L 1 KR 165/09

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 84 KR 475/06
Datum
18.03.2009
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 1 KR 165/09
Datum
11.11.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit steht die Rentenversicherungspflicht der Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei der Beigeladenen zu 2) seit dem 07. Februar 2003.

Die Beigeladene zu 2) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung GmbH, bei der der Beigeladene zu 1) seit dem 07. Februar 2003 als Geschäftsführer tätig ist. Er hält keine Anteile am Unternehmen. Rechtsgrundlage seiner Tätigkeit ist ein von den Beteiligten als Anstellungsvertrag (AV) bezeichneter Vertrag vom 7. Februar 2003, in dem der Beigeladene zu 1) zusammen mit einem zweiten Geschäftsführer zur Leitung der Beigeladenen zu 2) berufen wird und nach dem er die in der Geschäftsordnung übertragenen Geschäftsbereiche der Gesellschaft leitet. Die Beigeladene zu 2) kann danach jederzeit neben ihm andere Geschäftsführer oder Prokuristen bestellen und die Vertretungsmacht neu regeln (§ 1 Abs. 2 AV). Er hat seine gesamte geschäftliche Tätigkeit der Gesellschaft zu widmen und ist, ohne an bestimmte Dienstzeiten gebunden zu sein, verpflichtet, regelmäßig von montags bis freitags ganztätig in S dienstlich tätig zu sein (§ 1 Abs. 3 AV). Nebentätigkeiten und Beteiligungen an Unternehmen bedürfen der Zustimmung (§ 2 AV). Vereinbart war ein Jahresgehalt von 91 000,00 Euro, das mit je 1/12 zum Monatsende gezahlt werden soll. Damit sei die gesamte vertragsmäßig zu leistende Arbeit abgegolten (§ 3 Abs. 1 und 2 AV). Auf Beschluss des Aufsichtsrats ist eine ergebnisabhängige variable Tantieme nach Feststellung des Jahresabschlusses zu zahlen (§ 3 Abs. 4 AV). Weiter war eine Gehaltsfortzahlung für die Dauer von sechs Monaten vereinbart sowie ein Sterbegeld für die Hinterbliebenen (§ 4 AV). Die Beigeladene zu 2) zahlt dem Kläger die Hälfte der von ihm ausgewiesenen Kosten einer Krankenversicherung (§ 6 AV) und es wurde ein Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen vereinbart, bei dessen Anspruchnahme auf dienstliche Notwendigkeiten Rücksicht zu nehmen ist (§ 7 AV). In einem Vertrag vom 07. Juni 2005 wurde der AV dahingehend ergänzt, dass der Beigeladene zu 1) Alleinvertretungsbefugnis hat und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit wird. Die Verpflichtung, regelmäßig von montags bis freitags ganztätig in S dienstlich tätig zu sein, wurde gestrichen, die Vergütung wurde erhöht und die Regelung über die Tragung von Krankenversicherungsbeiträgen wurde auf die Pflegeversicherung erweitert. Der AV wurde über den 6. Februar 2008 hinaus zu denselben Bedingungen bis 2013 verlängert, wobei die Entgelte zugunsten der variablen Vergütung verbessert wurden ...

Mit Schreiben vom 05. Juli 2005 beantragte die Beigeladene zu 2) bei der Beklagten die Überprüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1). Sie führte aus, dieser unterliege keinem Weisungsrecht und die Gesellschafter fungierten als reine Kapitalgeber, die fachlich und sachlich auf den Beigeladenen zu 1) angewiesen seien.

Der Beigeladene zu 1) gab im Feststellungsbogen der Beklagten zur versicherungsrechtlichen Beurteilung an, er unterliege nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit bestehe nicht; die Vergütung werde als Gehalt verbucht.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 15. Juli 2005 fest, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2) grundsätzlich nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Die Gesellschaft würde kein Weisungsrecht ausüben und aufgrund des Energiewirtschaftsgesetzes EnWG müsse er als Geschäftsführer weisungsfrei arbeiten können. Schließlich sei er am Gewinn beteiligt.

