

L 5 KR 99/05

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Regensburg (FSB)
Aktenzeichen
S 10 KR 146/04
Datum
24.02.2005
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 5 KR 99/05
Datum
24.01.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 24. Februar 2005 aufgehoben und die Beklagte unter Abänderung ihres Bescheides vom 19. Dezember 2003 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15. April 2004 verurteilt, ihre Beitragsnachforderung auf 911,87 EUR zu reduzieren.
II. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Klägerin.
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitgegenstand ist die Beitragsnachforderung in Höhe von 27.561,08 EUR wegen der Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) vom 01.02.2000 bis 31.01.2002. Der Beigeladene zu 1), ein Industriemeister für Holzbearbeitung, und der Geschäftsführer der Klägerin, ein Schreiner, führten bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 19.10.1999 das Unternehmen "Die Schreiner K. und M. GmbH", an der beide zu 50 % beteiligt waren; ab Mitte 1998 war der Beigeladene zu 1) alleiniger Geschäftsführer dieser insolventen GmbH, während der Geschäftsführer der Klägerin dort Prokurist war.

Am 08.07.1998 wurde die Klägerin unter der Firma "Schreinerei K. und M. GmbH" von A. K. , Krankengymnastin, und A. M. , Hausfrau, Ehefrau des Beigeladenen zu 1), im gesetzlichen Güterstand lebend, als weitere GmbH errichtet. Frau K. trat am 28.10.1999 ihren Geschäftsanteil an ihren Schwiegervater H. K. ab. Gemäß Registereintragung vom 23.01.2004 firmierte die Klägerin um in "Schreinerei K. GmbH".

Laut Gesellschaftsvertrag ist Gegenstand der Handel und die Fertigung von Bau- und Möbelschreinereiprodukten sowie die Vermietung von Maschinen und Geräten. Das Stammkapital von 50.000,00 DM wird je zur Hälfte von den Gesellschaftern gehalten. Die Beschlussfassung erfolgt mit einfacher Mehrheit und der Geschäftsführer bedarf der vorherigen Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss für alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen.

Der Geschäftsführer der Klägerin ist nach dem Geschäftsführervertrag vom 31.07.1998 allein vertretungs- und geschäftsführungsberechtigt, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündbar und hatte seine Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen zu richten und in diesem Rahmen frei und eigenverantwortlich zu gestalten. Er habe mit seiner ganzen Arbeitskraft den Dienstvertrag zu erfüllen und all sein Wissen und seine Fertigkeiten zur Verfügung zu stellen, es sei ihm verboten, sich mittelbar oder unmittelbar an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen, im Fall der Krankheit werde die Vergütung für höchstens sechs Monate fortgezahlt, er sei vom Selbstkontrahierungsverbot gemäß [§ 181 BGB](#) befreit und erhalte eine monatlich feste Vergütung ab 01.08.1998 in Höhe von 5.000,00 DM brutto. Er habe Anspruch auf Nutzung eines gesellschaftseigenen Pkw auch für private Zwecke und erhalte eine vom Gewinn abhängige Tantieme in Höhe von 20 % des Gewinns der Steuerbilanz zuzüglich Steuern. Der Jahreshöchstbetrag betrage ab 1999 20.000,00 DM. Für ihn werde eine betriebliche Direktversicherung bis zum steuerlichen Höchstbetrag bezahlt, ihm stehe ein Urlaub von 30 Arbeitstagen zu; den Zeitpunkt habe er so einzurichten, dass den Bedürfnissen der Geschäftsführung Rechnung getragen werde.

Mit dem Beigeladenen zu 1) schloss die Klägerin am 29.12.1999 einen Angestelltenvertrag über die Beschäftigung als Prokurist. Für die Zeit ab 01.02.2000 wurden ihm dieselben Rechte und Pflichten wie dem Geschäftsführer gewährt bzw. auferlegt. Als feste Vergütung sollten ihm 2.040,00 brutto zustehen.

