B 12 BA 4/22 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Betriebsprüfungen
1. Instanz
SG Lüneburg (NSB)
Aktenzeichen
S 38 R 63/17
Datum
31.05.2018
2. Instanz
LSG Niedersachsen-Bremen
Aktenzeichen
L 1 BA 54/18
Datum
18.03.2022
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 BA 4/22 R
Datum
20.07.2023
Kategorie
Urteil

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts NiedersachsenBremen vom 18. März 2022 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Revisionsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten des Beigeladenen.

Der Streitwert wird auf 5000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

I

1
Die Beteiligten streiten um die Versicherungspflicht des Beigeladenen in der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) und nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit für die Rechtsvorgängerin der Klägerin in der Zeit vom 15.4.2015 bis zum 30.4.2017.

2
Der Beigeladene gründete mit notariellem Gesellschaftsvertrag vom 1.10.2014 unter dem Firmennamen "E UG (haftungsbeschränkt)" eine Unternehmergesellschaft nach § 5a GmbHG (im Folgenden: UG) und bestellte sich zum alleinigen Geschäftsführer. Gegenstand des Unternehmens waren das Vertreiben und Bewerben von Konsumgütern, speziell aus den Bereichen Fotografie und Sport, die Vermarktung eines patentierten FußballTrainingsplatzes, eine FullService Werbeagentur sowie das Erstellen von Vermarktungs- und Kommunikationskonzepten. Die UG beschäftigte seit ihrer Gründung die Ehefrau des Beigeladenen sowie ab November 2015 einen weiteren Mitarbeiter jeweils geringfügig. Unternehmensgegenstand der Rechtsvorgängerin der Klägerin, die zusammen mit ihrer Schwestergesellschaft (S GmbH) später zur klagenden GmbH verschmolz (im Folgenden einheitlich: Klägerin), war die Produktion, das Marketing und der Vertrieb von Fotoprodukten.

3
Die Klägerin und die UG schlossen am 15.4.2015 einen zunächst bis zum 14.10.2015 befristeten "Vertrag über eine freie Mitarbeit". Die UG verpflichtete sich als Auftragnehmerin, die Klägerin als Auftraggeberin bei der Optimierung vertrieblicher Strukturen und im Vertrieb der Produkte sowie die Schwestergesellschaft zu unterstützen (Ziffer 1 des Vertrags). Die UG übernahm als Leistungen in eigener Verantwortung ua die Analyse der IstSituation, die Strategie und Planung des Vertriebs, des Marketings und der Margenverteilung sowie Händlerbesuche im In und Ausland und die Schulung der Vertriebsmitarbeiter; Ziel der Aktivitäten war die Umsatzerhöhung bei reduzierten Aufwendungen durch regelmäßige zielgerichtete Kundenpflege (Ziffer 2 des Vertrags). Vereinbart waren durchschnittlich drei volle Beratertage pro Woche bei einem pauschalen Tagessatz von 500 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer sowie die Erstattung angemessener Reisekosten bei vereinbarten Auslandseinsätzen und Kosten der Unterbringung während der Beratungstätigkeit am Sitz der Klägerin (Ziffer 5 bis 7 des Vertrags). Durch weiteren Vertrag vom 1.8.2015 über die "Verlängerung des Vertrags über eine freie Mitarbeit" bis zum 14.4.2016 vereinbarten die Vertragsparteien durchschnittlich vier volle Beratertage pro Woche sowie einen pauschalen Wohngeldzuschuss in Höhe von 300 Euro monatlich. Dieses Vertragsverhältnis wurde ohne erneute schriftliche Vereinbarung bis zum 30.4.2017 fortgeführt.

4
Der Beigeladene führte die zwischen der Klägerin und der UG vereinbarten Tätigkeiten persönlich aus. Er pflegte bestehende und sorgte für neue Kontakte zu Händlern, betreute Messen auch im Ausland , warb Aufträge ein und schulte Mitarbeiter. Er stand im ständigen Dialog mit dem Geschäftsführer der Klägerin, der die Tätigkeit kontrollierte, indem er gemeinsam mit dem Beigeladenen dessen Berichte durcharbeitete und die vorgeschlagenen Maßnahmen auf Plausibilität und Wirtschaftlichkeit prüfte. Die Besprechungen fanden in der Regel

in der Betriebsstätte der Klägerin statt. Dort stand dem Beigeladenen ein Schreibtisch zur Verfügung. Er nutzte seinen eigenen Laptop. Gegenüber Händlern und Kunden nutzte er eine EMailAdresse der Klägerin sowie deren Firmenserver. Seine Anwesenheitstage teilte er der Klägerin jeweils am Monatsanfang mit.

