

## S 5 R 2595/16

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

SG Karlsruhe (BWB)

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen

S 5 R 2595/16

Datum

24.10.2016

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

-

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Behauptet eine GmbH im Rahmen einer Betriebsprüfung, ihr alleiniger Gesellschafter habe seinen Geschäftsanteil zum Gebrauch einer GbR überlassen (Einbringung quoad usum), so trägt sie hierfür die Beweislast.

1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Tatbestand:

Streitig ist eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen für die Zeit vom 1.1.2009 - 31.12.2012; die Beklagte meint, der Beigeladene Ziff. 4 sei in dieser Zeit bei der Klägerin versicherungspflichtig beschäftigt gewesen.

Bei der Klägerin handelt es sich um ein Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH. Deren alleiniger Gesellschafter war im streitigen Zeitraum V., der Vater des Beigeladenen Ziff. 4. Nach § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 2.12.2004 (GV) waren die Geschäftsführer der Klägerin verpflichtet, die Weisungen des Gesellschafters zu befolgen, insbesondere vom Gesellschafter als zustimmungspflichtig bezeichnete Geschäfte nur mit dessen Zustimmung vorzunehmen.

Geschäftsführer der Klägerin waren bis zum Beginn des streitigen Zeitraums V. und dessen Sohn S., der Bruder des Beigeladenen Ziff. 4.

Am 22.11.2008 schlossen die Klägerin und der Beigeladene Ziff. 4 mit Wirkung zum 1.1.2009 einen Geschäftsführervertrag (GF-V). Darin verpflichtete sich der Beigeladene Ziff. 4 dazu, die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und der Bestimmungen des Gesellschafters zu führen und hierfür einen Großteil seiner Arbeitskraft und seine gesamten Kenntnisse und Erfahrungen zur Verfügung zu stellen (§ 1 Ziff. 3 GF-V). Als Vergütung vereinbarten die Parteien ein Jahresgehalt in Höhe von 72.000 EUR brutto zzgl. einer gewinnabhängigen Tantieme (§ 3 GF-V); außerdem stand dem Beigeladenen Ziff. 4 ein Firmenwagen zu, auch zur privaten Nutzung (§ 6 Ziff. 1 GF-V). Der Beigeladene Ziff. 4 hatte einen Anspruch auf 30 Tage Urlaub im Jahr, den er mit dem Gesellschafter V. abstimmen musste (§ 5 GF-V). Im Falle seiner Arbeitsunfähigkeit sollte die Klägerin das Gehalt ein Jahr lang weiterzahlen (§ 4 Ziff. 1 GF-V). Abschließend vereinbarten die Parteien, Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags bedürften der Schriftform (§ 10 Ziff. 2 GF-V).

Der bisherige Geschäftsführer S. blieb im gesamten streitigen Zeitraum neben dem Beigeladenen Ziff. 4 weiterer Geschäftsführer der Klägerin. Demgegenüber berief die Klägerin V. zum 21.4.2010 als Geschäftsführer ab. Sämtliche Geschäftsführer waren gemäß § 7 Abs. 2 und 3 GV alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit.

In der Annahme, der Beigeladene Ziff. 4 übe eine selbständige Tätigkeit aus, führte die Klägerin für ihn keine Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen ab.

Nachdem die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung durchgeführt hatte, forderte sie (nach vorangegangener Anhörung) mit Bescheid vom 25.10.2013 von der Klägerin Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen in Höhe von insgesamt 82.367,30 EUR. Zur Begründung gab sie an, der Beigeladene Ziff. 4 habe vom 1.1.2009 - 31.12.2012 bei der Klägerin in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden: Der Geschäftsführer einer GmbH, der nicht an deren Stammkapital beteiligt ist, übe seine Tätigkeit regelmäßig im Rahmen einer Beschäftigung aus; dies gelte auch bei einer "Familien-GmbH". Denn ohne Beteiligung am Stammkapital fehle dem Geschäftsführer die Rechtsmacht, ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. So verhalte es sich hier. Der Beigeladene Ziff. 4 sei nicht am Stammkapital der Klägerin beteiligt gewesen. Vielmehr habe er die Weisungen des Gesellschafters befolgen