Bei einer Betriebsprüfung vom 16.10. bis 10.12.2003 stellte die Beklagte fest, dass der Beigeladene zu 1) im Jahr 2000 regelmäßig 4.000,00 DM, 2001 5.000,00 DM und im Jahre 2002 12.782,30 DM erhalten hat. Der Geschäftsführer der Klägerin erhielt im Jahr 2000 tatsächlich

4.000,00 DM monatlich und 2001 monatlich 4.000,00 DM plus 10.838,00 DM im Juni. Mit Bescheid vom 19.12.2003 forderte die Beklagte von der Klägerin insgesamt 28.472,95 EUR nach. Der Beigeladene zu 1) sei als Prokurist in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig, da er keine Anteile an der Klägerin hatte und somit nicht Unternehmer war.

Dem widersprach die Steuerberaterin der Klägerin am 12.01.2004 mit der Begründung, als formal verantwortlicher Geschäftsführer der insolventen Firma "Die Schreiner K. und M. GmbH" habe der Beigeladene zu 1) rechtlich nicht als Geschäftsführer, sondern nur als Prokurist fungieren dürfen. Faktisch habe er aber die gleiche beherrschende Stellung wie ein versicherungsfreier Geschäftsführer gehabt. Die Geschäftsverteilung sei wie in der insolventen GmbH so gewesen, dass der Geschäftsführer im kaufmännischen Bereich und der Beigeladene zu 1) im arbeitstechnischen Bereich völlig selbständig agiert habe. Alleinige Branchenkenntnisse hätten der Beigeladene zu 1) und der Geschäftsführer gehabt. Im Widerspruchsbescheid vom 15.04.2004 bekräftigte die Beklagte, dass der Beigeladene zu 1) ihres Erachtens als leitender Angestellter gegen Entgelt beschäftigt war. Er habe keine Anteile an der Klägerin gehalten, sei daher nicht selbständiger Unternehmer gewesen. Ausnahmen von der Sozialversicherungspflicht gälten nur für GmbH-Geschäftsführer, nicht für Prokuristen.

Dagegen hat die Klägerin am 17.05.2004 unter anderem mit der Begründung Klage erhoben, die üblichen Einschränkungen für Prokuristen hätten nicht gegolten, die geringe Anfangsvergütung sei zum Wohl der neu gegründeten Klägerin vereinbart gewesen und Anfang 2000 habe der Beigeladene zu 1) der Klägerin 70.000,00 DM zur Verfügung gestellt. Tatsächlich habe der Beigeladene zu 1) statt der zugebilligten 30 Urlaubstage nur 20 genommen und ca. 45 Stunden pro Woche gearbeitet. Er sei praktisch wie ein Gesellschafter tätig gewesen, was Mitarbeiter bestätigen könnten. Der Geschäftsführer habe dem Beigeladenen zu 1) keinerlei Weisungen erteilt. Die Gesellschafter hätten sich mangels Branchenkenntnis in die Geschäftsführung nicht eingemischt. Über die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), deren Kapitalanteil entsprechend der Rechtsprechung zum mitarbeitenden Gesellschafter dem Beigeladenen zu 1) zuzuordnen sei, habe dieser faktisch einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausgeübt. Die tatsächlichen Gegebenheiten seien für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung entscheidend, nicht die vertragliche Konstruktion. Tatsächlich habe der Beigeladene zu 1) 14 Monate den Betrieb hauptsächlich geleitet, während der Geschäftsführer nur halbtags gearbeitet habe. Zudem sei er in der Einteilung der Arbeitszeit frei gewesen, habe ein relativ niedriges Gehalt erhalten, der Firma ein Darlehen gegeben und wenig Urlaub genommen.

Demgegenüber hat die Beklagte geltend gemacht, für eine abhängige Beschäftigung sprächen die feste Vergütung, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und fehlendes Unternehmerrisiko, insbesondere das Fehlen einer Geschäftsführerhaftung. Das Fehlen von Weisungen sei für Dienste höherer Art typisch. Das Darlehen sei bereits 1999 geflossen.

