

## L 6 R 995/09

Land

Freistaat Thüringen

Sozialgericht

Thüringer LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

6

1. Instanz

SG Altenburg (FST)

Aktenzeichen

S 12 R 2351/06

Datum

03.11.2009

2. Instanz

Thüringer LSG

Aktenzeichen

L 6 R 995/09

Datum

28.01.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts Altenburg vom 3. November 2009 und der Bescheid der Beklagten vom 23. September 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. Juli 2006 aufgehoben. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten des Beigeladenen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Beigeladene in der Zeit vom 1. Dezember 1997 bis 31. März 1999 bei der Klägerin sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Klägerin ist eine GmbH und wurde am 13. Oktober 2000 in das Handelsregister des Amtsgerichts G. (HR B ...) eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist nach Spalte 6 des Registerauszugs die Ausführung von Handel, Trockenbauarbeiten, Abbruchleistungen, Asbestsanierungsarbeiten, Auftragsvermittlung; als Geschäftsführer ist der Beigeladene eingetragen. Unter Rechtsverhältnisse ist dort u.a. aufgeführt: "Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Der Gesellschaftsvertrag ist am 22. August 1997 abgeschlossen und zuletzt am 28. August 2000 geändert "

In dem Gesellschaftsvertrag vom 22. August 1997 hatten der Beigeladene und seine spätere Ehefrau G. M. (ab 2. Juni 2000 G. R.) vor dem Notar K. S. eine GmbH mit dem Namen MBS M.-Bau-Service GmbH gegründet. Er enthält u.a. folgende Regelungen:

. " § 3 Stammkapital und Stammeinlagen (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt DM 50.000,00. (2) Auf das Stammkapital haben übernommen - Herr R., D., G., eine Stammeinlage von DM 47500,00 - Frau M., G., Z., eine Stammeinlage von DM 2500,00 (3) Die Stammeinlagen sind Bar- und Sacheinlagen. Die Gesellschafter haben je 25 % der Stammeinlagen eingezahlt und zur freien Verfügung der Gesellschafter gestellt. Die Einforderung der restlichen Einlagen wird der Geschäftsführung übertragen. § 4 Beginn, Dauer und Geschäftsjahr (1) Die Gesellschaft beginnt mit ihrer Eintragung ins Handelsregister § 6 Geschäftsführung (1) Die Gesellschaft hat einen Geschäftsführer. (2) Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, so vertritt dieser die Gesellschaft allein. Bei mehreren Geschäftsführern wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. (3) Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. (4) Die Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen und Rechtsgeschäfte, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt und welche zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich erscheinen. Zur Vornahme von Handlungen und Rechtsgeschäften, die der Bedeutung oder dem Umfang nach von besonderem Gewicht sind oder über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen, ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich § 7 Gesellschafterversammlung (7) Je DM 500,- der übernommenen Stammeinlagen gewähren eine Stimme. (8) Die Gesellschafterbeschlüsse werden, soweit nicht im Gesetz oder nach dieser Satzung andere Mehrheiten vorgesehen sind, mit einfacher Mehrheit des vertretenen stimmberechtigten Kapitals gefasst "

Im Geschäftsführervertrag vom gleichen Tag wurde der Beigeladene durch Beschluss der Gesellschafterversammlung zum Geschäftsführer bestellt; seine Tätigkeit beginne ab dem 4. September 1997 (§ 1 Abs. 1). Er vertrete die GmbH gerichtlich und außergerichtlich und sei alleinvertretungs- und alleingeschäftsführungsberechtigt (§ 4 Abs. 1), habe mit seiner Arbeitskraft den Dienstvertrag zu erfüllen und all sein Wissen und seine Fertigkeiten zur Verfügung zu stellen (§ 6 Abs. 1). Er erhalte eine Jahresfestvergütung in Höhe von 24.000,00 DM auszuzahlen in monatlichen Teilbeträgen von 2.000,00 DM (§ 10 Abs. 1), Überstunden würden nicht gesondert vergütet, sondern durch das Gehalt abgegolten. Ihm stehe ein Erholungsurlaub von 30 Werktagen im Kalenderjahr zu (§ 11 Abs. 1). Nach der Ergänzung zum Geschäftsführeranstellungsvertrag vom 30. November 1999 kann er den Firmenwagen für betriebliche Fahrten nutzen und hat ihn nach Ende der Fahrten auf dem Firmenhof ordnungsgemäß abzustellen; eine private Nutzung ist untersagt (§ 13).