Gegen diesen der Klägerin am 13. Oktober 2005 ohne Rechtsmittelbelehrung bekannt gegebenen Bescheid richtet sich die Klage vor dem

Sozialgericht Berlin vom 23. Januar 2006, die damit begründet wird, es liege eine abhängige Beschäftigung vor. Der Beigeladene zu 1) trage kein echtes Unternehmerrisiko, bei Fremdgeschäftsführern sei grundsätzlich von einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen.

Dem ist die Beklagte mit der Auffassung entgegengetreten, es liege eine selbständige Tätigkeit vor. Aufgrund der Regelungen zur Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen ([§ 6 ff. EnWG](#)) verfüge der Beigeladene zu 1) über eine dem Vorstand einer Aktiengesellschaft entsprechende unabhängige Stellung. Die Beigeladenen zu 1) und 2) sind, ohne Anträge zu stellen, dieser Auffassung beigetreten.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 18. März 2009 den angefochtenen Bescheid der Beklagten vom 15. Juli 2005 aufgehoben und festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 2) in der Zeit ab dem 07. Februar 2003 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung unterliegt.

Zur Begründung hat das Sozialgericht im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH verwiesen, wonach Fremdgeschäftsführer nur ausnahmsweise als Selbständige anzusehen seien, nämlich insbesondere dann, wenn der Fremdgeschäftsführer aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Familienunternehmens nach eigenem Gutdünken führe, oder wenn ein externer Geschäftsführer in der GmbH schalten und walten könne, wie er wolle. Auch sei dem EnWG nicht zu entnehmen, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer keinerlei Weisungen erteilen dürften. Der AV zeige, dass es sich zwar um die eigenverantwortliche Wahrnehmung von Diensten höherer Art handle, das Weisungsrecht jedoch nicht völlig fehle. Dieses vereinbarte Beschäftigungsverhältnis sei auch gelebt worden.

Gegen das dem Beigeladenen zu 1) am 08. Mai 2009 zugestellte Urteil richtet sich dessen Berufung vom 25. Mai 2009. Darin wird erneut darauf verwiesen, dass nach dem EnWG die Wirtschaftsunternehmen geeignete Maßnahmen zu treffen hätten, um die berufliche Handlungsunabhängigkeit der Personen zu gewährleisten, die für die Leitung des Netzbetreibers zuständig seien. Daher sei der Geschäftsführer ohne Anteile eines Energieversorgungsunternehmens einem Gesellschafter-Geschäftsführer in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht gleichzustellen. Parallelen zu Vorständen von Aktiengesellschaften seien nicht von der Hand zu weisen. Aufgrund seiner privaten finanziellen Verhältnisse sei der Beigeladene zu 1) auch wirtschaftlich unabhängig.

Der Beigeladene zu 1) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 18. März 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend, insbesondere verweist sie auf das nicht wirksam abbedungene Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber dem Beigeladenen zu 1).

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 18. März 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Sie verweist auf die Regelung des [§ 8 Abs. 3 EnWG](#).

Die Beigeladene zu 2) stellt keinen Antrag, teilt jedoch die Auffassung der Beklagten und des Beigeladenen zu 1).

Wegen des Sachverhalts im Übrigen wird auf die Verwaltungsvorgänge der Klägerin und der Beklagten sowie die Gerichtsakten verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Der Beigeladene zu 1) ist bei der Beigeladenen zu 2) seit 7. Februar 2003 abhängig beschäftigt, so dass der angefochtene Bescheid die Klägerin in ihren Rechten verletzt und das dies aussprechende angefochtene Urteil des Sozialgerichts keiner Beanstandung unterliegt.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der gesetzlichen Rentenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch SGB VI). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV).

Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG 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 (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 [1 BvR 21/96](#) = SozR 3 2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. 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 gehen der nur formellen Vereinbarung vor. 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. August 1990, [11 RAr 77/89](#) = SozR 3 2400 § 7 Nr. 4 und vom 08. Dezember 1994, [11 RAr 49/94](#) = SozR 3 4100 § 168 Nr. 18; vgl zum Ganzen auch BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - juris).

Auf dieser Grundlage ist beispielsweise zu beurteilen, ob ein Vertreter einer juristischen Person zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht (so für GmbH-Geschäftsführer BSG aaO).

Weist eine Tätigkeit Merkmale auf, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Selbständigkeit hinweisen, so ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen (vgl BSG, Urteil vom 23. Juni 1994 [12 RK 72/92 NJW 1994, 2974](#), 2975) und der Arbeitsleistung das Gepräge geben (vgl BSG, Beschluss vom 23. Februar 1995 - [12 BK 98/94](#) -).

Generell gilt, dass nicht die Vereinbarungen der Beteiligten, sondern die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben (BSG SozR 2200 § 1227 Nrn. 4 und 8). Nach der Rechtsprechung des BSG, der der Senat folgt, ist bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH – wie hier dem Beigeladenen zu 1) - regelmäßig eine abhängige Beschäftigung anzunehmen und nur in begrenzten Einzelfällen, in denen die Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern aufgehoben ist, hiervon abzusehen (vgl BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 20 mwN; BSG, Urteil vom 6. März 2003 - [B 11 AL 25/02 R](#) = [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#)). Ein solcher Ausnahmefall kann bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die zum Beispiel dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl BSG Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86 BB 1989, 72](#); Urteil vom 14. Dezember 1999 - [B 2 U 48/98 R](#) - USK 9975).

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) auszugehen. Der Beigeladene zu 1) verfügte und verfügt über keine Anteile an der Beigeladenen zu 2), auch nicht in Gestalt einer Sperrminorität. Das Alleinvertretungsrecht und die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) ist nicht untypisch und deutet nicht zwingend auf eine selbständige Tätigkeit (vgl BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#)). Indes spricht für eine abhängige Beschäftigung, dass der Beigeladene zu 1) als Geschäftsführer verpflichtet war und ist, den Weisungen der Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) zu folgen. Im Rahmen des Konsortialvertrags der Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) haben sich diese lediglich verpflichtet, der Geschäftsführung keine Weisungen zu erteilen, die den im Konsortialvertrag oder in sonstigen Vereinbarungen zwischen den Konsorten niedergelegten Grundsätzen zuwiderlaufen würden (vgl § 2.2. des Konsortialvertrags).

Das Verhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der der Beigeladenen zu 2) ist durch einen AV geregelt, der auch praktiziert wurde und in dem nirgends festgehalten wird, dass die Gesellschafter als Eigentümer des Unternehmens dem Geschäftsführer keine Weisungen erteilen dürften. Auch hat der Beigeladene zu 1) keine eigene Betriebsstätte und kann nicht über seine eigene Arbeitskraft frei verfügen. Es ist auch nicht so, dass er nach eigenem Gutdünken wie ein Unternehmer auftreten kann. Vielmehr kann die Gesellschafterversammlung ihm jederzeit Weisungen erteilen. Dass dies bislang nicht geschehen sein mag und über die Jahre hin die Geschäftsangelegenheiten einvernehmlich geregelt wurden, ist nach den vorgenannten Grundsätzen nicht entscheidend. Ganz allgemein kann ein ständig bestehendes Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht den Status als abhängig Beschäftigter aufheben. Der Beigeladene zu 1) bezieht ein festes Gehalt, mit dem seine vertraglich geschuldete Tätigkeit entgolten war und ist und das auch nicht niedriger ausfiel und ausfällt als die erfolgsabhängige jährliche Tantieme.