Der Klägerbevollmächtigte hat eingewandt, die Beklagte lasse den Einfluss über die Ehefrau ebenso außer Acht wie den nahezu gleichlautenden Wortlaut von Prokurist- und Geschäftsführervertrag. Gewinnabhängige Tantieme, Weisungsfreiheit und die Bestellung eines Prokuristen in einem kleinen Betrieb seien untypisch. Die Klägerin habe durchschnittlich zwölf Mitarbeiter gehabt.

Das Sozialgericht hat die Klage am 24.02.2005 unter Bezugnahme auf die Gründe des Widerspruchsbescheides abgewiesen. Wer rechtlich keinerlei Einfluss auf die Gesellschaft habe und dessen Honorar als Betriebsausgabe verbucht werde, sei nicht Selbständiger.

Gegen das am 29.03.2005 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 25.04.2005 Berufung eingelegt. Sie hat unter anderem die faktische Anstellung des Beigeladenen zu 1) als Geschäftsführer geltend gemacht sowie dessen alleinige Berechtigung zur Betriebsführung. Das Urteil des Sozialgerichts weiche von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ab, das auf den tatsächlichen Einfluss des Mitarbeiters abstelle. Auf Grund faktisch nicht ausgeübter Gesellschafterrechte sei der Beigeladene zu 1) nicht weisungsgebunden gewesen, vielmehr im eigenen wirtschaftlichen Interesse unternehmerisch tätig.

Die Beigeladene zu 3) hat vorgetragen, die Trennung von Gesellschaftern und Prokurist sei gewollt gewesen. Auch wenn man unterstelle, dass der Beigeladene zu 1) die Anteile seiner Ehefrau quasi in einem Treuhandverhältnis verwaltet habe, handle es sich dabei um ein reines Innenverhältnis, dem keine Bedeutung zukomme. Auch habe er nicht als faktischer Alleininhaber einer Familien-GmbH handeln können, da sich nur 50 % im Besitz seiner Frau befanden. Dem hat sich der Beigeladene zu 1) angeschlossen.

In der mündlichen Verhandlung am 22.01.2006 sind der Beigeladene zu 1) und der Geschäftsführer der Klägerin persönlich gehört worden. Auf den Inhalt des Protokolls wird insoweit Bezug genommen.

Die Prozessbevollmächtigte der Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 24.02.2005 aufzuheben und den Bescheid der Beklagten vom 19.12.2003 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15.04.2004 hinsichtlich der den Beigeladenen zu 1) betreffenden Sozialversicherungsbeiträge aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 24.02.2005 zurückzuweisen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Beklagtenakten, der Akten des Sozialgerichts Regensburg sowie der Berufungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig und begründet. Das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 24.02.2005 kann ebenso wenig Bestand haben wie der Bescheid der Beklagten vom 19.12.2003 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15.04.2004, soweit die Beitragsnachforderung über 911,87 EUR hinausgeht. In dieser Höhe betrifft die Beitragsforderung K. A ... Der Hauptteil der Forderung ist rechtswidrig, weil der Beigeladene zu 1) nicht versicherungspflichtig war.

