L 5 KR 204/08

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Landshut (FSB)
Aktenzeichen
S 4 KR 188/06
Datum
11.04.2008
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 5 KR 204/08
Datum
22.02.2011
3. Instanz
-

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Tätigkeiten eines Betriebswirts, der selbst nicht Handwerksmeister ist, können in einem dem Meisterzwang der Handwerksordnung unterliegenden Betrieb nur in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden, nicht aber in selbständiger Tätigkeit.

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 11. April 2008 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger bei seinem Bruder - dem Beigeladenen zu 1) - in dessen Malerbetrieb ab 01.04.1998 beschäftigt ist.

1.

Der Beigeladene zu 1) ist Malermeister und Inhaber des aus dem väterlichen Malerbetrieb hervorgegangenen in der Handwerksrolle eingetragenen Handwerksbetriebs "Malerbetrieb A." in A-Stadt/Niederbayern mit der Internetpräsenz www.malerdeinboeck.de. Im dortigen Impressum ist angegeben: "Inhaber: A., Rechtsform Einzelunternehmen, Handwerkskammer: Niederbayern / Oberpfalz, Berufsbezeichnung: Malermeister, staatlich geprüfter Farben- und Lacktechniker / Deutschland".

Der 1969 geborene Kläger ist der Bruder des Beigeladenen zu 1). Der Kläger absolvierte eine Banklehre und erwarb anschließend an der Fachhochschule L. gem. Urkunde vom 28.04.1997 die Qualifikation zum Diplom-Betriebswirt (FH). In diesem Beruf wurde er vom Beigeladenen zu 1), dem weiterhin der technisch-handwerkliche operative Betriebsbereich verblieb, mit Arbeitsvertrag vom 30.03.1998 ab 01.04.1998 angestellt gegen ein monatliches Entgelt von DM 6.150,00 brutto, das nach drei Monaten Einarbeitungszeit auf DM 6.300,00 brutto zuzüglich Weihnachtsszulage erhöht wurde. Der Arbeitsvertrag beinhaltete u.a. einen Anspruch auf tariflichen Urlaub sowie bei Verhinderung die Pflicht zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Das Arbeitsentgelt wurde in der Folgezeit der Lohnsteuerpflicht unterworfen, sozialversicherungsrechtlich verbeitragt und vom Beigeladenen zu 1) als Betriebsausgabe behandelt.

Am 12.11.2003 kündigte der Beigeladene zu 1) dem Kläger zum 15.12.2003. Dieser beantragte nach am selben Tag bei der Beigeladenen zu 3) Arbeitslosengeld. Am gleichen Tag bestätigte der Beigeladene zu 1) mit der Arbeitsbescheinigung nach [§ 312 SGB III](#) die Beschäftigung seit 01.04.1998 (gegen ein Arbeitsentgelt von zuletzt EUR 3.361,42 zzgl. Weihnachtsgeld), ebenso mit dem Feststellungsbogen zur Versicherungspflicht nach [§ 24 ff SGB III](#). Zum Arbeitslosengeld-Zahlung kam es wegen einer Abmeldung aus dem Leistungsbezug durch Veränderungsmittelteilung sowie Telefaxerklärung jeweils vom 03.12.2003 nicht.

Mit Schreiben vom 03.08.2005 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Feststellung, dass er als personalverantwortlicher und wirtschaftlicher Leiter des Familienunternehmens Malerei A. nicht abhängig beschäftigt sei. Er sei selbständig für die Bereiche Personal, Büro- und Betriebswirtschaft tätig, habe Bankvollmacht und zwei Darlehen über insgesamt 10.000,00 Euro erteilt. Sein Bruder - der Beigeladene zu 1) - erteile ihm für diese Bereiche keine Weisungen. Diesem sei vielmehr eigenverantwortlich der handwerklich/technische

Bereich zugewiesen. Mit Bescheid vom 16.02.2006/Widerspruchsbescheid vom 22.06.2006 stellte die Beklagte in Abweisung des Antragsbegehrens fest, dass der Kläger versicherungspflichtig beschäftigt sei. Dies ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag, dem Arbeitsentgelt, der Entgelt-Überweisung auf ein privates Konto, der Regelung zur Arbeitsunfähigkeit. Der Kläger sei in keiner Weise am Betrieb seines Bruders beteiligt. Die Darlehen seien nicht erheblich. Das Entgelt sei versteuert, verbeitragt und betriebsverausgabt worden. Entsprechende Meldungen habe der Beigeladene abgegeben. Der Argumentation des Klägers, er sei für den betriebswirtschaftlichen Bereich ausschließlich verantwortlich, während sein Bruder den handwerklich-technischen Bereich abdecke und deshalb keine abhängige Beschäftigung bestehe, folgte die Beklagte nicht.

2.