Die Bezugnahme der Beigeladenen auf die Regelungen des EnWG führt zu keinem anderen Ergebnis:

Zunächst gilt die Neuregelung über die Entflechtung der Energiewirtschaft, auf die der Beigeladene zu 1) sich beruft, ab dem 13. Juli 2005, könnte also das seit dem 7. Februar 2005 bestehende Arbeitsverhältnis ohnehin nicht von dessen Beginn an beeinflussen.

Aber auch für die Zeit nach Inkrafttreten des EnWG bleibt es indes bei einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis. Denn nach den [§§ 7 Abs. 2, 7a Abs. 7 EnWG](#) (letztenannte Vorschrift gleichlautend mit der bis 3. August 2011 geltenden Vorgängervorschrift des [§ 8 Abs. 6 EnWG](#)) sind vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen mit weniger als 100.000 Kunden von den die rechtliche und operationelle Entflechtung betreffenden Verpflichtungen des [§ 7a Abs. 1 bis 6 EnWG](#) bzw - bis 3. August 2011 - des [§ 8 Abs. 1 bis 6 EnWG](#) ausgenommen. Die Beigeladene zu 2) hat aber nach deren Auskunft vom 8. November 2011 weniger als 100.000 Kunden. Sie unterfällt daher den genannten "de minimis"-Regelungen. Mithin betreffen die Entflechtungsregelungen des EnWG das Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen zu 1) bei der Beigeladenen zu 2) nicht. Jedoch selbst wenn die Beigeladene zu 2) mehr als 100.000 Kunden hätte, änderte dies nichts am Ergebnis. Nach [§ 6 Satz 2 EnWG](#) muss die Unabhängigkeit der Netzbetreiber von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sichergestellt werden. Diesem Ziel dient die in Teil 2 EnWG angeordnete Entflechtung der Verteilernetz- und der Transportnetzbetreiber. Nach [§ 7a Abs. 3 EnWG](#) haben vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen geeignete Maßnahmen zu treffen, um die berufliche Handlungsunabhängigkeit der Personen zu gewährleisten, die mit Leitungsaufgaben des Verteilernetzbetreibers betraut sind. Die Handlungsunabhängigkeit ist somit insoweit vorhanden, als die Unabhängigkeit der Verteilernetzbetreiber von den Energieversorgungsunternehmen dadurch gewährleistet wird, nicht hingegen in Bezug auf alle anderen Tätigkeiten im Unternehmen. Somit können auch einer Person gem. [§ 7a Abs. 3 EnWG](#) in allen anderen Angelegenheiten von den Gesellschaftern Weisungen erteilt werden und sie werden nicht, ohne Eigentümer zu sein, zu Unternehmern. Vielmehr entspricht ihre Stellung der von angestellten Ärzten, Rechtsanwälten und sonstigen Angestellten, die Tätigkeiten verrichten, für die gesetzliche Vorschriften eine gewisse Unabhängigkeit anordnen. Dementsprechend hat das Landgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 19. August 2011 (- [33 O 46/11](#) = [BeckRS 2011, 22399](#)) festgestellt, dass die Weisungsbeschränkungen des EnWG die Arbeitnehmereigenschaft nicht aufheben, da alleine Anweisungen der Gesellschafter zum laufenden Netzbetrieb und dessen Wartung ausgeschlossen seien, ansonsten aber nach allgemeinen

gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen - auch hinsichtlich des Netzbetriebs, beispielsweise im Hinblick auf die Einhaltung eines Finanzplans oder vergleichbarer Vorgaben - erlaubt seien. Die Entflechtungsvorschriften des EnWG schränken damit nicht generell die Ausübung gesellschaftlicher Instrumente der Einflussnahme ein.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach [§ 193](#) Sozialgerichtsgesetz SGG. [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) ist nicht einschlägig, weil der Kläger als Versicherter zum Personenkreis des [§ 183 Satz 1 SGG](#) gehört. Die Entscheidung entspricht dem Ergebnis in der Sache.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil Gründe nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2012-01-19