In dem am 7. August 1998 unterzeichneten "Fragebogen zu Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH, KG oder GmbH & Co.KG" der Bau-Berufsgenossenschaft gab die Klägerin, vertreten durch den Beigeladenen, die Höhe der Gesellschaftsanteile mit 2.500,00 DM (G. M.) bzw. 47.500,00 DM (Beigeladener) an. Gleiches ist in dem Formular "Gründung einer Kapitalgesellschaft Fragebogen zur steuerlichen Erfassung" vom 27. Mai 1998 für das Finanzamt G. vermerkt.

Mit Beschluss vom 19. Januar 1999 wies das Amtsgericht - Registergericht - G. den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister kostenpflichtig zurück (Az.: 32 AR 244/98); der Eintragung stünden "die in der gerichtlichen Verfügung vom 26. Mai 1998 genannten Gründe entgegen". Diese Verfügung ist in den Akten nicht enthalten.

Nach einer undatierten "Feststellung" war der Beigeladene ab 1. Juli 1999 wieder in der GmbH tätig; der Geschäftsführervertrag vom 22. August 1997 sei damit wieder gültig.

Unter dem 10. Juli 2000 wies das Amtsgericht G. den Notar S. darauf hin, dass bei einer Neuanmeldung die Anmeldeunterlagen nochmals vollständig vorzulegen seien; die Anmeldungshindernisse, die zur Zurückweisung des Antrages führten ("Sachgründung mangelhaft, Sachgründungsbericht fehlt, usw."), seien noch nicht behoben.

Unter dem 28. August 2000 meldete der Beigeladene die "Neugründung der Firma M. M.-Bau-Service GmbH mit Sitz in G." beim Amtsgericht G. an und reichte die von Notar Dr. H. am gleichen Tag beurkundete Niederschrift der "Außerordentlichen Gesellschafterversammlung" ein. Die Anmeldung zum Handelsregister sei zurückgewiesen worden; die Eintragung sei unverändert beabsichtigt. Das Stammkapital betrage 25.000,00 Euro, von denen G. R. 23.750,00 Euro und der Beigeladene 1.250,00 Euro halten. G. R. erbringe 18.350,00 Euro als Sach- und 5.400,00 Euro als Geldeinlage, der Beigeladene 900,00 Euro als Sach- und 350,00 Euro als Geldeinlage. Die Sacheinlagen seien bereits erbracht, die Geldeinlagen würden erst nach Aufforderung durch die Gesellschaft fällig. Entsprechend werde § 3 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages in seiner bisherigen Fassung aufgehoben und neu gefasst. In dem "Sachgründungsbericht der M. M.-Bau-Service GmbH" vom gleichen Tag werden dieselben Beträge genannt. Unter "4. Leistungen der Sacheinlagen" wird ausgeführt: "Die Sacheinlagen wurden bereits auf Grund des Gründungsvertrages vom 22.08.1997 erbracht. Wir haben sie schon seinerzeit der M. M.-Bau-Service GmbH i.G. übereignet und auch den Besitz auf die M.M.-Bau-Service GmbH i.G. übertragen." Am 5. September 2000 reichte auch Notar Dr. H. die Unterlagen beim Amtsgericht G.- Handelsregister ein.

Mit notarieller Urkunde des Notars Dr. H. vom 1. Dezember 2000 verkaufte der Beigeladene seinen Geschäftsanteil an G. R. und trat den Geschäftsanteil ab; der Kaufpreis sei bereits bezahlt. Der Beigeladene stimmte dem Verkauf für die Klägerin als Geschäftsführer zu. Nach der notariellen Urkunde vom 27. April 2001 über eine außerordentliche Gesellschafterversammlung wurde das von G. R. gehaltene Stammkapital auf 32.250,00 Euro erhöht.