Die dagegen zum Sozialgericht Landshut erhobene Klage hat das Sozialgericht mit Urteil vom 11.04.2008 abgewiesen. Der Kläger sei am Firmenvermögen nicht beteiligt ebenso wenig wie am Unternehmensgewinn. Er habe keine Haftung zu übernehmen für entstehende Verluste. Die Darlehen seien wegen der Summe von zusammen 10.000,00 Euro nicht beurteilungsrelevant. Der Arbeitsvertrag entspreche einem typischen Arbeitsverhältnis ebenso wie die betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung im November 2003. Der Kläger sei als Leitender Angestellter mit Vertrauensarbeitszeit tätig, nicht aber Betriebsinhaber. Dieser sei wegen der rechtlichen Entscheidungsbefugnis der Beigeladenen zu 1).

3.

Dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt und erneut vorgetragen, dass er selbstverantwortlich über den betriebswirtschaftlichen Bereich entscheide und nicht abhängig weisungsgebunden tätig sei.

Mit Schriftsatz vom 02.06.2010 hat der Kläger ergänzt, die Beklagte habe mit neuem Bescheid vom 28.01.2010/Widerspruchsbescheid vom 29.04.2010, welche dem Schriftsatz als Anlage beigefügt waren, zu Unrecht festgestellt, dass der Kläger trotz eines neuen Arbeitsvertrages vom 17.11.2008 mit Wirkung ab 01.12.2008 der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliege. Denn das Arbeitsverhältnis habe sich durch den neuen Vertrag relevant geändert, so dass die neue Entscheidung inhaltlich unzutreffend sei. In der mündlichen Verhandlung haben die Beklagte und die Beigeladene zu 4) keine Einwände gegen die Einbeziehung dieser Entscheidung in das vorliegende Verfahren geltend gemacht.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 11.04.2008 sowie den Bescheid der Beklagten vom 16.02.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.06.2006 und den Bescheid vom 28.01.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.04.2010 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger ab 01.04.1998 nicht versicherungspflichtig Beschäftigter des Beigeladenen zu 1) ist, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 4) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die übrigen Beigeladenen haben keinen formellen Antrag gestellt.

Beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren die Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 3). Darauf sowie auf die Gerichtsakten beider Instanzen wird zur Ergänzung des Tatbestandes Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG), aber unbegründet.

Streitgegenstand sind der Bescheid vom 16.02.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.06.2006 und gemäß [§ 96 Abs 1 SGG](#) der Bescheid vom 28.01.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.04.2010, mit denen eine versicherungspflichtige Beschäftigung des Klägers nach [§ 7 SGB IV](#) beim Beigeladenen zu 1) festgestellt wurde. Diese Entscheidungen der Beklagten als zuständige Einzugsstelle ([§§ 28a ff](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch - SGB IV) sind zu Recht ergangen, wie das Sozialgericht Landshut im angefochtenen Urteil vom 11.04.2008 zutreffend entschieden hat.

1.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung; [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch - Soziale Pflegeversicherung; [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung; [§ 25 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach ständiger Rechtsprechung setzt eine Beschäftigung voraus, 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 Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige

Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - Rnrn. 20, 21 - zitiert nach JURIS).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG Urteile vom 08.08. 1990, [11 RAR 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) S. 14 und vom 08.12.1994, [11 RAR 49/94](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#) S. 45). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG Urteile vom 01.12.1977, [12/3/12 RK 39/74](#), [BSGE 45, 199](#), 200 ff = [SozR 2200 § 1227 Nr. 8](#); vom 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) S. 31 f; vom 10.08.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87, 53](#), 56 = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 15](#) S 46, jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung, BSG Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - Rnr. 22 - zitiert nach JURIS; Urteil vom 28.05.2008, Az: [B 12 KR 13/07 R](#) Rnr. 17- zitiert nach [sozialgerichtsbarkeit.de](#); Landessozialgericht Essen Urteil vom 10.06.2009 - Az.: [L 16 R 53/08](#) Rnr. 33 - zitiert nach [sozialgerichtsbarkeit.de](#)).

2.

In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass der Kläger im Betrieb seines Bruders, des Beigeladenen zu 1), tätig ist. Dieser ist alleiniger Betriebsinhaber, der Kläger ist am Malereibetrieb A. nicht beteiligt. Der Tätigkeitsbereich des Beigeladenen zu 1) ist der handwerklich-technische Bereich, also das operative Geschäft seines Malermeisterunternehmens, während dem Kläger arbeitsvertraglich der Verwaltungs-, Büro- Kaufmanns-, Personal- und Finanzbereich zugewiesen ist. Für die Arbeit in diesem Bereich hat der Beigeladene zu 1) als Arbeitgeber durch den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 30.03.1998 dem Kläger ein monatlich gleichbleibendes, vom Unternehmensumsatz oder -gewinn unabhängiges Arbeitsentgelt gewährt. Der Kläger hatte Anspruch auf tariflichen Urlaub zu, er hatte zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorzulegen. Diese Kriterien entsprechen der typischen Arbeitnehmertätigkeit ebenso wie die schriftliche betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung vom 12.11.2003 und die der Beigeladenen zu 3) vorgelegte Arbeitsbescheinigung nach [§ 312 SGB III](#) zur Beschäftigung seit 01.04.1998 (gegen ein Arbeitsentgelt von zuletzt EUR 3.361,42 zzgl. Weihnachtsgeld) sowie der Feststellungsbogen zur Versicherungspflicht nach [§ 24](#) ff SGB III - beide vom 12.11.2003. An diesem Vertrag haben der Kläger und sein Arbeitgeber mangels anderer Anhaltspunkte auch nach der zunächst ausgesprochenen Kündigung zum 15.12.2003, die aber entsprechend Abmeldung aus dem Leistungsbezug durch Veränderungsmittel sowie Telefaxerklärung vom 03.12.2003 nicht vollzogen wurde, auch nach diesem Zeitpunkt festgehalten. Demgegenüber treten die Gesichtspunkte, die gegen eine Beschäftigung sprechen, wie insbesondere die Darlehensvergabe über insgesamt EUR 10.000, die weitgehende Weisungsfreiheit des Klägers im betriebswirtschaftlichen Bereich und die praktizierten Entscheidungsbefugnisse des Klägers, wertungsmäßig in den Hintergrund.