5
Auf die Statusfeststellungsanträge der UG sowie der Klägerin stellte die Beklagte die Versicherungspflicht des Beigeladenen in der GRV und nach dem Recht der Arbeitsförderung ab dem 15.4.2015 wegen Beschäftigung bei der Klägerin fest (Bescheide vom 5.10.2016; Widerspruchsbescheide vom 17.1.2017). Zum 1.5.2017 schloss die Klägerin mit dem Beigeladenen einen Arbeitsvertrag vom selben Tag.

6
Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 31.5.2018). Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen. Der Beigeladene habe vom 15.4.2015 bis zum 30.4.2017 in einem die Versicherungspflicht in der GRV und nach dem Recht der Arbeitsförderung begründenden Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin gestanden. Zwar ergebe sich ein Beschäftigungsverhältnis nicht aus einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung, weil der Beigeladene als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der UG nicht deren Arbeitnehmer gewesen sei. Die Vereinbarung zwischen den beiden juristischen Personen des Privatrechts verbiete aber nicht, die Beziehung zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen statusrechtlich zu prüfen. Ansonsten bestünde die Gefahr einer Umgehung der Sozialversicherungspflicht. Diese Sichtweise führe aufgrund des Zusammentreffens mehrerer Funktionen in der Person des Beigeladenen (Gesellschafter-Geschäftsführer der UG und zugleich von dieser eingesetzter Dienstleister) nicht zu einer "Verschmelzung" von natürlicher und juristischer Person. Die Merkmale einer Beschäftigung überwögen gegenüber den Merkmalen einer selbstständigen Tätigkeit. Der Beigeladene sei bei Ausübung seiner Tätigkeit für die Klägerin in deren Betriebsablauf planmäßig eingebunden und mithin in einer fremden Arbeitsorganisation tätig gewesen. Er habe kein für Selbstständigkeit sprechendes Unternehmerrisiko getragen (Urteil vom 18.3.2022).

7
Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 7 Abs 1 SGB IV. Wenn der Geschäftsführer einer UG bei der Erfüllung von deren vertraglichen Beziehungen als Beschäftigter der Auftraggeberin angesehen werde, werde die vom Privatrecht vorgegebene Trennung zwischen juristischer Person und der als Organ handelnden natürlichen Person durchbrochen. Eine solche Bewertung sei nur ausnahmsweise auf gesetzlicher Grundlage oder bei institutionellem Rechtsmissbrauch zulässig. Die UG sei aber unabhängig von der Tätigkeit für die Klägerin lange vor Abschluss der Verträge mit dieser und nicht zur Umgehung der Sozialversicherungspflicht gegründet worden. Der Beigeladene sei auch nicht in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen und habe nicht dem Weisungsrecht der Klägerin unterstanden. Seine Arbeitssituation sei beispielsweise nicht mit dem Einsatz eines Notarztes im Rettungsdienst vergleichbar. Vielmehr habe er die Tätigkeit ohne erheblichen Betriebsmitteleinsatz der Klägerin im Wesentlichen mit eigenen Arbeitsmitteln, wie Laptop und Mobiltelefon, und vor allem mit seinem Know-how und eigenen Erfahrungen ausgeführt.

8
Die Klägerin beantragt,

die Urteile des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 18. März 2022 und des Sozialgerichts Lüneburg vom 31. Mai 2018 sowie den Bescheid der Beklagten vom 5. Oktober 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Januar 2017 aufzuheben, und

festzustellen, dass der Beigeladene in seiner Tätigkeit für die Rechtsvorgängerin der Klägerin vom 15. April 2015 bis zum 30. April 2017 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

9
Die Beklagte beantragt,
die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

10
Die Beklagte teilt die Auffassung des LSG. Darüber hinaus sei die UG rechtsmissbräuchlich als Auftragnehmerin aufgetreten. Die geschuldeten Dienstleistungen hätten nur durch eine natürliche Person den Beigeladenen erfüllt werden können. Die UG sei daher als Vertragspartnerin nur eine Hülle gewesen.

11
Der Beigeladene stellt keine Anträge.

II

12
Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Das LSG hat zu Recht die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des SG vom 31.5.2018 zurückgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 5.10.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17.1.2017 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Der Beigeladene unterlag in seiner Tätigkeit für die Klägerin in der Zeit vom 15.4.2015 bis zum 30.4.2017 der Versicherungspflicht in der GRV und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

13
Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der GRV (§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI idF des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung vom 24.4.2006, BGBl I 926) und nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB III). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung ist § 7 Abs 1 SGB IV (idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009, BGBl I 3710). Danach ist Beschäftigung die nicht-selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin 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 der Arbeitgeberin unterliegt. Diese

Weisungsgebundenheit kann vornehmlich bei Diensten höherer Art eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmensrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr; vgl zB BSG Urteil vom 13.12.2022 B 12 KR 16/20 R zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR, juris RdNr 14 mwN).