Am 17. Oktober 2002 plante die Beklagte eine Betriebsprüfung bei der Klägerin. Nach einem Aktenvermerk der R. R. vom 21. September 2004 wurde sie auf Antrag der G. R. wegen ihrer Schwangerschaft verschoben. Dort ist auch vermerkt: "Ermittlung Finanzbehörde - nach Rücksprache mit dem FA G. wäre der Gesellschaftervertrag vom 22.08.1997 Urkundenrolle 1370 wegen Formfehlern vom Registergericht abgewiesen worden. Die Formfehler bezögen sich auf die spiegelverkehrte Stammkapitalanteile zwischen D. R. und Frau M. (richtig sollte sein R. 2.500 DM M. 47.500 DM)" Am 16. April 2003 fand die Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) statt (Prüfzeitraum 1. Dezember 1997 bis 31. März 2003); G. R. war nicht anwesend. In der Anhörung vom 4. Juli 2003 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie beabsichtige Beiträge zur Sozialversicherung in Höhe von 7.298,21 Euro nachzuerheben. Die Klägerin habe die Fragebögen zur sozialversicherungsrechtlichen Feststellung für die Geschäftsführertätigkeit nicht übersandt. Daher seien Ermittlungen von Amts wegen durchgeführt worden. Danach habe der Beigeladene seine Beschäftigung als Geschäftsführer am 22. August 1997 aufgenommen. Er sei am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt; als alleinige Gesellschafterin sei G. R. im Handelsregister eingetragen. In der Zeit vom 22. August 1997 bis 30. Juni 1999 seien keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge gezahlt worden. Die Anmeldung der versicherungspflichtigen Tätigkeit sei erst ab 1. Juli 1999 erfolgt.

In dem am 16. Juli 2003 unterzeichneten "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Geschäftsführers einer Familien-GmbH" gab der Beigeladene für die Klägerin u.a. an, er sei seit 1. Juli 1999 Geschäftsführer und habe "bis 1.12.2000" Geschäftsanteile in Höhe von 1.250,00 Euro gehalten (1.5); er sei von 1997 bis 1999 bei der M. GmbH i.G und von April bis Juli 1999 als "T. - Angestellter" nicht selbständig tätig gewesen (1.14). Er reichte folgende Unterlagen ein: Geschäftsführervertrag vom 22. August 1997, Ergänzung zum Geschäftsführeranstellungsvertrag, die von ihm und G. M. unterzeichnete undatierte Feststellung zur Tätigkeit ab 1. Juli 1999, die Beurkundung der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 27. April 2001 und deren Mitteilung an das Amtsgericht G ...

Mit Bescheid vom 23. September 2003 stellte die Beklagte eine Nachforderung von 6.181,12 Euro fest und führte zur Begründung an, beschäftigte Arbeitnehmer - wie der Geschäftsführer - unterlägen ohne Rücksicht auf die Höhe des Arbeitsentgelts der Rentenversicherungspflicht; dies gelte auch für die Vor-GmbH. Aus den vorgelegten Lohnunterlagen sei ersichtlich, dass der Beigeladene von Februar 1998 bis März 1999 ein Gehalt in Höhe von 1.800,00 DM erhalten habe. Die Verjährung sei für die Dauer der Prüfung gehemmt ("1. Prüftermin 17.10.2002").

Mit ihrem Widerspruch trug die Klägerin vor, der Beigeladene sei - wie dem notariellen Vertrag vom 22. August 1997 entnommen werden könne - im relevanten Zeitraum Hauptgesellschafter gewesen. Daraus ergebe sich schon, dass der Beigeladene als Geschäftsführer sozialversicherungsrechtlich nicht als Arbeitnehmer zu klassifizieren sei. Er sei keiner anderen Person weisungsgebunden gewesen. Hilfsweise werde die Einrede der Verjährung erhoben. Im Übrigen sei der Beigeladene im fraglichen Zeitraum privat krankenversichert gewesen. In ihrer internen Stellungnahme vom 21. September 2009 teilte die Prüferin R. mit, die vom Registergericht gerügten Formfehler bezögen sich nach einer Rücksprache mit dem Finanzamt G. auf die spiegelverkehrten Stammkapitalanteile zwischen dem Beigeladenen und G. M; "richtig sollte sein R. 2.500 DM M. 46.500 DM":