müssen. Der Gesellschafter V. sei sowohl rechtlich als auch tatsächlich aufgrund seiner Branchenkenntnisse in der Lage gewesen, die Klägerin zu leiten und den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen. Ob er von seiner Weisungsbefugnis in der Praxis Gebrauch gemacht habe, sei unerheblich. Für ein Beschäftigungsverhältnis spreche zudem, dass der Beigeladene Ziff. 4 kein Unternehmerrisiko getragen habe; denn ihm habe ein festes Gehalt zugestanden. Die Übernahme einer Bürgschaft des Beigeladenen Ziff. 4 zu Gunsten der Klägerin führe zu keinem anderen Ergebnis. Vor diesem Hintergrund habe im streitigen Zeitraum Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung bestanden, außerdem vom 1.1.2009 – 31.12.2010 in der Kranken- und Pflegeversicherung. Zwar habe das regelmäßige Arbeitsentgelt des Beigeladenen Ziff. 4 im gesamten streitigen Zeitraum über der maßgeblichen Jahresarbeitsentgeltgrenze gelegen. Gemäß [§ 6 Abs. 4 S. 1 SGB V](#) (a.F.) ende die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung aber erst, wenn die Jahresarbeitsentgeltgrenze in drei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren überschritten wird. Angesichts dessen sei der Beigeladene Ziff. 4 erst ab dem 1.1.2011 in der Kranken- und Pflegeversicherung versicherungsfrei gewesen.

Hiergegen legte die Klägerin am 8.11.2013 Widerspruch ein. Sie machte geltend, entgegen der Auffassung der Beklagten sei der Beigeladene Ziff. 4 bei ihr nicht beschäftigt gewesen; vielmehr habe er seine Geschäftsführertätigkeit als Selbstständiger erbracht. Zur Begründung führte sie aus, der Beigeladene Ziff. 4 habe – entgegen den vertraglichen Regelungen – in der Praxis völlig frei von Weisungen agiert, selbst bei bedeutsamen Geschäften im Rahmen der Umstrukturierung des Unternehmens, beispielsweise dem Verkauf von Firmenbeteiligungen, Verhandlungen mit Banken und der Veränderung von Arbeitsabläufen. Zu keinem Zeitpunkt seit dem 1.1.2009 habe der Gesellschafter V. in die Geschäfte eingegriffen oder auch nur seine Kontrollbefugnisse wahrgenommen, etwa Bilanzen abgezeichnet. Darüber hinaus habe der Beigeladene Ziff. 4 auch ein erhebliches unternehmerisches Risiko getragen. Denn für betriebliche Schulden habe er eine Bürgschaft übernommen, Sicherheiten gestellt und als Gesamtschuldner gehaftet. Angesichts dessen hätten der Beigeladene Ziff. 4 und der weitere Geschäftsführer S. faktisch wie Betriebsinhaber gehandelt. Tatsächlich sei bereits im Jahr 2008 – also schon vor dem streitigen Zeitraum – beabsichtigt gewesen, dass der Gesellschafter V. seine Beteiligung am Stammkapital zu gleichen Teilen an seine beiden Söhne überträgt. Dies habe sich dann wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten verzögert, in der sie, die Klägerin, sich befunden habe. Mittlerweile, am 17.9.2013, habe die Übertragung der Geschäftsanteile stattgefunden.