14
Bei dieser Beurteilung ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung schließt es allerdings aus, dass die Beteiligten selbst über die rechtliche Einordnung einer Person als selbstständig oder beschäftigt entscheiden. Über zwingende Normen der Sozialversicherung kann nicht im Wege der Privatautonomie verfügt werden. Deshalb kommt es entscheidend auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung der vertraglichen Beziehungen an (vgl zB BSG Urteil vom 28.6.2022 B 12 R 3/20 R SozR 42400 § 7 Nr 65 RdNr 12 mwN).

15
Ein Vertrag ist hier nicht zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen, sondern allein zwischen der Klägerin und der UG geschlossen worden (hierzu 1.). Sozialversicherungsrechtlich ist eine Beschäftigung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Ein-Personen-UG für einen Dritten aber nicht deshalb ausgeschlossen, weil ausdrückliche vertragliche Beziehungen nur zwischen der UG und dem Dritten bestehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dieser Vertrag wie hier nicht auf eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist (hierzu 2.). Ob zudem eine unerlaubte und damit unwirksame Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen ist, die nach § 10 Abs 1 Satz 1 iVm § 9 (Abs 1) Nr 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG; idF des Ersten Gesetzes zur Änderung des AÜG Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011, BGBl I 642, sowie ab 1.4.2017 idF des Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 21.2.2017, BGBl I 258) zu einem fingierten Arbeitsverhältnis zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin führen würde, kann offenbleiben (hierzu 3.). Denn soweit keine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, kann nach der im Sozialversicherungsrecht herrschenden Eingliederungstheorie und vergleichbar dem Rechtsinstitut des im Falle unwirksamer Arbeitnehmerüberlassung fingierten Arbeitsverhältnisses schon die tatsächliche Erbringung einer Tätigkeit ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und der zur persönlichen Ausführung des Auftrags überlassenen Person begründen (hierzu 4.). Die grundsätzliche Trennung zwischen juristischen Personen und ihren Organen als natürliche Personen wird dadurch nicht missachtet (hierzu 5.). Dass die UG neben ihren vertraglichen Beziehungen zur Klägerin weitere geschäftliche Tätigkeiten entfaltete und der Beigeladene daher als Geschäftsführer der UG gegebenenfalls weitere Tätigkeiten für die UG als Selbstständiger erbrachte, steht dem nicht entgegen. Die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit schließt eine daneben im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses wahrgenommene Tätigkeit nicht aus.

16
1. Der Beigeladene hat in seiner Funktion als Geschäftsführer der UG ausdrücklich in deren Namen einen Vertrag mit der Klägerin geschlossen. Berechtigte und Verpflichtete des Vertrags war daher ausschließlich die UG, nicht der Beigeladene persönlich (§ 164 Abs 1 BGB idF der Bekanntmachung vom 2.1.2002, BGBl I 42). Da im Vertrag ausdrücklich nur die UG als Vertragspartnerin benannt ist, scheidet wegen des erkennbar ausschließlichen Vertretungswillens ein Handeln im eigenen Namen (vgl § 164 Abs 2 BGB idF der Bekanntmachung vom 2.1.2002, aaO) aus. Eine vertragliche Bindung ist auch nicht konkludent durch die persönliche Tätigkeitsaufnahme des Beigeladenen bei der Klägerin zustande gekommen. Denn nach den vertraglichen Regelungen diente die Tätigkeit des Beigeladenen der Erfüllung des Vertrags über eine "freie Mitarbeit" mit der UG. Ein eigener Rechtsbindungswille des Beigeladenen lag seiner Tätigkeit nicht zugrunde.

17
2. Es liegt kein Fall einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung vor, in dem die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers zwar unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation und Bindung an das Weisungsregime des Entleihers ausgeübt (vgl § 1 Abs 1 Satz 2 AÜG idF des Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 21.2.2017, aaO), aber kein Beschäftigungsverhältnis zu dem Entleiher begründet wird. Der Vertrag zwischen der Klägerin und der UG war bereits nicht ausdrücklich auf eine (erlaubte) Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs 1 Satz 1 AÜG idF durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011, aaO, sowie ab 1.4.2017 idF des Gesetzes vom 21.2.2017, aaO; seitdem ist das Erfordernis einer ausdrücklichen Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs 1 Satz 5 AÜG geregelt) gerichtet. Die UG verfügte auch weder über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung noch über hinreichend qualifizierte Arbeitnehmer, welche die von der UG übernommene Tätigkeit bei der Klägerin hätten erbringen können. Bei dem Beigeladenen als alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführer der UG handelt es sich nicht um deren Arbeitnehmer. Die Hauptvertragspflicht der UG war daher nicht auf die Auswahl geeigneter Arbeitskräfte gerichtet (vgl hierzu BAG Urteil vom 5.7.2022 9 AZR 323/21 juris RdNr 17).