3.

An dieser Wertung ergibt sich im Ergebnis nichts anderes auch nach dem Vertrag vom 17.11.2008, der ausdrücklich in den Änderungen nur die bis dahin gelebten Verhältnisse dokumentiert hat, trotz der geänderten Vergütungsweise und der niedergelegten weitreichenden Weisungsfreiheit des Klägers. Denn nach wie vor ist der Beigeladene zu 1) Betriebsinhaber, der Kläger ist nicht direkt am Verlust des Unternehmens beteiligt; er trägt auch nach dem Vertrag vom 17.12.2008 nicht das unmittelbare Verlustrisiko, also das wesentliche Unternehmensrisiko.

Die vom Kläger und dem Beigeladenen zu 1) praktizierte Tätigkeitsbeziehung ist in ihrer rechtlichen Zulässigkeit nämlich maßgeblich vom Meisterzwang in [§ 1 Abs 1](#) Handwerksordnung (HandwO) geprägt. Ein Einzelunternehmen wie das des Beigeladenen zu 1) darf nach Nr. 10 des Verzeichnisses Anlage A zu [§ 1 Abs. 2 HandwO](#) nur von einem Malermeister betrieben werden. Zu diesem Personenkreis zählt der Kläger nicht. Dem entspricht die Eintragung nicht des Klägers sondern des Beigeladenen zu 1) in der Rolle der Handwerkskammer Niederbayern/Oberpfalz ebenso wie die aktuelle Internetpräsenz der Malerei A., die darauf Bezug nimmt und allein den Beigeladenen zu 1) als Betriebsinhaber ausweist.

Damit ist zugleich rechtlich zwingend die unternehmerische Entscheidungsbefugnis ausschließlich dem Beigeladenen zu 1) zugewiesen. Diese gesetzlich zwingende alleinige unternehmerische Entscheidungsbefugnis hat zur Folge, dass nur der Beigeladene zu 1) die maßgeblichen Entscheidungen insbesondere zu Auftragsannahme und -ausführung, Auftragsablehnung sowie zur Akquise von Aufträgen treffen darf. Damit stehen und fallen die ausschlaggebenden Unternehmensvorgaben mit den Entscheidungen des Beigeladenen zu 1). In der Folge hat der vom Kläger abgedeckte Verwaltungs-, Büro- Kaufmanns-, Personal- und Finanzbereich nur unterstützende Ausrichtung. Denn seine Tätigkeit richtet sich maßgeblich an fremdbestimmten Entscheidungen aus, sie ist an verbindliche Vorgaben außerhalb seines Entscheidungsbereiches gebunden. Z.B. hat die Annahme eines Großauftrages mit bestimmten Werksbedingungen und malereitechnischen Spezifikationen unmittelbare Auswirkung auf die zu beschäftigende Personalzahl, den zeitlichen und örtlichen Einsatz der Beschäftigten, Art der Materialien, Farben, Lacke, Werkzeuge oder anderweitiger Hilfsmittel wie z.B. Leitern und Gerüste, deren qualifizierte Bezugsquellen und eventuell sogar auf den Einsatz von Subunternehmern sowie die Annahme und Ablehnung weiterer Aufträge. Ist also die rechtlich zugewiesene unternehmerische Entscheidungsgewalt beim Beigeladenen zu 1) als Betriebsinhaber, verbleibt dem betriebswirtschaftlichen Bereich, der auch nach dem Arbeitsvertrag vom 17.11.2008 dem Kläger zugeteilt ist, nur dienende Funktion. In dieser Stellung entspricht daher die Tätigkeit des Klägers nach dem Inhalt der Beklagtenakten sowie dem eigenen Vorbringen in beiden gerichtlichen Instanzen derjenigen eines leitenden Angestellten i.S.d. [§§ 14, 17 KSchG](#),

[§ 22 II Nr. 2 ArbGG](#), [§ 5 III, IV BetrVG](#), § 18 I Nr. 1 ArbzG. Der Kläger ist damit trotz weitreichender Eigenständigkeit in der Ausgestaltung der ihm zugewiesenen Arbeit den abhängig Beschäftigten zuzurechnen.

Damit bleibt die Berufung vollumfänglich ohne Erfolg.

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

Gründe zur Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich, [§ 160 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2011-06-29