Die von der Beklagten gemäß [§ 28p SGB IV](#) festzustellende Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung knüpft an die "entgeltliche Beschäftigung" an ([§ 5 Abs.1 Ziffer 1 SGB V](#), [§ 20 Abs.1 Ziffer 1 SGB XI](#), [§ 1 Abs.1 SGB VI](#), [§ 25 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung im strittigen Zeitraum ist [§ 7 Abs.1 SGB IV](#) in seiner ab 01.01.1999 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Danach ist Arbeitnehmer, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist (vgl. BSG SozR 2100 § 7 Nr.7 m.w.N.). Die persönliche Abhängigkeit stellt das wesentliche, das charakteristische Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses dar. Persönliche Abhängigkeit bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Dabei kann das Weisungsrecht allerdings besonders bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein (vgl. BSG SozR 2100 § 7 Nr.7 m.w.N.). Es darf aber nicht vollständig entfallen. Kennzeichen für eine selbständige Tätigkeit ist demgegenüber das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und -zeit zu verfügen (vgl. BSG, Urteile vom 27.07.1989 - [11/7 RAR 71/87](#)). In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (vgl. BSG, a.a.O.). Dies gilt insbesondere, wenn Angehörige von Gesellschaftern für die Gesellschaft tätig werden (BSG, Urteil vom 30.01.1990, [SozR 3-2400 § 7 Nr.1](#)). Der Beigeladene zu 1), der weder Gesellschafter noch Geschäftsführer der Klägerin war, bezog als Prokurist ein festes Gehalt, unterlag einem Konkurrenzverbot und hatte mit seiner ganzen Arbeitskraft den Dienstvertrag zu erfüllen und den Zeitpunkt seines Urlaubs so einzurichten, dass den Bedürfnissen der Geschäftsführung Rechnung getragen wurde. Diese Umstände sprechen dafür, ihn als abhängig Beschäftigten zu betrachten.

Die Tätigkeit für ein Unternehmen wie eine GmbH kann aber nicht nur im Rahmen einer Beschäftigung, sondern auch auf Grund eines selbständigen Dienstverhältnisses erfolgen (BSG, Urteil vom 30.01.1990 a.a.O.). Ist insbesondere ein Weisungsrecht nicht vorhanden oder wird von ihm tatsächlich keinerlei Gebrauch gemacht, kann der Betreffende seine Tätigkeit also im Wesentlichen frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und -zeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebs ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG, Urteil vom 11.02.1993 in Die Beiträge 1993, 521 ff. m.w.N.). Der Umkehrschluss, dass mangels eines durch die Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft regelmäßig ein Abhängigkeitsverhältnis des Gesellschaftergeschäftsführers anzunehmen ist, ist von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht gebilligt worden ([BSGE 13, 196, 200](#)). Denn auch wenn der geschäftsführende Gesellschafter über keine Mehrheit am Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfügt, kann eine abhängige Beschäftigung weiter dann ausgeschlossen sein, wenn es ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestattet, nicht genehme Weisungen der genannten Art zu verhindern (vgl. BSG SozR 2100 § 7 Nr.7; [SozR 3-2400 § 7 Nr.4](#)). Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn zwar nicht er selbst, jedoch seine Familie über die Kapitalmehrheit verfügt, und ihm von den übrigen Familienmitgliedern freie Hand gelassen wird (BSG, Urteil vom 30.06.1999 in [SozR 3-2200 § 723 Nr.4](#)). Diese Grundsätze müssen ebenso für Angestellte der GmbH gelten, die - wirtschaftlich gesehen -, ihre Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern für ein eigenes Unternehmen ausüben. Der Beigeladene zu 1) war zwar formal nur Prokurist der Klägerin, tatsächlich aber weisungsfrei tätig.

Wesentlich erscheint, dass der Beigeladene zu 1) unmittelbar vor seiner Bestellung zum Prokuristen mit dem Geschäftsführer der Beklagten lange Jahre gemeinschaftlich eine GmbH mit demselben Geschäftsgegenstand geführt hat, an der sie beide zu je 50 % beteiligt waren. Gleichmäßig beteiligte Gesellschafter- Geschäftsführer sind nicht nur die alleinigen Geschäftsführer, sondern zugleich die alleinigen Gesellschafter der GmbH, so dass ihnen in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer dieselben Personen als Gesellschafter gegenüberstehen und daher ein - für ein Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnis typischer - Interessengegensatz kaum denkbar erscheint. Eine solche Identität legt vielmehr den Schluss nahe, dass die Geschäftsführer im "eigenen" Unternehmen tätig und damit im Sinn der Sozialversicherung Selbständige sind (BSG, Urteil vom 24.06.1982 - [12 RK 45/80](#), Menthe in Die Angestelltenversicherung 2005, S.129, Bayer.LSG, Urteil vom 18.10.2005, [L 5 KR 213/04](#)). An diesem gleichberechtigten Miteinander hat sich zur Überzeugung des Senats ab 01.02.2000 keine tatsächliche Änderung ergeben.