Mit Widerspruchsbescheid vom 20. Juli 2006 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Angesichts der Vertragsgestaltung im Geschäftsführervertrag habe es sich im Wesentlichen um eine weisungsgebundene Arbeit gehandelt, die der gesetzlichen Versicherungspflicht unterliege. Die Kapitalbeteiligung des Beigeladenen an der Gesellschaft habe nur 5 v.H. des Stammkapitals betragen; damit habe er Beschlüsse der Gesellschaft nicht verhindern können und keinen maßgeblichen Anteil auf die Geschicke der GmbH gehabt.

Der Gesellschaftervertrag vom 22. August 1997 sei vom Registergericht abgewiesen worden, weil dort spiegelverkehrte Stammkapitalanteile zwischen dem Beigeladenen und seiner späteren Ehefrau eingetragen wurden.

Im Klageverfahren hat die Klägerin vorgetragen, es sei unrichtig, dass im Gesellschaftsvertrag verkehrte Stammkapitalanteile eingetragen seien. Vielmehr sei die Sachgründung mangelhaft gewesen und der Sachgründungsbericht habe gefehlt. Der Beigeladene habe bei weitem über die Hälfte der Kapitalbeteiligung verfügt. Dies habe sie auch so gegenüber der Bau-Berufsgenossenschaft am 7. August 1998 und gegenüber dem Finanzamt G. angegeben. Wegen der Nichteintragung im Handelsregister hätte der Beigeladene nach außen mit seinem ganzen Vermögen wie bei einer Einzelfirma haftet und wegen seiner Kapitalbeteiligung von 95 v.H. sei er keiner weiteren Person gegenüber weisungsgebunden gewesen. Tatsächlich hätte er wegen seiner Stimmenmehrheit einseitig den Vertrag abändern können. Das unternehmerische Risiko habe allein bei ihm gelegen. Unter dem 1. September 2006 hat die Beklagte vorgetragen, der verspätete Beginn der Prüfung sei nicht von ihr verschuldet. Als Beginn werde die Prüfanmeldung vom 17. Oktober 2002 zugrunde gelegt.

Mit Urteil vom 24. Juli 2009 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Zu Recht sei die Beklagte davon ausgegangen, dass der Beigeladene als beschäftigter Arbeitnehmer im streitgegenständlichen Zeitraum der Versicherungspflicht unterlegen habe. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) sei Hauptmerkmal für die Nichtselbständigkeit die persönliche Abhängigkeit; sie sei bei einer Weisungsgebundenheit im Sinne von Satz 2 ohne weiteres zu bejahen. Im Fragebogen vom 16. Juli 2003 sei dies ausdrücklich bejaht worden. Bei der Beantwortung sei in der Zeit von 1. Juli 1999 bis 2003 nicht unterschieden worden, so dass davon auszugehen sei, dass keine Änderung eingetreten sei. Die Überzeugung stütze sich auch darauf, dass in dem Fragebogen lediglich von einer Erhöhung des Kapitals der G. R. die Rede sei und nicht von einer grundlegenden Verschiebung. Insoweit sei die Kammer auf der Grundlage der ursprünglichen Angaben des Beigeladenen davon überzeugt, dass die Eigentumsanteile entsprechend dem Notarvertrag vom September 2000 auch schon vor diesem Zeitpunkt maßgeblich waren. Damit habe der Beigeladene dem Weisungsrecht der Mitgesellschafterin G. R. von Anfang an unterlegen und konnte ohne diese keine wesentlichen Entscheidungen treffen. Zusätzliche Indizien seien die fehlende Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft, die nicht freie Gestaltung der Arbeitszeit, das vertragliche Wettbewerbsverbot, die feste und nicht vom Betriebsergebnis abhängige Vergütung und die Tatsache, dass der Vertrag nach dem 22. August 1997 nicht verändert wurde. Der Verjährungseinwand greife nicht, weil die Verjährungsfrist am 1. Januar 1999 begonnen und am 31. Dezember 2002 geendet habe. Sie sei durch die Betriebsprüfung unterbrochen worden. Nichts anderes könne gelten, wenn eine angesetzte Betriebsprüfung auf Initiative des zu Prüfenden verschoben werde. Die Angaben des Beigeladenen zur Schwangerschaft und Geburt des Kindes im ursprünglichen Prüftermin überzeuge die Kammer davon, dass der ursprüngliche Prüfungstermin wegen der familiären Situation der beiden Gesellschafter auf 2003 verschoben wurde.

