

L 1 KR 180/10

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 84 KR 2913/07
Datum
24.03.2010
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 1 KR 180/10
Datum
17.01.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Aus den Kriterien zur Einstufung einer Beschäftigung eines Mietgesellschafters bei seiner Gesellschaft im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), wenn diese beim späteren Verlauf der Gesellschaftsanteile einen hohen Erlös erzielt.

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

Tatbestand:

Im Streit steht, ob der Kläger in der Zeit vom 1. November 2005 bis zum 31. Dezember 2008 im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 4) (nachfolgend nur noch: die Beigeladene) sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist.

Die Beigeladene ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englisch/walisischem Recht (Limited), welche im Oktober 2005 gegründet wurde und eine Z in B hat. Auf den Gesellschaftsvertrag (Blatt 27 - 40 der GA) wird Bezug genommen. Die Beigeladene betreibt eines der bekanntesten sozialen Netzwerke im Internet. Gründungsgesellschafter waren der Kläger mit zunächst 44,1 %, Herr D mit 49,9 % und Herr G mit 10 % der Gesellschaftsanteile ("shares"). Ab dem 6. Juni 2006 reduzierte sich der Anteil des Klägers zunächst auf 35,93 %, dann auf 28,41 % und auf 23,61 %. Seit dem 2. Januar 2007 werden alle Anteile von der H V GmbH der H Gruppe gehalten. Vom 1. November 2005 bis zum 31. Dezember 2008 war der Kläger neben anderen Gesellschaftern zum Geschäftsführer der Beigeladenen bestellt, auf den Geschäftsführervertrag vom 1. November 2005 wird ergänzend verwiesen (Kopie GA Blatt 41). Dieser Vertrag wurde durch den Dienstvertrag vom 21. Mai 2007 ersetzt, auf den ebenfalls Bezug genommen wird (Kopie GA Blatt 77 - 84).

Die Beigeladene meldete den Kläger ab November 2005 zur Sozialversicherung an. Im September 2006 bat der Kläger die Beklagte um Überprüfung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung gaben er und die Beigeladene unter dem Datum 19. September 2006 an, dass die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit ca. 30 Stunden betrage. Er unterliege keinem Weisungsrecht und könne seine Tätigkeit in der Gesellschaft frei gestalten und bestimmen. Die Vergütung betrage monatlich 2800,- Euro brutto. Es werde für sie Lohnsteuer entrichtet. Die Verbuchung erfolge als Betriebsausgabe.

Nach dem genannten Dienstvertrag wurde der Kläger zum Direktor (executive director) bestimmt, der die Gesellschaft gemeinsam mit den anderen Direktoren vertrat. Ihm wurde die Geschäftsführung für den Geschäftsbereich Technik der Gesellschaft übertragen.

Mit Bescheid vom 3. Januar 2007 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger ab 1. November 2005 in einem sozialversicherungspflichtigen Geschäftsverhältnis zur Beigeladene stehe und damit grundsätzlich Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung bestehe. Er sei an der Beigeladenen bei wechselnden Anteilen zu keinem Zeitpunkt mit mindestens 50 % beteiligt gewesen. Da Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit getroffen werden müssten, könne er die Geschicke der Gesellschaft nicht maßgeblich bestimmen und eine persönliche Abhängigkeit verhindern bzw. abschwächen.

Der Kläger erhob Widerspruch. Zwar habe sein Kapitalantrag unter 50 % gelegen, tatsächlich sei sein Einfluss Kraft überlegenen Wissens weitaus höher als seinem Anteil entsprechend gewesen. Eine Abberufung wäre nur aus wichtigem Grund möglich, aber sehr unwahrscheinlich gewesen, da er mit den beiden anderen Gründern zusammen die Mehrheit der Anteile gehalten habe und sie nicht gegeneinander gearbeitet hätten.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Bescheid vom 14. August 2007 zurück.

Hiergegen hat sich die beim Sozialgericht Berlin (SG) erhobene Klage gerichtet. Der Kläger, Student der Informatik, sei der Erfinder der Beigeladenen und Kopf und Seele des Unternehmens gewesen. Er habe selbst die Ordnung des Betriebes, insbesondere in technischer Hinsicht vorzunehmen gehabt. Er habe auch ein Unternehmerrisiko getragen, weil dies auch die Möglichkeit umfasse, Kapital und Gewinn aus einem Unternehmen zu ziehen. Dies habe der Kläger mit seinem Arbeits- und Kapitaleinsatz innerhalb von 13 Monaten durch den anschließenden Verkauf mit einem Gewinnvolumen von rund 10 Mio. Euro realisiert.