Die Firmengeschichte, Gründergesellschafter und Anstellungsvertrag sprechen dafür, dass der Beigeladene zu 1) über seine zu 50 % an der Gesellschaft beteiligte Ehefrau maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft genommen hat. Von Anfang an wurde geltend gemacht, die Gründung der Gesellschaft mit dem Vater bzw. der Ehefrau als Gesellschafter sei gewählt worden, weil für die frühere GmbH ein Insolvenzverfahren lief. Gemäß [§ 35](#) Gewerbeordnung war es für den Geschäftsführer dieser insolventen GmbH, den Beigeladenen zu 1), ausgeschlossen, ein neues Gewerbe auszuüben. Die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), die über keinerlei Branchenkenntnisse verfügte, wurde nur formal als Gesellschafterin benannt, tatsächlich hielt ihr mittels gesetzlichen Güterstands verbundener Ehemann die Gesellschaftsanteile von 50 % und übte die entsprechenden Rechte aus. Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 3) hat dieses Innenverhältnis durchaus Auswirkungen auf den sozialversicherungsrechtlichen Status. Je nach Gestaltung des Treuhandvertrags kann der mittelbare Gesellschafter tatsächlich der wirtschaftlich maßgebende Hintermann sein. Jedenfalls hat das Bundessozialgericht im Zusammenhang mit der Auslegung eines Treuhandvertrages, worin die Ausübung des Stimmrechts dem Treugeber persönlich vorbehalten war, es für gerechtfertigt gehalten, die Gesellschafterstellung nicht nach rein formal-rechtlichen Kriterien zu bestimmen (BSG, Urteil vom 08.12.1994 in [SozR 3-4100 § 168 Nr.18](#)). Dies muss auch dann gelten, wenn die Ausübung von Gesellschafterrechten überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahmen geprägt wird und es wie hier an der Ausübung des Direktionsrechts durch die formalen Gesellschafter völlig mangelt.

Dass der Beigeladene zu 1) maßgeblichen Einfluss auf die neue GmbH bekommen hat, wird auch daraus deutlich, dass Angestellten- und Geschäftsführervertrag weitgehend wortgleich sind. Soweit die Höhe der Vergütung abweicht, wurde dies durch die tatsächlichen Verhältnisse überholt. Im Jahr 2000 haben beide monatlich 4.000,00 DM erhalten, 2001 der Beigeladene zu 1) 5.000,00 DM monatlich, wohingegen der Geschäftsführer der Klägerin lediglich 4.000,00 DM monatlich plus eine Einmalzahlung von 10.838,00 DM erhalten hat. Beide haben also in etwa dieselben Bezüge erhalten, beide hatten Anspruch auf eine gewinnabhängige Tantieme und beide waren in der Gestaltung der Arbeitszeit frei. Hingegen fehlt die arbeitnehmertypische Gewährung von Weihnachts- oder Urlaubsgeld. Hinzukommt, dass die Bestellung eines Prokuristen für ein Kleinunternehmen untypisch ist. Schließlich hat die Familie des Beigeladenen zu 1) für die GmbH ein Darlehen in Höhe von 70.000,00 DM geleistet. Damit wird über die Haftung mit der Stammeinlage hinaus ein doch beträchtliches Unternehmerrisiko deutlich.

Zwar hat der Beigeladene zu 1) sich an einzelne Umstände seiner Tätigkeit im strittigen Zeitraum nicht erinnern können. Der detaillierte Vortrag des ehemaligen Mitgeschafters wirkte jedoch auch vor dem Hintergrund der dargelegten Umstände und Beweisangebote weit glaubwürdiger. Schließlich hat der Beigeladene zu 1) eingeräumt, dass sich das Verhältnis zum Geschäftsführer der Klägerin vor und nach dem 01.02.2000 nicht wesentlich verändert hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 154 Abs.1 VwGO](#).

Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2006-04-12