18
3. Demgegenüber führt eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 Nr 1 AÜG, seit dem 1.4.2017 § 9 Abs 1 Nr 1 AÜG, regelmäßig zur Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Verträge. In diesen Fällen fingiert § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Die Anwendbarkeit des AÜG setzt jedoch voraus, dass es sich bei der an den Entleiher überlassenen Person um einen Arbeitnehmer des Verleihers iS von § 1 Abs 1 Satz 1 AÜG handelt (vgl BAG Urteil vom 17.1.2017 9 AZR 76/16 BAGE 158, 6 = juris RdNr 21, 22; BAG Urteil vom 9.11.1994 7 AZR 217/94 BAGE 78, 252 = juris RdNr 15; seit 1.4.2017 vgl auch § 1 Abs 1 Satz 3 AÜG). Allerdings lässt sich nach der bisherigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht ausschließen, dass im Fall der (Selbst)Überlassung des Alleingesellschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH die gesetzgeberischen Wertungen des AÜG unter Umständen auch die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher stützen können (ablehnend BAG Urteil vom 17.1.2017 9 AZR 76/16 BAGE 158, 6 RdNr 27, 30 für den Fall einer GmbH mit Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung und weiteren Arbeitnehmern, vgl hierzu unten 4. d). Unter welchen Umständen dies in Betracht kommt, kann hier offenbleiben. Denn der Senat hat nicht zu entscheiden, ob zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin ein (fingiertes) Arbeitsverhältnis bestanden hat, sondern ob zwischen ihnen ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorlag. Der Begriff der Beschäftigung umfasst nach § 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV "insbesondere" die Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis und geht daher schon nach dem Wortlaut der Vorschrift über dieses hinaus (vgl zB BSG Urteil vom 4.6.2019 B 12 R 11/18 R BSGE 128, 191 = SozR 42400 § 7 Nr 42, RdNr 19 mwN).

19
4. Die Tätigkeit des Beigeladenen aufgrund der lediglich zwischen der Klägerin und der UG zustande gekommenen vertraglichen

Vereinbarung stellt sich unabhängig von ihrer abschließenden arbeitsrechtlichen Einordnung in Anlehnung an das Rechtsinstitut des fingierten Arbeitsverhältnisses im Falle unwirksamer Arbeitnehmerüberlassung (§ 10 Abs 1 Satz 1 AÜG) und wegen der im Sozialversicherungsrecht herrschenden Eingliederungstheorie als Beschäftigung dar. Auch nach der Rechtsprechung des BAG, die inzwischen in § 1 Abs 1 Satz 2 AÜG (idF des Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 21.2.2017, aaO) Eingang ins Gesetz gefunden hat, ist die Überlassung einer Person zur Arbeitsleistung anhand der Kriterien der Eingliederung und Weisungsgebundenheit von der Erbringung einer Werk- oder Dienstleistung abzugrenzen, wobei auf den Geschäftsinhalt der getroffenen Vereinbarung abzustellen ist, wie er tatsächlich vollzogen worden ist (dazu a). Geschäftsinhalt des Vertrags über "freie Mitarbeit" war die Überlassung des Beigeladenen zur Erbringung einer weisungsgebundenen Arbeitsleistung unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin und nicht die Ausführung bestimmter Werk oder Dienstleistungen als Erfüllungsgehilfe (dazu b). Die insoweit mit einer Arbeitnehmerüberlassung vergleichbare Dreiecksbeziehung zwischen der Klägerin, der UG und dem Beigeladenen führt weil keine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt sozialversicherungsrechtlich zu einem Beschäftigungsverhältnis zwischen Beigeladenem und Klägerin, ohne dass es darauf ankäme, ob die Fiktion des § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG eingetreten ist (dazu c). Das hier gefundene Ergebnis weicht auch nicht von der Rechtsprechung des BAG ab (dazu d).

20
a) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iS von § 1 Abs 1 AÜG liegt nach der Rechtsprechung des BAG vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers in dessen Interesse ausführen. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (BAG Urteil vom 5.7.2022 9 AZR 323/21 juris RdNr 17 mwN). Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist insbesondere die Tätigkeit bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder freien Dienstvertrags. In diesen Fällen organisiert der zur Erbringung der Werk- oder Dienstleistung verpflichtete Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen nicht den Weisungen des Drittunternehmens, sondern denen des beauftragten Unternehmens und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (BAG Urteil vom 5.7.2022 9 AZR 323/21 juris RdNr 18 mwN). Die Abgrenzung richtet sich nach dem Geschäftsinhalt, der sich aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien und der praktischen Durchführung des Vertrages ergibt, nicht nach der von den Parteien gewählten Bezeichnung oder gewünschten Rechtsfolge (vgl BAG Urteil vom 18.1.2012 7 AZR 723/10 juris RdNr 28; BAG Urteil vom 5.7.2022 9 AZR 323/21 juris RdNr 17 ff, 20 mwN).