Nachdem die Klägerin im Widerspruchsverfahren ihren Bevollmächtigten gewechselt hatte, machte sie nun geltend, schon vor dem streitigen Zeitraum hätten V., S. und der Beigeladene Ziff. 4 formlos eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gegründet. Zweck dieser GbR sei die wirtschaftliche Sanierung von ihr, der Klägerin, gewesen. Der Beitrag zur GbR von S. und dem Beigeladenen Ziff. 4 habe in der Leistung von Diensten bestanden; die beiden hätten als einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der GbR fungiert. Demgegenüber habe V. der GbR als Beitrag seinen Geschäftsanteil an ihr, der Klägerin, überlassen – allerdings nur zum Gebrauch; er sei also dinglich weiter dessen Eigentümer geblieben. Die Gründung einer solchen GbR werde dadurch belegt, dass S. und der Beigeladene Ziff. 4 im streitigen Zeitraum für sie, die Klägerin, Aufgaben wahrgenommen hätten, die nach [§ 46 GmbHG](#) der Bestimmung des Gesellschafters vorbehalten seien: Sie hätten für das Jahr 2010 eigenständig entschieden, keine Gewinne auszuschütten, und für die Jahre 2011 und 2012 die Jahresabschlüsse festgestellt und die Geschäftsführer entlastet. Hierzu seien sie aufgrund ihrer Funktion als Geschäftsführer der GbR befugt gewesen; als solche hätten sie bei ihr, der Klägerin, die Rechte des Gesellschafters wahrnehmen können und sollen. Demgegenüber sei V. infolge der Gebrauchsüberlassung an die GbR nicht mehr berechtigt gewesen, die Gesellschafterrechte auszuüben. Er habe seinen Beitrag auch nicht wieder entnehmen können. Eine Entnahme des Beitrags sei nur im Falle der Kündigung der GbR möglich. Allerdings sei eine Kündigung hier ausgeschlossen gewesen, da die Gesellschafter die GbR auf bestimmte Zeit gegründet hätten – nämlich bis zur geplanten dinglichen Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils an S. und den Beigeladenen Ziff. 4. Infolge dieser rechtlichen Konstruktion habe V. dem Beigeladenen Ziff. 4 im streitigen Zeitraum hinsichtlich seiner Tätigkeit als Geschäftsführer für sie, die Klägerin, keine Weisungen erteilen können. Tatsächlich sei das Büro von V. bei ihr schon im Dezember 2008 geräumt worden. Seither hätten S. und der Beigeladene Ziff. 4 alle unternehmerischen Entscheidungen selbstständig getroffen, zum Beispiel über die Übernahme einer Bürgschaft für die P. GmbH, den Verkauf eines Firmengrundstücks, die Liquidierung einer Tochtergesellschaft, die Einstellung und Entlassung von Personal sowie die Erhöhung ihrer eigenen Bezüge. Doch selbst wenn man davon ausginge, der Beigeladene Ziff. 4 habe bei ihr in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden, wäre er jedenfalls in der Krankenversicherung versicherungsfrei – und zwar entgegen der Ansicht der Beklagten nicht erst seit dem 1.1.2011, sondern auch schon in den Jahren 2009 und 2010: Seine Bezüge hätten durchgehend die maßgebliche Jahresarbeitsentgeltgrenze überschritten. Bei Aufnahme einer neuen Beschäftigung sei trotz der Dreijahresfrist des [§ 6 Abs. 4 S. 1 SGB V](#) (a.F.) vom Beginn der Tätigkeit an Versicherungsfreiheit möglich, wenn das Arbeitsentgelt des Beschäftigten bereits in den drei vorangegangenen Kalenderjahren über der Jahresarbeitsentgeltgrenze lag. Dies habe die Beklagte versäumt zu prüfen.

Mit Bescheid vom 2.6.2015 half die Beklagte dem Widerspruch teilweise ab und reduzierte die Nachforderung auf 80.698,56 EUR. Zur Begründung gab sie an, sie habe den Beigeladenen Ziff. 4 nun statt der Bahn BKK der AOK Baden-Württemberg zugeordnet. Dort gelte ein niedrigerer Satz für die Umlage U 1.

