

L 1 KR 157/12

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Frankfurt (Oder) (BRB)
Aktenzeichen
S 27 KR 55/11
Datum
07.02.2012
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 1 KR 157/12
Datum
03.04.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Der geschäftsführende Alleingesellschafter einer Unternehmergesellschaft handelt jedenfalls dann ab Beginn der Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht, wenn er für die Zeit nach der "Anlaufphase" der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft einen vertraglichen Vergütungsanspruch hat. Übt er die Tätigkeit 40 Stunden in der Woche aus, ist er auch in dieser "Anlaufphase" hauptberuflich selbstständig i.S.d. [§ 10 Abs 1 Nr 4 SGB V](#) tätig.

Die Berufung wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über das Bestehen einer Familienversicherung des Klägers bei der Beklagten im Zeitraum vom 1. März 2010 bis 31. Juli 2010.

Der Kläger ist der Ehemann der Beigeladenen, die jedenfalls im Zeitraum vom 1. März 2010 bis 31. Juli 2010 Mitglied der Beklagten war.

Der Kläger errichtete mit Gesellschaftsvertrag vom 24. Februar 2010 die "n e B UG (haftungsbeschränkt)". Er war alleiniger Gesellschafter. Durch Nr. 4 des Gesellschaftsvertrages wurde der Kläger auch zum alleinigen Geschäftsführer der Gesellschaft unter Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches bestellt.

In dem zwischen ihm und der Gesellschaft geschlossenen Geschäftsführervertrag über eine Tätigkeit ab dem 1. März 2010 war ein monatliches Bruttogehalt zuzüglich eines Zuschusses zur Krankenversicherung in gesetzlicher Höhe sowie weitere Zusatzleistungen auf Antrag vereinbart. § 3 Abs. 2 des Vertrages lautete:

Aufgrund der Anfangsphase und der damit verbundenen dünnen Liquiditätsdecke der Gesellschaft, wird der Geschäftsführer vorerst innerhalb der ersten fünf Monate ohne ein Gehalt für die Gesellschaft tätig. Sollte sich die wirtschaftliche Situation auch nach diesen fünf Monaten nicht merklich verbessert haben, so dass auch danach das oben vereinbarte Gehalt nicht gezahlt werden kann, so verpflichten sich die Parteien eine abweichende Regelung zu treffen.

Die Gesellschaft wurde am 2. März 2010 in das Handelsregister bei dem Amtsgericht F unter der Registernummer HRB eingetragen. Am selben Tag erfolgte die Gewerbeanmeldung.

Unter dem 16. August 2010 übersandte die Beigeladene der Beklagten einen Antrag für die Familienversicherung des Klägers für den Zeitraum vom 1. März 2010 bis zum 31. Juli 2010. In dem entsprechenden Antragsformular gaben sie und der Kläger an, das letzterer nicht anderweitig selbst versichert sei. Bis zum 28. Februar 2010 wurde eine Versicherung bei der Barmer angegeben.

Auf Nachfrage gab der Kläger in einer weiteren Formularerklärung an, dass er zeitlich für das Gewerbe/die selbstständige Erwerbstätigkeit wöchentlich 40 Stunden einschließlich der Vor- und Nacharbeit aufwende. Seit dem 1. Juli 2010 beschäftige er 4 nicht geringfügige Arbeitnehmer. Das zu versteuernde Arbeitseinkommen aus der selbstständigen Tätigkeit habe bis zum 31. Juli 0,00 Euro betragen. Ferner legte er der Beklagten die Gewerbeanmeldung sowie den Geschäftsführervertrag (bis § 7) vor.

Mit Schreiben vom 6. September 2010 teilte die Beklagte dem Kläger und der Beigeladenen mit, dass eine Familienversicherung für den begehrten Zeitraum für den Kläger nicht möglich sei. Der Grund hierfür sei, dass der Kläger hauptberuflich selbstständig tätig sei.

Am 17. September 2010 gingen bei der Beklagten Widerspruchsschreiben hiergegen sowohl des Klägers als auch der Beigeladenen ein. Unterzeichnet war allein das Widerspruchsschreibens des Klägers.