Gegen das am 15. Oktober 2009 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 16. November 2009 Berufung eingelegt und zur Begründung ausgeführt, aus dem notariellen Vertrag vom 22. August 1997 ergebe sich, dass der Beigeladene Hauptgesellschafter war und keiner versicherungsrechtlichen Tätigkeit in sozialrechtlichen Sinn nachgegangen sei. Nicht beachtet habe das Sozialgericht, dass sich der Fragebogen vom 16. Juli 2003 auf die Gründung 2000 und nicht auf 1997 bezog. Mit dem ablehnenden Beschluss des Amtsgerichts G. habe weder eine GmbH noch eine Vor-GmbH existiert. Damit habe auch keine Änderung der Kapitalanteile angegeben werden müssen. Diese seien dem Finanzamt G. entsprechend mitgeteilt worden. Die vom Sozialgericht aufgezählten Indizien für eine abgängige Beschäftigung spielten für die Beurteilung der Beschäftigung keine Rolle, denn der Beigeladene sei wegen seiner Kapitalbeteiligung gerade nicht weisungsgebunden gewesen; er hätte wegen seiner absoluten Stimmenmehrheit den Vertrag jederzeit abändern oder aufheben können. Zudem spreche gegen die Ansicht des Sozialgerichts die freie und eigenverantwortlich gestaltbare Arbeitszeit, die lange Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende, die Fortzahlung der Vergütung von drei Monaten (statt nur sechs Wochen Lohnfortzahlung) und die Befreiung vom Kontrahierungsverbot gemäß [§ 181](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Altenburg vom 24. Juli 2009 und den Bescheid der Beklagten vom 23. September 2003 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Juli 2006 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

Zur Begründung verweist die Beklagte auf die Entscheidungsgründe der Vorinstanz. Sie gehe angesichts der mangelhaften Sachgründung davon aus, dass die aktuelle Erklärung über die Verteilung des Stammkapitals das ursprüngliche und längst vollzogene Verteilungsverhältnis der Geschäftsanteile widerspiegle. Es sei ausweislich der notariellen Niederschrift vom 28. August 2000, dem Handelsregistereintrag und der Bezugnahme auf die vorliegenden Urkunden anlässlich der erneuten Anmeldung nicht zu einer Neugründung gekommen, was sich auch daraus ergebe, dass bei der erneuten Anmeldung vom Registergericht auf den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vom 22. August 1997 Bezug genommen wurde. Die Behauptung der Klägerin, der Beigeladene sei Mehrheitsgesellschafter gewesen, entspreche offensichtlich nicht den tatsächlichen Verhältnissen. Zudem habe sich das Stammkapital von Anfang an überwiegend aus Sacheinlagen zusammengesetzt.

Im Erörterungstermin am 21. November 2011 hat der damals zuständige Berichterstatter des Senats darauf hingewiesen, dass die erstinstanzliche Entscheidung nicht überzeugend sei, insbesondere hinsichtlich der Hemmung der Verjährung. Ab dem Zeitpunkt der Ablehnung der Eintragung durch das Amtsgericht G. 1999 habe wohl keine Vor-GmbH bestanden, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Im Übrigen wird auf die Niederschrift Bl. 156 f. der Gerichtsakte verwiesen.