Im Übrigen wies die Beklagte den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 30.6.2015 zurück. Sie führte ergänzend aus, es sei nicht belegt, dass V. seinen Geschäftsanteil an der Klägerin zum Gebrauch an eine GbR überlassen hat. Im Übrigen wäre eine solche Überlassung unwirksam gewesen. Denn die Abbedingung von Regelungen des GV, auf denen die Rechtsmacht des Gesellschafters beruht, hätte zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Form bedurft. Im streitigen Zeitraum habe daher das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung der Klägerin und damit die Rechtsmacht ausschließlich bei V. gelegen. Gegen eine Beschäftigung des Beigeladenen Ziff. 4 bei der Klägerin spreche auch nicht dessen Übernahme wirtschaftlicher Risiken. Denn es sei nicht ungewöhnlich, dass ein Mitglied der Geschäftsleitung seinem finanziell angeschlagenen Arbeitgeber Darlehen gewährt und für ihn bürgt, um den Betrieb am Laufen zu halten. Entgegen der Auffassung der Klägerin habe auch in den Jahren 2009 und 2010 Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung bestanden: Die dreijährige Wartefrist nach [§ 6 Abs. 4 S. 1 SGB V](#) (a.F.) gelte jedenfalls für solche Versicherte, die vor Aufnahme ihrer Beschäftigung selbstständig tätig waren – unabhängig davon, in welcher Höhe sie durch ihre selbständige Tätigkeit Arbeitseinkommen erzielt hatten.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der am 3.8.2015 erhobenen Klage. Sie trägt ergänzend vor, der Beigeladene Ziff. 4 habe im Rahmen seiner Tätigkeit durchaus ein Unternehmerrisiko getragen: Er habe zu ihren Gunsten eine Bankbürgschaft über 200.000 EUR übernommen; ohne diese Bürgschaft hätte sie kein Fremdkapital mehr erhalten und wäre insolvent geworden. Außerdem habe der Beigeladene Ziff. 4 im Zusammenhang mit Leasingverträgen in Höhe von 109.113,43 EUR für sie gebürgt. Die Höhe der beiden Bürgschaften habe seinerzeit über dem Wert des gesamten Unternehmens gelegen. Kein Fremdgeschäftsführer hätte in vergleichbarer Weise persönliche Sicherheiten zur Verfügung gestellt. Im Übrigen sei der Beigeladene Ziff. 4 schon ab dem 1.1.2009 in der Kranken- und Pflegeversicherung versicherungsfrei gewesen. Denn bereits in den drei Jahren zuvor, also von 2006 bis 2008, habe er in einem versicherungsfreien Beschäftigungsverhältnis

gestanden.

Die Klägerin beantragt,

1. den Bescheid der Beklagten vom 25.10.2013 in der Gestalt des Bescheids vom 2.6.2015 sowie des Widerspruchsbescheids vom 30.6.2015 aufzuheben,
2. festzustellen, dass die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren notwendig war.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie trägt ergänzend vor, die übernommenen Bürgschaften hätten nicht nur im wirtschaftlichen Interesse der Klägerin gelegen, sondern mittelbar auch des Beigeladenen Ziff. 4 selbst. Denn er sei Gesellschafter einer Grundstücksverwaltungs-GbR gewesen, die der Klägerin Grundstück, Gebäude und Anlagen vermietet habe.

Die Beigeladenen haben weder einen Antrag gestellt noch zur Sache vorgetragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte sowie die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I) Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Weder der Antrag Ziff. 1 (dazu 1) noch der Antrag Ziff. 2 (dazu 2) hat Erfolg.

1) Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 25.10.2013 in der Gestalt des Bescheids vom 2.6.2015 sowie des Widerspruchsbescheids vom 30.6.2015 ist nicht zu beanstanden. Zu Recht hat die Beklagte von der Klägerin Sozialversicherungsbeiträge (dazu a) und Umlagen (dazu b) in Höhe von insgesamt 80.698,56 EUR nachgefordert.

a) Die Klägerin war dem Grunde nach verpflichtet, für den Beigeladenen Ziff. 4 Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung für die Zeit vom 1.1.2009 – 31.12.2012 zu zahlen, außerdem Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung für die Zeit vom 1.1.2009 – 31.12.2010 (dazu aa); erst ab dem 1.1.2011 war der Beigeladene Ziff. 4 versicherungsfrei in der Kranken- und Pflegeversicherung (dazu bb). Die von der Beklagten festgesetzte Höhe der Beiträge ist korrekt (dazu cc).

aa) Die Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten hat der Arbeitgeber als Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen (§ 28d S. 1 f. und [§ 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV](#)). Kraft Gesetzes versicherungspflichtig sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB III](#)). Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit in erster Linie gekennzeichnet durch ein Unternehmerrisiko, eine eigene Betriebsstätte sowie die Möglichkeit, über die eigene Arbeitskraft zu verfügen und die Tätigkeit und die Arbeitszeit im Wesentlichen frei zu gestalten. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil vom 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), Rdnr. 16 – nach Juris).

Gemessen hieran stand der Beigeladene Ziff. 4 im streitigen Zeitraum bei der Klägerin in einem Beschäftigungsverhältnis; denn es überwiegen die Indizien, die für eine Beschäftigung sprechen:

(1) Der Beigeladene Ziff. 4 unterstand bei seiner Tätigkeit der Weisungsbefugnis der Klägerin.

