelt gezahlt wird, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt. Es muss über freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehen. Abzustellen ist weiter darauf, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Ist all das der Fall, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Familienangehörige, auch der Ehegatte, auf das Entgelt wirtschaftlich angewiesen ist, wenngleich dies die Abhängigkeit des Beschäftigten indizieren kann (vgl. BSG SozR - 2200 § 165 Nr. 90; BSG, Urt. v. 23. Juni 1994, - [12 RK 50/93](#) -). Indizwirkung kann auch der Höhe des gezahlten Entgelts zukommen (BSG, Urt. v. 17. Dezember 2002 (- [B 7 AL 34/02 R](#) -)). Allerdings schließt eine - auch erheblich - untertarifliche Bezahlung des Verwandten ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus (vgl. auch BSG, Urt. v. 12. September 1996 - [7 RAR 120/95](#) - in DBIR Nr. 4475 zu § 168 AFG m.w.N.).

Weist - wie hier - eine Tätigkeit Merkmale auf, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Unabhängigkeit hinweisen, so ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen. Dabei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen (BSG Urteile v. 14. Dezember 1999 - [B 2 U 48/98 R](#) und v. 30. Juni 1999 - [B 2 U 35/98 R](#), vgl. ferner [§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)).

Entgegen der Auffassung des SG steht der Kläger jedoch nach Überzeugung des Senates auch über den 31. Dezember 2002 hinaus bei der Beigeladenen Ziff. 1 (Firma Eckstein GmbH) in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis. Entgegen der Auffassung des SG hat sich nämlich mit der Verichtsvereinbarung hinsichtlich der Darlehensrückzahlung aus dem Darlehensvertrag über 60.000 DM vom August 2000 nichts an der Situation des Klägers im Übrigen geändert. Der Kläger ist nicht nur seit November 1998 bis Dezember 2002 sondern auch für die Zeit seit 1. Januar 2003 nach wie vor einem "leitenden Angestellten" vergleichbar. Der Kläger erhielt und erhält nach wie vor ein gleichbleibendes Arbeitsentgelt, das auf sein privates Konto überwiesen wird. Für dieses Arbeitsentgelt wird Lohnsteuer abgeführt und es wird als Betriebsausgabe verbucht. Es ist zwar kein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen. Wie bereits vom SG aber für die Zeit bis 2002 zutreffend ausgeführt und vom Kläger auch im Vorverfahren eingeräumt, hatte er Ansprüche auf typische Arbeitnehmerleistungen, so auch die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Arbeitsunfähigkeit für mindestens sechs Wochen, sowie auf Urlaubsgewährung und Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Auch wenn der Kläger nach seinen Einlassungen in den letzten Jahren vor 2007 Urlaubstage nur noch in geringem Umfang in Anspruch genommen hat und Urlaubs- und Weihnachtsgeld nicht ausbezahlt wurde, steht dies der Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, da es durchaus auch für Arbeitnehmer nicht unüblich ist, in schwierigen Situationen des Unternehmens gerade auch etwa auf Sonderzahlungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld zu verzichten.

Der Kläger war und ist auch (anders als bei der Eckstein GbR bis 1998) an der GmbH bis heute nicht beteiligt und dort auch nicht Geschäftsführer. Dieser Umstand aber, dass der Kläger zwar in der GbR ab 1996 (nach der Meisterprüfung) Mitgesellschafter und (Mit-)