Der Senat hat die vorhandenen Registerakten des Amtsgerichts J. - Registergericht beigezogen. Unter dem 21. März 2012 hat dieses mitgeteilt, ältere Unterlagen als die Schriftsätze vom 28. August 2000 lägen nicht vor; es sei davon auszugehen, dass die Unterlagen vernichtet wurden. Auf Nachfrage des Senats hat Notar Dr. S., der Kanzleinachfolger des verstorbenen Notars S., angegeben, dass ihm keine relevanten Unterlagen vorliegen. In der mündlichen Verhandlung am 28. Januar 2013 hat der Senat Notar Dr. H. als Zeugen vernommen. Hinsichtlich seiner Angaben wird auf die Niederschrift verwiesen.

Im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichts- und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Die Vorinstanz hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 23. September 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. Juli 2006 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist [§ 28p SGB IV](#). Nach Absatz 1 prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen mindestens alle vier Jahre (Satz 1). Die Prüfung soll in kürzeren Zeitabständen erfolgen, wenn der Arbeitgeber dies verlangt (Satz 2). Die Einzugsstelle unterrichtet den für den Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält (Satz 3). Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden (Satz 4). Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) sowie [§ 93 SGB IV](#) in Verbindung mit [§ 89 Abs. 5](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht.

Versicherungspflichtig sind in der gesetzlichen Rentenversicherung nach [§ 1 S. 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 S. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. September 2011 - Az.: [B 12 R 17/09 R](#), nach juris). 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. Die Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Untergeordnete und einfache Arbeiten sprechen eher für eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Eine selbstständige Tätigkeit ist vornehmlich durch eigenes Unternehmerrisiko, Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Eine selbstständige Tätigkeit ist vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, 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 (vgl. BSG, Urteil vom 27. Juli 2011 - Az.: [B 12 KR 10/09 R](#), nach juris). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Der Beigeladene war aufgrund des Gesellschaftsvertrages vom 22. August 1997 nicht Angestellter der Vor-GmbH, die vom Zeitpunkt des notariellen Abschlusses des Gesellschaftsvertrages und der Entstehung der GmbH als juristische Person bestand (vgl. [§ 11 Abs. 1](#) des GmbH-Gesetzes). Sie ist Vorstufe und notwendige Durchgangsstation auf dem Weg zur GmbH und untersteht als Rechtsgebilde eigener Art einem Sonderrecht, das den gesetzlichen und vertraglichen Gründungsvorschriften und dem Recht der eingetragenen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, zu entnehmen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1968 - Az.: [II ZR 216/66](#), BDG, Urteil vom 30. März 1962 - Az.: [2 RU 109/60](#), beide nach juris; Lutter in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage 2004, § 11 Rdnr. 5; Seewald in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand: August 2008, [§ 4 SGB IV](#), Rdnr. 94). Mit dem Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages hatte der Beigeladene aufgrund seiner Beteiligung von 95 v.H. der Anteile (47.500,00 DM von 50.000,00 DM) einen bestimmenden Einfluss auf die Vor-GmbH. Dieser rechtlich maßgebliche Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft auf Grund der Gesellschafterstellung schließt ein Beschäftigungsverhältnis aus, denn der Beigeladene konnte damit Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern (vgl. BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 - Az.: [B 12 KR 30/04 R](#) m.w.N., nach juris). Er hatte nach [§ 7 Abs. 7](#) des Gesellschaftsvertrages 95 Stimmen gegenüber fünf Stimmen seiner Mitgesellschafterin und hätte, nachdem die Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit des vertretenen Kapitals zu fassen waren ([§ 7 Abs. 8](#)), jede Entscheidung gegen sich ablehnen oder den Vertrag abändern können. Auf die Einzelheiten des Geschäftsführervertrages hinsichtlich Gehalt, Weihnachtsgratifikation, Jahresurlaub, Kündigungsfristen etc. kommt es damit nicht mehr an.

Für ihren Vortrag, tatsächlich habe die Beteiligung des Beigeladenen ab 1997 nur 5 v.H. betragen und die Stammkapitalanteile seien im Gesellschaftsvertrag tatsächlich spiegelverkehrt aufgenommen worden, hat die Beklagten keinen Beweis führen können. Nachdem sie hierfür beweispflichtig ist, geht die Nichterweislichkeit zu ihren Lasten.