(a) Wie [§ 37 Abs. 1 GmbHG](#) zeigt, ist ein Geschäftsführer bei seinem Handeln für die GmbH an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden (Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 37 Rdnr. 20). Verfügt der Geschäftsführer über keine Mehrheit oder Sperrminorität am Stammkapital der GmbH, fehlt ihm die Rechtsmacht, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung – also des willensbildenden Organs der GmbH – zu verhindern. In einer solchen Konstellation erfolgt die Tätigkeit eines Geschäftsführers daher regelmäßig im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses ([BSGE 111, 257](#) Rdnr. 25). Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschafterversammlung von ihrem Weisungsrecht in der Praxis keinen Gebrauch macht: Die Tatbestände des Sozialversicherungs- und Beitragsrechts erfordern klare und vorhersehbare Kriterien. Maßgeblich sind daher allein die vereinbarten rechtlichen Befugnisse der Vertragsparteien. Auf das bloß faktische, rechtlich ungebundene und damit jederzeit änderbare Verhalten der Vertragsparteien kommt es vor diesem Hintergrund nicht an (BSG, Urteil vom 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), Rdnr. 30 – nach Juris).

Der Beigeladene Ziff. 4 war im streitigen Zeitraum nicht am Stammkapital der Klägerin beteiligt. Angesichts dessen hatte er keine aus einer Gesellschafterposition folgende Möglichkeit, Weisungen der Klägerin zu verhindern. Vielmehr war er gemäß § 6 Abs. 2 GV ausdrücklich verpflichtet, die Weisungen des Gesellschafters zu befolgen. Zwar mag der Beigeladene Ziff. 4 bei seiner Tätigkeit als Geschäftsführer faktisch freie Hand gehabt haben. Dies ändert aber nichts daran, dass er im Falle einer Meinungsverschiedenheit mit dem Gesellschafter V. rechtlich verpflichtet gewesen wäre, dessen Weisungen umzusetzen.

(b) Nicht überzeugt ist die Kammer vom Vortrag der Klägerin, V. habe seine Rechte als Gesellschafter im streitigen Zeitraum nicht wahrnehmen können, da er seinen Geschäftsanteil an der Klägerin einer GbR zum Gebrauch überlassen habe, deren Gesellschafter er, S. und der Beigeladene Ziff. 4 gewesen seien. Für die Kammer steht nicht fest, dass es eine solche GbR überhaupt gab:

Ein schriftlicher Vertrag über die Gründung der angeblichen GbR existiert nicht. Zwar bedarf ein Gesellschaftsvertrag nach [§ 705 BGB](#)

grundsätzlich keiner besonderen Form. Es fällt aber auf, dass sich S. und der Beigeladene Ziff. 4 bei Gründung einer anderen GbR, nämlich der "Grundstücksverwaltungsgesellschaft H. und S.", durchaus der Schriftform bedient hatten (vgl. Seite 166 der Verwaltungsakte - VA). Selbst eine rechtlich unverbindliche Absichtserklärung vom 29.3.2008 hatten V., S. und der Beigeladene Ziff. 4 schriftlich fixiert (Seite 47 VA). Waren die handelnden Personen also ansonsten dazu geneigt, ihre geschäftlichen Angelegenheiten schriftlich zu regeln, wäre zu erwarten gewesen, dass sie den Gesellschaftsvertrag über die angebliche GbR ebenfalls schriftlich schließen - insbesondere im Hinblick auf dessen rechtliche Tragweite. Das Fehlen eines schriftlichen Vertrags deutet daher darauf hin, es habe gar keinen Vertrag gegeben.