Mit Schreiben vom 22. September 2010 erläuterte die Beklagte dem Kläger ihre Auffassung und legte dar, dass Kriterien für eine hauptberufliche selbstständige Tätigkeit z. B. die Anzeige/Genehmigung des Gewerbes, der zeitliche Umfang der selbstständigen Tätigkeit von mindestens 18 Stunden wöchentlich, die freie Bestimmung von Art, Ort, Zeit und Weise der Tätigkeit, das eigene Unternehmerrisiko und die Beschäftigung von Arbeitnehmern sei.

Der Kläger hielt an seinem Widerspruch fest und verwies darauf, dass laut Gesellschafterbeschluss keinerlei Vergütungsanspruch bestanden habe. Er warf die Frage auf, woher dann die eigene Vorsorge kommen solle.

Mit Widerspruchsbescheid vom 7. Dezember 2010, der an den Kläger gerichtet war, wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Zur Begründung verwies sie auf den Ausschlussbestand im [§ 10 Abs. 1 Nr. 4](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Danach sei eine Familienversicherung für Angehörige ausgeschlossen, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig seien. Unter Darlegung der Rechtsauffassung der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger, wonach von einer hauptberuflichen Erwerbstätigkeit auszugehen sei, wenn diese mindestens 18 Stunden wöchentlich umfasse führte die Beklagte aus, dass die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit nach seinen Angaben wöchentlich 40 Stunden betrage. Ein weiteres Indiz sei die Beschäftigung von 4 Arbeitnehmern seit dem 1. Juli 2010. Die Einkommensgrenzen in der Familienversicherung würden nur dann gelten, wenn die Familienversicherung nicht bereits aufgrund anderer Tatbestände ausgeschlossen sei.

Hiergegen hat sich der Kläger mit seiner zunächst am 6. Januar 2011 bei dem Sozialgericht Berlin erhobenen Klage gewandt. Er hat die Auffassung vertreten, er habe einen Anspruch auf die kostenlose Familienversicherung trotz Selbstständigkeit. Auf seine Position als Geschäftsführer die er entgeltlos ausübe, käme es vorliegend nicht an. Er hat sich insoweit auf die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 4. Juni 2009 (Az.: [B 12 KR 3/08 R](#)) berufen. In der Gründungsphase der Gesellschaft sei absehbar gewesen, dass sie keine nennenswerten Umsätze generieren würde. Aus diesem Grund sei vereinbart worden, dass der Kläger als Geschäftsführer der Unternehmungsgesellschaft kein Gehalt beziehen solle.