Geschäftsführer war, aber beim Wechsel in die GmbH dort von seinem Vater nicht in gleicher Weise am Unternehmen beteiligt wurde, sondern vielmehr ganz formell als sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer angemeldet wurde, spricht bezüglich dieser Tätigkeit gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Der Kläger verfügt zwar mittlerweile über einen umfassenden Tätigkeitsbereich (Kundenberatung, CAD-Planung, Kalkulation, Baubeschreibung, Bauabwicklung und Bauleitung, Bestandsaufnahme im Bereich der Renovierung und Sanierung, sowie Marketing). Dennoch lag und liegt die Rechtsmacht, ihm auch Weisungen erteilen zu können, allein bei seinem Vater als (nach wie vor) alleinigem Gesellschafter und Geschäftsführer. Dieses Weisungsrecht der GmbH, ausgeübt vom Vater des Klägers, musste und muss nicht besonders ausgeprägt sein, um bei den hier geleisteten Diensten höherer Art ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu begründen. Es genügt, dass der Geschäfts- und Betriebszweck fremdbestimmt bleibt, das bedeutet, dass eine Eingliederung der Dienstleistung in eine von anderer Seite vorgegebene Ordnung des Betriebes vorliegt, was in der Regel dadurch geschieht, dass das Arbeitsziel und die Mittel zur Bewältigung vorgegeben sind. Bei familienhafter Mitarbeit im Beschäftigungsverhältnis ist es bezeichnend und üblich, dass das Arbeitsverhältnis im Innenbereich durch familienhafte Rücksichtnahme gekennzeichnet ist und das Weisungsrecht nur verfeinert ausgeübt wird (siehe hierzu etwa BSG Urteil vom 30. Januar 1990, - [11 RA 47/88](#) - und Urteil des BSG vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -; siehe auch Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 24. August 2004 - L 11 KR 3166/03 - sowie Urteile des erkennenden Senats vom 24. Juni 2009 - [L 5 KR 3334/08](#) -, - [L 5 KR 4659/08](#) - und - [L 5 KR 3532/08](#) -). Im Hinblick auf die besonderen Fachkenntnisse des Klägers (u. a. seine Kenntnisse über CAD-Planung) unterlag und unterliegt er auch schon aus diesen Gründen zwangsläufig keinem weitergehenden Weisungsrecht seines Vaters und damit der GmbH. Von leitenden Angestellten wird erwartet, dass sie selbstständig arbeiten können und - gegebenenfalls als einzige im Unternehmen - über die für ihren Aufgabenbereich notwendigen Kenntnisse verfügen. Die Befugnis, nach außen für das Unternehmen auftreten zu dürfen, ist für leitende Angestellte ebenfalls typisch und rechtfertigt deren Einstufung als (Mit-)Unternehmer nicht. Zu keiner anderen Beurteilung führt deshalb auch die dem Kläger eingeräumte Bankvollmacht. Auch dies gehört zum Profil einer Tätigkeit als leitender Angestellter und ist hier gerade umgekehrt auch die Konsequenz daraus, dass dem Kläger im Übrigen bis heute nicht die notwendige Rechtsmacht im Unternehmen eingeräumt wurde, auf Grund derer er als Unternehmer unmittelbar über die Geschäftskonten verfügen könnte.

Insbesondere aber hat der Kläger entgegen der Auffassung des SG auch hinsichtlich der Zeit seit dem 1. Januar 2003 kein eigenes unternehmerisches Risiko. Allein die Gewährung eines Darlehens und dessen Stundung bzw. die Stundung des Kaufpreises für ein - über den Vater - an die GmbH letztlich verkauftes Grundstück stellt gerade kein eigenes unternehmerisches Risiko dar. Der Kläger hat gerade nicht eine Einlage (sei es in Höhe von 60.000 DM anstelle des Darlehens oder in Höhe des Wertes des Grundstückes) in die GmbH geleistet und umgekehrt entsprechende Gesellschaftsanteile erworben, auf Grund derer er nunmehr (seit 1. Januar 2003) die unternehmerischen Geschicke der GmbH maßgeblich (mit-)bestimmen könnte. Er hat nach wie vor "nur" das klassische Risiko eines jeden Darlehensgeber, nämlich das Risiko der Insolvenz des Darlehensnehmers. Er hatte damit auch sich nur wie jeder Darlehensgeber zu entscheiden, ob er auf eine Rückzahlung des Darlehens mit dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens und dem möglichen teilweisen oder gar vollständigen Ausfall der Forderung besteht oder eine Stundung in der Hoffnung auf eine Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse gewährt.

Der Versuch des Klägers, die Sozialversicherungsbeiträge von der Solidargemeinschaft der Versicherten wieder "zurückzuholen" kann deswegen nicht erfolgreich sein. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die tatsächliche Beitragsabführung Rückschlüsse auf das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht erlaubt (BSG Urteil vom 04. Juli 2004 - B [11 a AL 5/06 R](#)). Gleichwohl tritt in der langjährigen Handhabung der Tätigkeit, die der Kläger im Unternehmen des Vaters, der Beigeladenen Ziff. 1, ausgeübt hat, eine Selbsteinschätzung des sozialversicherungsrechtlichen Status hervor, die das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses noch unterstreicht. Dies umso mehr, als der Kläger 1996 bis November 1998 selbstständig als (Mit-)Gesellschafter und (Mit-)Geschäftsführer in der GbR tätig war und nach dem Wechsel in die GmbH aber nunmehr als sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer angemeldet wurde.

Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass nach Überzeugung des Senates der Kläger auch in der hier noch streitigen Zeit ab dem 1. Januar 2003 weiterhin durchgehend in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat und steht, weshalb auf die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 das insoweit stattgebende Urteil des SG abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen war.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-11-29