Zuzustimmen ist zwar, dass die Umstände der Zurückweisung des ersten Antrags im Jahre 1999 und die der Neugründung im Jahre 2000 ungewöhnlich sind. Die Behauptung der Beklagten, der Gesellschaftervertrag von 1997 sei vom Registergericht wegen spiegelverkehrter Angaben zurückgewiesen worden, ist jedoch spekulativ und wird nicht durch entsprechende Tatsachen belegt. Der Verweis der Prüferin R. vom 21. September 2004 in einem internen Aktenvermerk auf einen entsprechenden (wohl mündlichen) Hinweis eines unbenannten Mitarbeiters des Finanzamts G. belegt dies nicht und ersetzt keine Fakten. Die Unterlagen des Registergerichts G. zum Eintragungsverfahren aus 1997 sind nach Mitteilung des Amtsgerichts J. - Registergericht nicht mehr vorhanden. Auch die Klägerin hat erklärt, sie nicht mehr zu besitzen. Der Beschluss des Registergerichts G. vom 19. Januar 1999 (Zurückweisung des Antrags) verweist lediglich auf eine nicht mehr vorliegende Verfügung vom 26. Mai 1998. Die Verfügung des Amtsgerichts G. vom 10. Juli 2000 enthält nur den Hinweis "Sachgründung mangelhaft, Sachgründungsbericht fehlt. usw.". Der behauptete spiegelverkehrte Gesellschaftsvertrag wird nicht erwähnt. Dem Notar Dr. S., der die Kanzlei des Notars S. übernommen hat, liegen keine relevanten Unterlagen mehr vor.

Dass - entgegen dem Gesellschaftsvertrag vom 22. August 1997- in dem Gesellschafterbeschluss vom 28. Juli 2000 der Beigeladene mit einem Geschäftsanteil von 1.250,00 Euro und G. R. mit einem Geschäftsanteil von 23.750,00 Euro aufgeführt sind und nach dem Sachgründungsbericht vom gleichen Tag unter "4. Leistung der Sacheinlagen" angegeben wird, die Sacheinlagen seien auf Grund des Gründungsvertrages vom 22. Juli 1997 erbracht worden und seinerzeit der VorGmbH übereignet und übertragen worden, ist zwar

erstaunlich. Insofern ist verständlich, dass diese Angaben Zweifel an der Richtigkeit des Gesellschaftsvertrages von 1997 wecken konnten. Sie sind jedoch nicht geeignet, die Entscheidung der Beklagten und der Vorinstanz zu begründen oder die Beweislast umzukehren. Die notwendigen Tatsachen haben die Beklagte und die Vorinstanz nicht festgestellt.

Zudem werden die Vermutungen der Beklagten durch die Ergebnisse der Ermittlungen des Senats widerlegt. Der in der Verhandlung am 28. Januar 2013 befragte Zeuge Notar Dr. H. hat angegeben, ihm lägen keine Unterlagen dazu vor, warum das Amtsgericht G. 1999 den ersten Antrag abgelehnt hatte. Er erinnere sich aber wegen der ungewöhnlichen Umstände an den Sachverhalt. Danach beauftragten ihn die Eheleute R. im Jahre 2000, die Eintragung der GmbH in das Handelsregister zu veranlassen. Die Gesellschafterverhältnisse sollten gegenüber dem Vertrag aus 1997 nunmehr abgeändert werden. Die Anteile sollte getauscht werden und G. R. als Mehrheitsgesellschafterin auftreten. Der Zeuge hat auf Befragen versichert, die Eheleute hätten keine Angaben dahingehend gemacht, dass die ursprünglichen Verträge 1997 nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprachen. Er habe damals zwei Möglichkeiten gesehen: entweder die GmbH neu zu gründen oder die früheren Fehler zu korrigieren. Nachdem ihm die Mandatschaft mitgeteilt hatte, dass sie seit 1997 durchgehend Körperschaftsteuer gezahlt hätte, habe er sich aus steuerrechtlichen Gründen für die zweite Alternative entschieden und die früheren Fehler Punkt für Punkt abgearbeitet und korrigiert. Er habe zusätzlich geprüft, ob eine formale Abtretung der Einlagen des Beigeladenen auf seine Ehefrau erforderlich war, dies aber mangels einer früheren Eintragung im Handelsregister verneint. Der Senat hat keinen Anhalt, an den Angaben des Zeugen zu zweifeln. Sie erklären die Umstände von 1997 bis 2000 ausreichend und nachvollziehbar; Abweichungen vom Akteninhalt sind nicht feststellbar. Es ist auch nachvollziehbar, dass sich der Zeuge angesichts des auch für einen Notar durchaus ungewöhnlichen Ablaufs noch nach über 12 Jahren an die Umstände erinnert. Anhaltspunkte dafür, dass er fehlerhafte Angaben gemacht hat, sind nicht ersichtlich. Zudem hat er kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens.