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass die Klägerin und der Beigeladene Ziff. 4 die angebliche GbR lange Zeit nicht erwähnten, obwohl dies nahegelegen hätte: Weder in der Absichtserklärung vom 29.3.2008 noch in der Vereinbarung über einen "Unternehmenskauf" vom 27.11.2008 (Seite 48 VA) findet sich ein Hinweis auf eine solche GbR. Ziel der zuletzt genannten Vereinbarung war insbesondere die Übertragung aller Geschäftsanteile an der Klägerin. Wären die Geschäftsanteile - wie von der Klägerin jetzt behauptet - damals tatsächlich einer GbR zum Gebrauch überlassen gewesen, hätte sich eine Klarstellung zu diesem Sachverhalt aufgedrängt. Gleiches gilt für die Angaben des Beigeladenen Ziff. 4 im Rahmen eines Anfrageverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#): Vertreten durch eine Bevollmächtigte hatte er am 27.9.2012 im Vordruck der Beklagten unter Ziff. 2.5 ausgeführt, die Anteile an der Klägerin halte V.; eine etwaige Gebrauchsüberlassung der Geschäftsanteile an eine GbR erwähnt er dort nicht, ebenso wenig bei seiner Antwort auf die Frage der Beklagten unter Ziff. 2.9, ob er, der Beigeladene Ziff. 4, durch vertragliche Sonderrechte Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern könne (vgl. Seite 122 VA). Auch V. geht in seiner Erklärung vom 2.4.2013 (Seite 179 VA) mit keinem Wort auf eine GbR ein. Spätestens im Rahmen der Betriebsprüfung, die zu der streitigen Nachforderung geführt hat, hätte dann ein umgehender Hinweis auf die angebliche GbR nahegelegen. Auch dies geschah indes zunächst nicht: Weder in der Schlussbesprechung noch im Anhörungsverfahren erwähnte die Klägerin eine GbR, ebenso wenig in ihrer anfänglichen Begründung des Widerspruchs. Erst nach Einschaltung der jetzigen Bevollmächtigten im Laufe des Vorverfahrens machte sie die Gründung der angeblichen GbR geltend. Dieser Ablauf weckt erhebliche Zweifel an der Behauptung der Klägerin, bereits vor dem 1.1.2009 habe es eine GbR gegeben, der V. seinen Geschäftsanteil zum Gebrauch überlassen habe.

Die Zweifel werden nicht dadurch beseitigt, dass S. und der Beigeladene Ziff. 4 im streitigen Zeitraum für die Klägerin punktuell Bestimmungen getroffen haben (sollen), die eigentlich der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind; entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich daraus nicht zwingend schlussfolgern, die beiden hätten insoweit nicht als Geschäftsführer der Klägerin gehandelt, sondern müssten Geschäftsführer einer GbR gewesen sein, der die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte überlassen war. Gemäß [§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG](#) wird die GmbH durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Die meisten der bedeutsamen Rechtsgeschäfte, die S. und der Beigeladene Ziff. 4 im streitigen Zeitraum für die Klägerin getätigt haben, waren unproblematisch von ihrer Vertretungsbefugnis als Geschäftsführer der Klägerin gedeckt, also z.B. die Übernahme einer Bürgschaft für die P. GmbH, der Verkauf eines Firmengrundstücks, die Liquidierung einer Tochtergesellschaft, die Einstellung und Entlassung von Personal sowie die Erhöhung der eigenen Bezüge. Für ihre Auffassung kann sich die Klägerin daher allenfalls auf jene wenigen Geschäfte berufen, die nicht von GmbH-Geschäftsführern vorzunehmen sind, sondern gemäß [§ 46 GmbHG](#) der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen - hier also die angebliche Entscheidung, für das Jahr 2010 keinen Gewinn auszuschütten ([§ 46 Nr. 1 GmbHG](#)), die Feststellung der Jahresabschlüsse für 2011 und 2012 ([§ 46 Nr. 1 GmbHG](#)) und die Entlastung der Geschäftsführer für diese beiden Jahre ([§ 46 Nr. 5 GmbHG](#)). Der Beweiswert dieser (angeblichen) Geschäfte für die behauptete Gründung der GbR ist allerdings recht dürtig: In den Akten findet sich kein Nachweis dafür, dass S. und der Beigeladene Ziff. 4 (anstatt des Gesellschafters V.) über die Verwendung des Geschäftsergebnisses für das Jahr 2010 entschieden haben. Belegt ist hingegen, dass S. und der Beigeladene Ziff. 4 die Jahresabschlüsse für 2011 und 2012 festgestellt und für diese beiden Jahre auch die Geschäftsführer entlastet haben. Allerdings haben sie diese Beschlüsse nach den Niederschriften vom 27.7.2012 (Seite 100 VA) und 12.7.2013 (Seite II 77 VA) nicht als Geschäftsführer einer GbR getroffen, der der Geschäftsanteil an der Klägerin zum Gebrauch überlassen ist, sondern als "Gesellschafter der Firma X. GmbH", also der Klägerin selbst. Dies waren sie unstreitig nicht - auch nicht nach dem Vortrag der Klägerin. Vor diesem Hintergrund liegt nahe, dass S. und der Beigeladene Ziff. 4 bei den beiden Beschlüssen schlichtweg ihre Kompetenzen überschritten haben. Dies erscheint der Kammer jedenfalls deutlich plausibler als der Vortrag der Klägerin, die vom Sollen auf das Sein schließen möchte.