21
b) Diese Kriterien entsprechen denen für die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit. Danach schuldete die UG die Überlassung einer Person zur Arbeitsleistung und nicht die Erbringung einer bestimmten Werk- oder Dienstleistung. Denn die geschuldete Tätigkeit war ihrer Art nach nicht auf die Erbringung eines Werks oder einer selbstständigen Dienstleistung, sondern als Dienstleistung unter Eingliederung in den Betrieb der Klägerin durchzuführen und unter deren Weisungsregime auszuüben. Die Tätigkeit sollte nach den Gesamtumständen in einer Weise erbracht werden, wie sie für ein Arbeits und damit auch für ein Beschäftigungsverhältnis iS von § 7 Abs 1 SGB IV typisch ist. Geschäftsinhalt der Vereinbarungen zwischen der UG und der Klägerin war eine unternehmensberatende und fördernde Tätigkeit allein im Interesse der Klägerin. Dass der Beigeladene die Tätigkeit als Erfüllungsgehilfe der UG im Wesentlichen nach deren Vorstellungen und Weisungen auszuüben hatte, ist demgegenüber aus den Umständen nicht erkennbar.

22
Ein für eine selbstständige Werk oder Dienstleistung erforderlicher unternehmerischer Gestaltungsspielraum kam der UG nicht zu. Denn die Tätigkeit war bereits nicht ergebnis oder projektbezogen umschrieben, sondern als fortlaufende Aktivität zur Optimierung von Umsatz und Gewinn des klägerischen Unternehmens angelegt. Mangels spezifischer Erfolgs oder Aufgabenbeschreibung war die Tätigkeit zeitlich auf drei oder vier volle Arbeitstage wöchentlich festgelegt. Sie wurde nach einem festen Tagessatz entlohnt. Eine eigenbetriebliche Organisation setzte die UG nicht ein. Sie arbeitete nicht nach einem eigenen Unternehmenskonzept und vermarktete auch kein bestimmtes Konzept. Umstände, aus denen sich eine rechtlich verbindliche Verantwortung der UG für die Qualität der von ihr geschuldeten Dienste ergeben könnte, liegen nicht vor. Der die Tätigkeit erbringende Beigeladene konnte die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nicht nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen der UG organisieren. Mag die Tätigkeit aufgrund der Fachkompetenz des Beigeladenen inhaltlich auch weitgehend weisungsfrei gewesen sein, bot sie der UG doch keine unternehmerischen Gestaltungsspielräume und insbesondere auch keine unternehmerischen Chancen oder Risiken.

23
Die UG verfügte weder über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung noch über andere Arbeitskräfte, die zur Erbringung der geschuldeten Tätigkeit hinreichend qualifiziert gewesen wären. Die Tätigkeit wurde ausschließlich vom Beigeladenen persönlich erbracht, ohne dass faktisch ein Spielraum für eine andere Gestaltungsmöglichkeit offen gestanden hätte. Der Beigeladene konnte die Effizienz der Tätigkeit oder die daraus generierten Einnahmen nicht durch eigene unternehmerische Maßnahmen steigern. Sein Einsatz diente ausdrücklich allein der Optimierung der Effizienz und der Einnahmen der Klägerin. Bei dem vom Beigeladenen genutzten eigenen Mobiltelefon und seinem Laptop handelt es sich um Gebrauchsgegenstände, die regelmäßig auch der privaten Nutzung dienen (vgl hierzu zB BSG Urteil vom 18.11.2015 B 12 KR 16/13 R BSGE 120, 99 = SozR 42400 § 7 Nr 25, RdNr 37). Ihr Einsatz für die Tätigkeit bei der Klägerin barg daher allenfalls ein geringes finanzielles Risiko. Dieses traf nicht einmal die UG, sondern den Beigeladenen persönlich. Erhöhte Gewinnchancen vermittelte dieser Sacheinsatz der UG nicht. Bei den vom Beigeladenen vorgeschlagenen Strategien und Maßnahmen unterstand er unmittelbar der Kontrolle und den Weisungen des Geschäftsführers der Klägerin. Die enge Zusammenarbeit mit dem Geschäftsführer der Klägerin sowie mit den zu schulenden Mitarbeitern, seine Ausstattung mit einem Schreibtisch im Betrieb der Klägerin, die häufig erforderliche Anwesenheit im Betrieb sowie die umfangreiche Dokumentation der Kundenbetreuung haben außerdem zu einer Eingliederung des Beigeladenen in die Arbeitsorganisation der Klägerin geführt. Auch gegenüber Händlern und Kunden der Klägerin trat der Beigeladene nicht im Namen der UG auf. Vielmehr vermittelte er zB durch die Nutzung der E-MailAdresse der Klägerin sowie deren Firmenserver auch nach außen den Eindruck eines Angestellten der Klägerin. Die geschuldete Tätigkeit war daher ihrer Art nach letztlich nicht von der eines bei der Klägerin beschäftigten (leitenden) Angestellten zu unterscheiden.