Diesem Ergebnis stehen nicht die Angaben des Beigeladenen im Feststellungsbogen vom 16. Juli 2003 entgegen. Zwar wird dort fehlerhaft angegeben, dass vor Errichtung der GmbH keine "Firma" bestand (1.3) und der Beigeladene von "1997 - 1999" bei der M. GmbH i.G. nicht selbständig (1.14) war. Es handelt sich hier allerdings tatsächlich um fehlerhafte rechtliche Bewertungen von nicht unswierigen Rechtsfragen durch juristische Laien; für die Tatsachenfeststellung sind sie ohne Bedeutung. Die Angaben unter "2. Arbeitsrechtliche Stellung der GmbH", auf die sich die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung u.a. bezogen hat, beziehen sich hinsichtlich Fragestellungen und Antworten offensichtlich ausschließlich auf die Zeit ab 2000, auf die es hier nicht ankommt.

Die Ansicht der Beklagten wird auch nicht durch den Handelsregistorauszug des Amtsgerichts G. in der Spalte 6 unterstützt. Dort wird auf den Gesellschaftsvertrag vom 22. August 1997 verwiesen, der zuletzt am 28. August 2000 geändert worden sei. Das belegt nur, dass das Gericht nicht von einer Fehlerhaftigkeit des ursprünglichen Vertrages ausging.

Kein unterschiedliches Ergebnis ergibt sich ab dem Zeitpunkt der Zurückweisung des Antrags im Januar 1999 durch das Registergericht. Nachdem die Gesellschaft die Geschäfte vor der Eintragung bereits aufgenommen hatte, entstand mit der Entscheidung über die Fortführung des Unternehmens eine sog. "unechte" Vorgesellschaft, auf die nach einhelliger Auffassung (vgl. Gummert in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, 3. Auflage 2009, § 16 Rdnr. 90 m.w.N.) BGB-Gesellschaftsrecht anzuwenden ist. Angesichts seiner persönlichen Haftung als BGB-Gesellschafter und Stellung im Betrieb war der Beigeladene auch dann kein Beschäftigter (vgl. Seewald in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand Oktober 2009, [§ 7 SGB IV](#) Rdnr. 87).

Obwohl es damit für die Entscheidung nicht auf die vorgetragene Hemmung der Verjährung für 1997 ankommt, weist der Senat zur Vollständigkeit darauf hin, dass er auch insoweit Bedenken gegen die Ansicht der Beklagten hat. Nach [§ 25 Abs. 2 SGB IV](#) ist die Verjährung für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt (Satz 2 1. Halbs.). Die Hemmung beginnt mit dem Tag der Prüfung beim Arbeitgeber (Satz 4); kommt es aus Gründen, die die zu prüfende Stelle nicht zu vertreten hat, zu einem späteren Beginn der Prüfung, beginnt sie mit dem von dem Versicherungsträger in seiner Prüfungsankündigung ursprünglich bestimmten Tag (Satz 5). Die Verschiebung der Prüfung mag auf Antrag der G. R. erfolgt sein. Nachdem die spätere Prüfung dann aber ohne sie erfolgt ist und erfolgen konnte, dürften die Voraussetzungen des [§ 25 Abs. 2 S. 5 SGB IV](#) nicht gegeben sein.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Eine Erstattung der Kosten des Beigeladenen kommt nicht in Betracht, weil er keine Anträge gestellt hat (vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Auflage 2012, § 197 a Rn. 29).

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzung des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

FST

Saved

2013-05-06