Nach Verweisung des Rechtsstreits an das Sozialgericht Frankfurt (Oder) durch Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 23. Februar 2011 hat das Sozialgericht Frankfurt (Oder) die Klage nach mündlicher Verhandlung durch Urteil vom 7. Februar 2012 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass hier bereits gemäß [§ 10 Abs. 1 Nr. 4 SGB V](#) eine Familienversicherung ausgeschlossen sei. Dass der Kläger, soweit er für die Unternehmungsgesellschaft als Geschäftsführer in einem Umfang von 40 Stunden wöchentlich tätig sei, keiner abhängigen sondern aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht einer selbstständigen Tätigkeit nachgehe, ergebe sich schon aus seiner Stellung als Alleingesellschafter. Da die selbstständige Tätigkeit als Geschäftsführer (und Alleingesellschafter) für die Unternehmungsgesellschaft 40 Stunden wöchentlich den Tätigkeitsmittelpunkt des Klägers bilde und damit insbesondere auch mehr als halbtags ausgeübt werde, handele es sich auch um die hauptberufliche Tätigkeit des Klägers (Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 10. März 1994 - Aktenzeichen [12 RK 3/94](#)). Die Entscheidung des BSG vom 4. Juni 2009 (AZ: [B 12 KR 3/08 R](#)) stehe der Annahme einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit des Klägers nicht entgegen. Zwar habe der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum auf seine Geschäftsführervergütung verzichtet. Dies schließe gleichwohl die für eine selbstständige Erwerbstätigkeit notwendige Gewinnerzielungsabsicht nicht aus. Dem Kläger sei zwar zuzugeben, dass sich eine derartige Gewinnerzielungsabsicht nicht schon aus der bloßen Beteiligung an der Unternehmungsgesellschaft und der bloßen Geschäftsführerstellung ableiten lasse, wenngleich hiermit der Gesellschafter zwangsläufig am Gewinn der Gesellschaft partizipiere. Nach dem maßgeblichen Begriff des [§ 2 Abs. 1 Nr. 1](#) Einkommenssteuergesetz (EStG) sei Gewinn in diesem Sinne jeweils die steuerrechtlichen maßgeblichen Einkünfte nicht nur aus selbstständiger Tätigkeit ([§ 2 Abs. 1 Nr. 3, § 18 EStG](#)), sondern auch aus Land- und Forstwirtschaft ([§ 2 Abs. 1 Nr. 1, § 13 f. EStG](#)) sowie aus Gewerbebetrieb ([§§ 2 Abs. 1 Nr. 2, §§ 15 ff. EStG](#)). Der Begriff der selbstständigen Tätigkeit in [§ 15](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) umfasse deshalb alle durch diesen Begriff des Gewinns im Bezug genommenen und auf die Erzielung von Einnahmen gerichteten Handlungen. Andererseits sei der Anwendungsbereich von [§ 15 Abs. 1 SGB IV](#) allein auf die hiernach relevanten Einkünfte gerade aus derartigen typischerweise mit persönlichem Einsatz verbundenen Tätigkeit beschränkt und umfasse nicht etwa jegliches Einkommen aus selbstständiger (nicht abhängiger) Tätigkeit. Alle aus anderen Quellen stammenden Einkommen, wie insbesondere Einkünfte aus Kapitalvermögen ([§ 2 Abs. 1 Nr. 5 EStG](#)) würden damit von der Sozialversicherung grundsätzlich nicht erfasst und nicht durch eine selbstständige Tätigkeit erzielt (jeweils unter Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 4. Juni 2009 - Az.: [B 12 KR 3/08 R](#)). Allerdings habe das BSG insoweit unter Hinweis auf [§ 20 Abs. 8, § 21 Abs. 3 EStG](#) auch entschieden, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen ([§ 20 EStG](#)) wie etwa der Gewinn aus der Beteiligung an der Unternehmungsgesellschaft ([§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG](#)) dann sozialversicherungsrechtlich Arbeitseinkommen sein könne, wenn sie ihrerseits den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb oder aus selbstständiger Arbeit zuzuordnen seien (Bezugnahme auf BSG aaO. sowie BSG, Urteil vom 17. Juli 1985 - Az.: [1 RA 41/84](#)). Der mit dem bloßen Halten solcher Unternehmensanteile erzielte Gewinn könne nicht als typischer Weise mit persönlichem Einsatz verbundene Einkunftsart, das auf seine Erzielung gerichtete Handeln nicht als Ausdruck einer rechtlich relevanten Absicht, Gewinne im Sinne von [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG](#) zu erzielen gesehen werden. Dies gelte allerdings nur, so lange der Gesellschafter nur die mit seiner Gesellschafterstellung verbundenen notwendigen Aufgaben wahrnehme. Handele es sich hingegen um den Gewinnanteil eines Alleingesellschafters einer Kapitalgesellschaft mit Haftungsbeschränkung, der zugleich als Alleingeschäftsführer ausschließlich und in Vollzeit für die Gesellschaft arbeite, sei der gesamte Ertrag des Unternehmens sozialversicherungsrechtlich Arbeitseinkommen im Sinne des [§ 15 SGB IV](#). Denn der gesamte Ertrag des Unternehmens, unabhängig davon, ob er an den Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer als Gewinn oder als Geschäftsführer Gehaltsausschüttung komme, gehe ausschließlich aus dem persönlichen Arbeitseinsatz des Alleingesellschafters zurück (Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 15. Dezember 1977 - Az.: [11 RA 38/77](#) für den Fall der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung). Da vorliegend die Tätigkeit der Unternehmungsgesellschaft auf Gewinnerzielung ausgerichtet gewesen sei und der Kläger in Vollzeit für diese tätig gewesen sei, diene sein ganzes Handeln der Erzielung von Arbeitseinkommen im Sinne des [§ 15 SGB IV](#). Die für eine hauptberufliche selbstständige Erwerbstätigkeit notwendige Gewinnerzielungsabsicht liege daher trotz Verzichts auf die Vergütung als Geschäftsführers vor.