24

c) Die danach von der UG geschuldete Überlassung einer Person zur Arbeitsleistung begründete eine Dreiecksbeziehung zwischen der Klägerin, der UG und dem Beigeladenen, die mit einer Arbeitnehmerüberlassung vergleichbar ist. Die Klägerin als juristische Person verpflichtete sich gegenüber einem anderem Unternehmen zur Überlassung einer natürlichen Person, wobei vertraglich die Erbringung von Tätigkeiten geschuldet wurde, die ihrer Art nach eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des anderen Unternehmens und eine Weisungsgebundenheit diesem gegenüber bedingen. Das Dreiecksverhältnis ähnelt ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung der durch § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG geregelten Konstellation. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Tatbestandsmerkmale der Norm erfüllt sind und die Fiktion des § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG tatsächlich eingetreten ist. Denn eine Beschäftigung nach § 7 Abs 1 SGB IV setzt nicht das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags voraus. Charakteristisch für den im Sozialrecht verwendeten, im Vergleich zum Begriff des Arbeitsverhältnisses weiter gefassten Begriff der Beschäftigung ist die starke Verknüpfung faktischer Elemente mit dem rechtlichen Bestand (so schon BSG Urteil vom 15.12.1971 3 RK 87/68 BSGE 33, 254, 256 = SozR Nr 67 zu § 165 RVO Aa 81 = juris RdNr 17). Dabei ist den tatsächlichen Verhältnissen grundsätzlich größeres Gewicht beizumessen als den vertraglichen (vgl hierzu zB Knospe in Hauck/Noftz, SGB IV, Stand 2023, § 7 RdNr 27 mwN). Das basiert auf der im Sozialversicherungsrecht herrschenden Eingliederungstheorie. Soweit es sich nicht um erlaubte Arbeitnehmerüberlassung handelt, wird ein Beschäftigungsverhältnis regelmäßig bereits durch tatsächliche Verhältnisse begründet, aus denen sich die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und die Bindung an ein Weisungsregime ergibt (vgl BSG Urteil vom 18.3.1987 9b RU 16/85 BSGE 61, 209 = SozR 7815 Art 1 § 10 Nr 3 = juris RdNr 13). Das folgt bereits unmittelbar aus dem Wortlaut des § 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV, nach dem die entscheidenden Kriterien für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind. Diese Kriterien stimmen mit denen überein, anhand derer eine Überlassung zur Arbeitsleistung iS von § 1 Abs 1 AÜG beurteilt wird.

25
d) Der Anlehnung an das fingierte Arbeitsverhältnis steht die Entscheidung des BAG vom 17.1.2017 (9 AZR 76/16 BAGE 158, 6) nicht entgegen. Zwar unterliegt danach die Überlassung eines Alleingesellschafters und alleinigen Geschäftsführers einer VerleiherGmbH grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des AÜG. Ungeachtet dessen, dass sich auch das hier gefundene Ergebnis nicht im unmittelbar oder analog angewendeten Geltungsbereich des AÜG bewegt, hat sich das BAG ausdrücklich nur mit einer VerleiherGmbH befasst, die über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt und im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit auch Leiharbeitnehmer zur Arbeitsleistung an einen Dritten überlassen hat (BAG aaO RdNr 27). Denn dann könne der Alleingesellschafter und Geschäftsführer der GmbH "eigenständig darüber entscheiden, ob er die Verpflichtung aus dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag dadurch erfüllt, dass er einen Arbeitnehmer überlässt oder selbst für den Entleiher tätig wird" (BAG aaO RdNr 32). Daher erfordere auch der Schutzzweck des AÜG nicht die Begründung eines Anstellungsverhältnisses bei dem Entleiher (BAG aaO RdNr 33). Dies gelte jedoch dann nicht, wenn die zur Arbeitsleistung zu überlassende Person von vornherein festgelegt und eine Auswahlentscheidung dadurch ausgeschlossen sei (BAG aaO RdNr 32).

26
Bei der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung geht es jedoch nicht nur um den spezifischen Schutz von Arbeitnehmern/Beschäftigten und deren Rechten, sondern auch um die Sozialversicherung als Solidargemeinschaft. Kennzeichnend für diese ist ua, dass sie nicht ausschließlich auf die individuelle konkrete Schutzbedürftigkeit eines Einzelnen gerichtet ist, sondern auch den Schutz der Versichertengemeinschaft durch eine solidarische Finanzierung bezweckt. Abgesehen davon verfügte die UG hier auch nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung und der Beigeladene konnte als deren Geschäftsführer mangels entsprechend qualifizierter Arbeitskräfte keine Auswahlentscheidung darüber treffen, wer die Verpflichtung aus dem Vertrag mit der Klägerin erfüllt. Nach den tatsächlichen Gegebenheiten stand von vorneherein fest, dass nur er persönlich zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung in Betracht kam.

27
5. Dem hier gefundenen Ergebnis steht auch nicht die grundsätzliche Trennung zwischen juristischen Personen und ihren Organen als natürliche Personen entgegen.