Insgesamt überwiegen somit die Zweifel der Kammer an der Gründung einer GbR mit dem von der Klägerin behaupteten Inhalt - zumal nicht ersichtlich ist, welchen Nutzen eine solche GbR seinerzeit hätte haben sollen. Den behaupteten Gesellschaftszweck, nämlich die wirtschaftliche Sanierung der Klägerin, hätten die an der GbR angeblich beteiligten Personen ohne weiteres auch in ihren Funktionen als Geschäftsführer und Gesellschafter der Klägerin verfolgen können. Einer weiteren Gesellschaft, diesmal in der Rechtsform einer GbR, bedurfte es dafür nicht.

Nicht nachzukommen brauchte die Kammer dem Antrag der Klägerin im Schriftsatz vom 1.8.2015, H. und S. als Zeugen zur angeblichen Gründung einer GbR und zur Gebrauchsüberlassung des Geschäftsanteils durch V. zu vernehmen. Wer Beteiligter eines Rechtsstreits ist, kann in diesem Verfahren nicht als Zeuge aussagen. Zu den Beteiligten gehören auch die Beigeladenen. Handelt es sich bei einem Beteiligten um eine juristische Person, ist eine Vernehmung ihres gesetzlichen Vertreters als Zeuge ausgeschlossen, z.B. des Geschäftsführers einer GmbH (Leopold in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 118 Rdnr. 44 f.). So verhält es sich hier: H. und S. sind Geschäftsführer der Klägerin; darüber hinaus ist H. als Beigeladener Ziff. 4 am Rechtsstreit beteiligt.

Gab es also keine GbR, an die V. seinen Geschäftsanteil an der Klägerin zum Gebrauch hätte überlassen können, kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Überlassung überhaupt formlos möglich gewesen wäre oder ob sie zu ihrer Wirksamkeit nach [§ 15 Abs. 3 GmbHG](#) eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags bedurft hätte.

(2) Für ein Beschäftigungsverhältnis spricht darüber hinaus die Ausgestaltung des GF-V: Danach hatte der Beigeladene Ziff. 4 Anspruch auf ein festes Gehalt, 30 Tage bezahlten Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Hierbei handelt es sich um typische Bestandteile von Arbeitsverträgen abhängig Beschäftigter (vgl. BSG, Urteil vom 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), Rdnr. 22 - nach Juris). Diese Regelungen haben die Parteien nicht wirksam abbedungen. Denn eine Änderung des Vertrags hätte gemäß [§ 10 Ziff. 2 GF-V](#) nur schriftlich erfolgen können; für eine schriftliche Änderung ist nichts ersichtlich.

(3) Weiteres Indiz für eine Beschäftigung ist das Fehlen eines Unternehmerrisikos.

Ein unternehmerisches Risiko liegt vor, wenn der Erwerbstätige eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes

einsetzt, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Zudem müssen dem Verlustrisiko größere Freiheiten bei der Gestaltung der Tätigkeit gegenüberstehen (BSG, [SGb 2013, 364](#) Rdnr. 29).

Für den Beigeladenen Ziff. 4 war der Ertrag seiner Arbeitskraft durch das feste Arbeitsentgelt gesichert. Kapital hat er nicht eingesetzt. Auch die Übernahme der Bürgschaften ist nicht geeignet, ein Unternehmerrisiko zu begründen. Denn die Bürgschaften war nicht erforderlich, um die Pflichten aus dem GF-V zu erfüllen; es handelte sich um keinen mit der Tätigkeit verbundenen Aufwand (vgl. hierzu [BSGE 111, 257](#) Rdnr. 29). Vielmehr waren die Bürgschaften familiär motiviert. Im Übrigen verschafft eine Bürgschaft – anders als ein Darlehen – dem Bürgen praktisch keine wirtschaftliche Möglichkeit, auf die Geschicke des Unternehmens Einfluss zu nehmen (BSG, Urteil vom 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), Rdnr. 27 – nach Juris).