Gegen das nach eigenen Angaben am 4. April 2012 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger mit seiner am 3. Mai 2012 bei dem

Landessozialgericht eingegangenen Berufung.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

die Beklagte unter Aufhebung des Urteils des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 7. Februar 2012 sowie unter Änderung des Bescheides vom 6. September 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Dezember 2010 zu verurteilen, ihn in der Zeit vom 1. März 2010 bis 31. Juli 2010 familienzuversichern.

Die Beklagte stellt keinen ausdrücklichen Antrag. Sie hält die Berufung für unbegründet.

Nachdem die Berufung auch nach erneuter Erinnerung mit Verfügung vom 1. August 2012 nicht begründet worden ist, hat der Senat durch Schreiben des Berichterstatters vom 6. September 2012 die Beteiligten zu einer beabsichtigten Entscheidung nach [§ 153 Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) angehört.

Die mit Schriftsatz vom 27. September 2012 beantragte verlängerte Frist bis zum 14. Oktober 2012 hat der Senat abgewartet.

Mit Beschluss vom 4. Dezember 2012 wurde die Ehefrau des Klägers zum Rechtsstreit beigegeben. Zugleich wurden die Beteiligten erneut zur beabsichtigten Entscheidung nach [§ 153 Abs. 4 SGG](#) angehört.

Nachdem eine Zustellung des Beschlusses nebst richterlichem Schreiben vom 4. Dezember 2012 gegen Empfangsbekanntnis an den klägerischen Prozessbevollmächtigten nicht gelungen war, wurde diesem das Schreiben nebst Beiladungsbeschluss gegen Postzustellungsurkunde am 10. Januar 2013 zugestellt.

Die Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Gerichtsakte, auf die wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, haben vorgelegen und sind Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen.

II.

Der Senat konnte nach [§ 153 Abs. 4 SGG](#) durch Beschluss entscheiden, weil er die Berufung einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Die bei sachgerechter Auslegung des Antrags ([§ 123 SGG](#)) in beiden Instanzen auf Feststellung des Bestehens einer Familienversicherung im Zeitraum vom 1. März bis 31. Juli 2010 unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide der Beklagten gerichtete Klage ist unbegründet. Der Kläger war im streitigen Zeitraum hauptberuflich selbstständig erwerbstätig im Sinne des Ausschlussstatbestandes des [§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB V](#). Insoweit macht sich der Senat zunächst die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils zu Eigen, denen er folgt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Begründung der Entscheidung des Sozialgerichts Bezug genommen ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die erforderliche Gewinnerzielungsabsicht bereits allein durch die vereinbarte Geschäftsführervergütung ab August 2010 auch im streitigen Zeitraum gegeben war:

Der Verzicht auf eine Vergütung im Geschäftsführervertrag für den streitigen Zeitraum beruht nach den eigenen klägerischen Angaben und dem Inhalt des Geschäftsführervertrages allein darauf, dass in der Gründungsphase nicht mit nennenswerten Umsätzen bzw. einer dünnen Liquiditätsdecke gerechnet worden ist.