28
Bei mehreren Beteiligten eines Auftragsverhältnisses ist es sozialversicherungsrechtlich grundsätzlich geboten, anhand der Gesamtumstände zu beurteilen, zwischen welchen Rechtssubjekten gegebenenfalls ein Beschäftigungsverhältnis besteht. Nach ständiger Senatsrechtsprechung sind, wenn eine vermeintlich selbstständige Tätigkeit im Rahmen weiterer Vertragsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und Dritten erbracht wird, im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens auch diese weiteren Rechtsbeziehungen zu betrachten (vgl BSG Urteil vom 14.3.2018 B 12 KR 12/17 R SozR 42400 § 7 Nr 34 RdNr 33; BSG Urteil vom 4.6.2019 B 12 R 12/18 R juris RdNr 14). Unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber in der seit dem 1.4.2022 geltenden Fassung des § 7a Abs 2 Satz 2 SGB IV (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie <EU> 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und zur Änderung anderer Gesetze vom 16.7.2021, BGBl I 2970) die Deutsche Rentenversicherung Bund ausdrücklich zu der ergänzenden Feststellung ermächtigt, ob ein Beschäftigungsverhältnis zu einem Dritten besteht, wenn die vereinbarte Tätigkeit für einen Dritten erbracht wird und Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Auftragnehmer in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt. Mit der Formulierung "wird die vereinbarte Tätigkeit für einen Dritten erbracht" unterstreicht der Gesetzgeber den nach der sozialversicherungsrechtlichen Eingliederungstheorie herrschenden Vorrang der tatsächlichen Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und einer weisungsgebundenen Tätigkeit vor den vertraglichen Strukturen.

29
In der Gesetzesbegründung wird zudem der Zusammenhang zur Arbeitnehmerüberlassung aufgezeigt und ausgeführt, dass eine fehlende Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung des Verleihers grundsätzlich dazu führe, dass nach § 9 Abs 1 Nr 1 AÜG kein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer bestehe, sondern nach § 10 Abs 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher (Dritten) und dem Leiharbeitnehmer fingiert werde (BTDrucks 19/29893 S 29). Dass in die Statusbeurteilung demnach auch solche (juristisch eigenständige) dritte Personen einzubeziehen sind, zu denen die tätig werdende Person selbst keine vertraglichen Beziehungen unterhält, führt daher nicht zu einer "Verschmelzung" von unterschiedlichen Rechtspersonen. Auch bedarf der Rückgriff auf die sich aus § 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV ergebende Eingliederungstheorie nicht einer (weiteren) ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

30
Schließlich wird auch an § 2 Satz 1 Nr 9 Buchst b Halbsatz 2 SGB VI (idF des Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011, BGBl I 2854) deutlich, dass den tatsächlichen Umständen der Tätigkeit (Eingliederung und Weisungsgebundenheit) größeres Gewicht beizumessen ist, als den vertraglichen Strukturen, und zwar auch dann, wenn unterschiedliche juristische und/oder natürliche Personen betroffen sind. Zwar hatte das BSG vor Einführung des 2. Halbsatzes dieser Vorschrift (durch das Haushaltsbegleitgesetz vom 29.6.2006, BGBl I 1402) die grundsätzliche Trennung zwischen dem selbstständigen Alleingesellschafter/Geschäftsführer einer GmbH als natürliche Person und der GmbH als eigenständige juristische Person betont und daraus abgeleitet, dass allein die GmbH Auftraggeber des Alleingesellschafter/Geschäftsführers iS von § 2 Satz 1 Nr 9 SGB VI sei, während es nicht darauf ankomme, mit welchen und wie vielen Partnern die GmbH ihrerseits in wirtschaftlichem und/oder rechtlichem Kontakt stehe (BSG Urteil vom 24.11.2005 B 12 RA 1/04 R BSGE 95, 275 = SozR 42600 § 2 Nr 7, RdNr 17). Allerdings hat der Gesetzgeber § 2 Satz 1 Nr 9 Buchst b SGB VI in Reaktion und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Entscheidung umgehend mit Wirkung zum 1.7.2006 um den 2. Halbsatz ergänzt (vgl BTDrucks 16/1369 S 2 zu Art 10). Nunmehr gelten bei Gesellschaftern die Auftraggeber der Gesellschaft als Auftraggeber der Gesellschafter. Die Gesetzesänderung macht deutlich, dass die grundsätzliche Trennung zwischen juristischen Personen und ihren Organen als natürliche Personen sozialversicherungsrechtlich durch die tatsächlichen Verhältnisse überlagert werden kann. Dadurch werden die eigenständigen Rechtspersönlichkeiten nicht hinwegfingiert. Vielmehr wird das tatsächliche Verhältnis hier zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin als "Verhältnis zu einem Dritten" gewürdigt.