(4) Zu keiner anderen Bewertung führt die dem Beigeladenen Ziff. 4 eingeräumte Befugnis, die Klägerin allein zu vertreten, und die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 7 Abs. 1 und 2 GV). Diese Befugnisse sind für den Geschäftsführer einer GmbH nicht untypisch und deuten deshalb nicht zwingend auf eine selbständige Tätigkeit hin ([BSGE 111, 257](#) Rdnr. 27).

bb) Anders als die Klägerin meint, bestand für den Beigeladenen Ziff. 4 aufgrund der Höhe seines Arbeitsentgelts Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung nicht schon ab dem 1.1.2009, sondern erst ab dem 1.1.2011.

Bis zum 31.12.2010 waren in der gesetzlichen Krankenversicherung Arbeiter und Angestellte nur versicherungsfrei, wenn ihr regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt und in drei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren überstiegen hat ([§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) i.d.F. des Gesetzes vom 26.3.2007, [BGBl. I Seite 378](#)). Die drei Kalenderjahre, in denen das Jahresarbeitsentgelt die maßgebliche Grenze überstiegen hat, mussten unmittelbar vor der streitigen Beschäftigung liegen (BSG, Urteil vom 27.6.2012, [B 12 KR 6/10 R](#), Rdnr. 17 – nach Juris). Außerdem musste der Versicherte in diesen drei Jahren die Jahresarbeitsentgeltgrenze mit Arbeitsentgelt aus einem Beschäftigungsverhältnis überschritten haben; Arbeitseinkommen aus einer selbständigen Tätigkeit genügte hingegen nicht (BSG, a.a.O., Rdnr. 18 – nach Juris).

Gemessen hieran war der Beigeladene Ziff. 4 bis zum 31.12.2010 nicht versicherungsfrei; denn in den drei Kalenderjahren vor Beginn der Beschäftigung bei der Klägerin am 1.1.2009, also vom 1.1.2006 – 31.12.2008, stand der Beigeladene Ziff. 4 in keinem Beschäftigungsverhältnis. Vielmehr war er in diesem Zeitraum nach seinen Angaben im Statusfeststellungsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) als Geschäftsführer der P. GmbH tätig – und zwar seiner eigenen Einschätzung nach als Selbständiger (Seite 123 VA). Diese Einschätzung teilt die Kammer. Denn der Beigeladene Ziff. 4 war in den drei Jahren zu 50 % am Stammkapital der P. GmbH beteiligt (vgl. Seiten 261 und 269 VA). Anders als bei der Klägerin hatte er dort also aufgrund seiner Gesellschafterstellung die Rechtsmacht, ihm nicht genehme Weisungen abzuwenden. In einer solchen Konstellation liegt keine Beschäftigung des Geschäftsführers bei der GmbH vor (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.7.2014, [L 11 R 4543/13](#), Rdnr. 55 – nach Juris).

Das Erfordernis, wonach das Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze auch in den drei vorangegangenen Kalenderjahren überstiegen haben muss, hat der Gesetzgeber erst zum 31.12.2010 gestrichen (Gesetz vom 22.12.2010, [BGBl. I Seite 2309](#)).

War der Beigeladene Ziff. 4 somit vom 1.1.2009 – 31.12.2010 noch versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung, bestand in dieser Zeit gemäß [§ 20 Abs. 1 S. 1 SGB XI](#) auch Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung.

cc) Die Höhe der festgesetzten Beiträge ist nicht zu beanstanden. Fehler sind insoweit weder ersichtlich noch von den Beteiligten gerügt.

b) Die Pflicht der Klägerin zur Zahlung der Umlagen U 1 und U 2 folgt aus [§ 7 Abs. 1 AAG](#).

2) Die Kosten für das Vorverfahren trägt die Klägerin selbst. Angesichts dessen bestand für die Kammer keine Notwendigkeit darüber zu befinden, ob die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die Klägerin im Vorverfahren notwendig war.

II) Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2017-02-23