Dieses Vorwegnehmen der Folgen eines zu erwartenden Liquiditätsengpasses im Rahmen der Bestimmungen des Geschäftsführervertrages nimmt der Tätigkeit des Klägers in diesem Zeitraum nicht die Gewinnerzielungsabsicht. Die Absicht auf Erzielung eines Gewinns aus einer selbstständigen Tätigkeit muss sich nicht darauf beziehen, diesen Gewinn gegenwärtig etwa im jeweils laufenden Kalendermonat zu erzielen. Geradezu typisch ist die Absicht, die entsprechenden Umsätze und damit verbunden einen Gewinn mit einem gewissen zeitlichen Abstand von der erbrachten persönlichen Tätigkeit zu erreichen. Auch im streitigen Zeitraum war die Tätigkeit des Klägers als alleingeschäftsführender Alleingesellschafter erkennbar darauf gerichtet, sich nach Ablauf der Gründungsphase eine Vergütung zahlen zu können (und ggf. am Gewinn der Gesellschaft zu partizipieren). Insoweit bestand Absicht und die Aussicht zu einer persönlichen Gewinnerzielung in Form der Vergütung noch innerhalb des Kalenderjahres 2010. Dieser Vergütungsanspruch ab dem 1. August 2010 war im Geschäftsführervertrag bereits vereinbart. Nur für den Fall einer negativen Geschäftsentwicklung war eine Vertragsanpassungspflicht vereinbart. Damit war die Schaffung der Voraussetzungen für die Zahlung der Vergütung ab dem 1. August 2010 auch im Zeitraum davor Ziel der entfalteteten persönlichen Tätigkeit des Klägers für die UG.

Die Vergütung des geschäftsführenden Gesellschafters, der sozialversicherungsrechtlich als selbstständig einzuordnen ist, ist Arbeitseinkommen i.S.d. [§ 15 SGB IV](#) (BSG, Urteil vom 14. Dezember 1995 – Az.: [2 RU 41/94](#) Rn. 28 bei Juris). Dies ergibt sich bereits unmittelbar aus der Zuordnung des Einkommens zu solchem aus selbstständiger Tätigkeit ([§ 18 EStG](#)) oder Gewerbebetrieb bei einem Mehrheits- oder Alleingesellschafter (vgl. BFH, Urteil vom 20. Oktober 2010 – Az.: [VIII R 34/08](#)). Nichts anderes würde jedoch gelten, wenn es sich steuerrechtlich um Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit ([§ 19 EStG](#)) handeln sollte, was vorliegend allerdings fernliegend erscheint. Der Begriff der selbstständigen Tätigkeit i.S.d. [§ 15 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist insoweit jedoch umfassender als der der selbstständigen Arbeit i.S.d. [§ 2 Abs. 1 Nr. 3](#) und [§ 18 Abs. 1 EStG](#) (so BSG aaO.). Auch soweit die Geschäftsführervergütung steuerrechtlich dem Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit zuzuordnen ist, ist sie sozialversicherungsrechtlich als Arbeitseinkommen zu berücksichtigen, wenn der Geschäftsführer (sozialversicherungsrechtlich) nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Auch der 12. Senat des BSG hatte in der Entscheidung vom 4. Juni 2009 (Az.: [B 12 KR 3/08 R](#) – Rn. 15 bei Juris) erkennbar keine Zweifel an der Einordnung einer Geschäftsführervergütung als Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit. Der Kläger hat daher eine selbstständige Erwerbstätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt.

Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von dem der Entscheidung des BSG vom 4. Juni 2009 ([B 12 KR 3/08 R](#)) zu Grunde

liegenden Sachverhalt. Dort waren gerade keine Vergütungsregelungen über die Partizipation am Reingewinn hinaus getroffen worden.

Angesichts des selbst angegebenen Umfangs von 40 Stunden in der Woche bestehen an der Hauptberuflichkeit der selbstständigen Tätigkeit keine Zweifel, unabhängig davon, welchen genauen zeitlichen Umfang man für eine Hauptberuflichkeit fordern mag.

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung für die Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#) liegen nicht vor. Die Sache hat insbesondere keine grundsätzliche Bedeutung. Zwar hat das Bundessozialgericht bisher die Frage ausdrücklich offen gelassen, ob in einer "Gewinnausschüttung" an den Gesellschafter-Geschäftsführer entgegen der grundsätzlichen steuerrechtlichen Wertung ([§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG](#)) eine verdeckte Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit enthalten sein kann, wenn ein Geschäftsführer tatsächlich nach außen als solcher tätig geworden ist (BSG aaO. Rn. 15 bei Juris). Unter Berücksichtigung der vereinbarten Geschäftsführervergütung im vorliegenden Fall ist diese - vom Senat mit dem Sozialgericht bejahte - Rechtsfrage jedoch nicht entscheidungserheblich.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2013-05-03