31
Ausgehend davon ist auch der Umstand zu würdigen, dass die Klägerin die Vergütung für die Arbeitsleistung des Beigeladenen der UG schuldete. Daraus kann nicht auf unentgeltliche Tätigkeit des Beigeladenen im Verhältnis zur Klägerin und damit auf das Fehlen einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt iS des § 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI und § 25 Abs 1 Satz 1 SGB III geschlossen werden. Vielmehr erstrecken sich sowohl die gesetzliche Fiktion des Arbeitsverhältnisses bei unwirksamer Arbeitnehmerüberlassung als auch die Fiktion in § 2 Satz 1 Nr 9 Buchst b Halbsatz 2 SGB VI, nach der die Auftraggeber der Gesellschaft als Auftraggeber der Gesellschafter gelten, jeweils auch auf das Vergütungsverhältnis. Nach § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG bestimmen sich Inhalt und Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nach den für den Betrieb des Entleihers oder vergleichbarer Betriebe geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen. Der Leiharbeitnehmer hat gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt (§ 10 Abs 1 Satz 5 AÜG; vgl auch BSG Urteil vom 18.3.1987 9b RU 16/85 BSGE 61, 209 = SozR 7815 Art 1 § 10 Nr 3 = juris).

32
Wird das tatsächliche Verhältnis zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin in Anlehnung an diese gesetzlichen Regelungen zur unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung gewürdigt, spricht hier nichts dagegen, das zwischen der Klägerin und der UG vereinbarte Entgelt als allein für die Tätigkeit des Beigeladenen geschuldete Vergütung heranzuziehen. Die UG schuldete der Klägerin keine Leistungen, die über die vom Beigeladenen persönlich zu erbringende Tätigkeit hinausgingen. Die UG hatte weder eigenes Material noch die Überlassung immaterieller Werte, wie Know-how, Kundenstamm, Konzepte oder Ähnliches zu erbringen noch schuldete sie der Klägerin die Leistungen eines Betriebs, der Arbeitnehmer verleiht und hierfür Personal auswählt und beschäftigt. Die vereinbarte Vergütung diente daher ausschließlich der Abgeltung der vom Beigeladenen persönlich zu erbringenden Tätigkeit. Die Ausgestaltung der Vergütung als Tagessatz für den persönlichen Einsatz des Beigeladenen entspricht der für eine Tätigkeit im Angestelltenverhältnis üblichen Entlohnung allein nach dem Zeiteinsatz. Als Alleingesellschafter der UG hatte der Beigeladene außerdem tatsächlich vollen Zugriff auf deren Einnahmen.

33
6. Verfassungsrecht wird nicht verletzt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG unterliegt es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die für sämtliche Zweige der Sozialversicherung in § 7 Abs 1 SGB IV definierte "Beschäftigung" als die "nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis" es im Wesentlichen den Sozialgerichten überlässt, diesen unbestimmten Begriff unter Verwendung der Rechtsfigur des Typus auszulegen (vgl BVerfG Kammerbeschluss vom 20.5.1996 1 BvR 21/96 juris). Die Versicherungspflicht der gesetzlichen Sozialversicherung verstößt grundsätzlich auch weder gegen das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art 2 Abs 1 GG; vgl hierzu zB BVerfG Urteil vom 3.4.2001 1 BvR 2014/95 BVerfGE 103, 197 = SozR 3-1100 Art 74 Nr 4) noch gegen die Eigentumsgarantie des Art 14 Abs 1 GG (vgl BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 31.8.2004 1 BvR 1776/97 BVerfGK 4, 46 = SozR 4-2600 § 6 Nr 1) oder die Berufsfreiheit des Art 12 Abs 1 GG. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind Steuer und Abgabevorschriften nur dann an Art 12 Abs 1 GG zu messen, wenn sie in einem engen Zusammenhang zur Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen (BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 3.6.2013 1 BvR 131/13 ua BVerfGK 20, 327 = juris RdNr 18 mwN). Die sich aus einer vertraglichen Beziehung zwischen zwei juristischen Personen unter bestimmten Umständen ergebende versicherungspflichtige Beschäftigung der zur Erfüllung des Vertrags tätig werdenden natürlichen Person lässt keine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen. Sie soll nach der Intention des Gesetzgebers nicht den Entschluss zur Wahl oder gar Ausübung eines Berufs steuern. Aus der Verfassung lässt sich nicht das Recht herleiten, dass Tätigkeiten, die ihrer Art nach unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und nach deren Weisungen ausgeübt werden, sozialversicherungsfrei bleiben. Etwas anderes folgt nicht aus der Einbeziehung rechtlicher und tatsächlicher Verhältnisse zu dritten juristischen Personen in die Statusbeurteilung.

34
7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 3 SGG iVm §§ 154 Abs 2, 162 Abs 3 VwGO.

35
8. Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 1 SGG iVm § 52 Abs 1 und 2, § 47 Abs 1 Satz 1 iVm § 63 Abs 2 Satz 1 GKG.

Rechtskraft
Aus
Saved
2023-12-21