Die Beklagte hat vorgebracht, das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot, das Erfordernis der Zustimmung zu Nebentätigkeiten sowie die Regelung des Arbeitsvertrages sprächen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Auch habe der Kläger vom 11. September 2008 bis 16. Dezember 2008 Krankengeld bezogen.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 24. März 2010 abgewiesen. Der Kläger sei zu keinem Zeitpunkt Mehrheitsgesellschafter der Beigeladenen gewesen, noch habe er eine Sperrminorität gehabt. Weisungen der Gesellschaft an ihn habe er rechtlich nicht verhindern können. Die Nichtausübung des Rechts durch die Gesellschaft sei unbeachtlich, solange die Rechtsposition nicht wirksam abgedungen sei (Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -). Auch als Erfinder der Beigeladenen sei der Kläger zu keinem Zeitpunkt rechtlich in der Lage gewesen, Entscheidungen gegen den Willen der Gesellschaft durchzusetzen. Die Rechtsstellung des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen sei zudem durch seinen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag bestimmt gewesen. Dieser habe in allen wesentlichen Punkten einem Anstellungsverhältnis entsprochen und z. B. Vergütung, Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigung und Wettbewerbsverbot geregelt. Die eingeschränkte Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Arbeitsausführung seien bei Diensten höherer Art wie einer Geschäftsführertätigkeit nicht von wesentlicher Bedeutung, solange sie nicht völlig fehlten. Davon könne hier nicht ausgegangen werden. Auch der Dienstvertrag von 21. Mai 2007 bestimme die Rechtsstellung des Klägers in wesentlichen Punkten wie ein Anstellungsverhältnis. Zudem sei für das gezahlte Entgelt stets Lohnsteuer entrichtet worden und es sei als Betriebsausgabe verbucht worden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers.

Der Fall sei mit dem vergleichbar, der dem Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 23. November 2006 ([L 1 KR 763/03](#)) zugrunde liege.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 24. Oktober 2010 sowie den Bescheid der Beklagten vom 3. Januar 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. August 2007 aufzuheben sowie festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beigeladenen zu 4) im Zeitraum vom 1. November 2005 bis zum 31. Dezember 2008 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte im Beschlusswege nach [§ 153 Abs. 4](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) entscheiden. Die Beteiligten sind auf diese Vorgehensweise mit Verfügungen vom 28. Juli 2010 und vom 10. März 2011 hingewiesen worden.

Die Berufung hat keinen Erfolg. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Senat verweist zur Vermeidung bloßer Wiederholungen auf die Ausführungen im angegriffenen Urteil, [§ 153 Abs. 2 SGG](#).

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 Bundesverfassungsgericht, 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 versicherungspflichtige 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, sowie 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 abgedungen 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](#) Seite 14 und vom 08. Dezember 1994 - [11 RAr 49/94](#) - [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#) Seite 45); so insgesamt weitgehend wörtlich BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - juris). Das maßgeblich das rechtlich Mögliche ist, lässt die vom Kläger angeführte Entscheidung des Hessischen Landessozialgerichts außer Betracht.

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](#) - juris). Auch die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu ziehen. Es ist eine Würdigung der Gesamtumstände erforderlich, ob ein Beschäftigungsverhältnis zwischen den Angehörigen ernsthaft und eindeutig gewollt, entsprechend vereinbart und in der Wirklichkeit auch vollzogen wurde (vgl. BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) - USK 2002-42 S. 238f). Auch hier gilt, dass nicht die Vereinbarungen der Beteiligten, sondern die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben (vgl. BSG SozR 2200 § 1227 Nrn. 4 und 8). Nach der Rechtssprechung des BSG, der der Senat folgt, ist bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH regelmäßig eine abhängige Beschäftigung anzunehmen und nur in begrenzten Einzelfällen hiervon abzusehen. 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). Entsprechendes kann für Gesellschaften unter Freunden gelten.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist das SG zutreffend von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ausgegangen.

Es hat insbesondere richtig angenommen, dass zwischen den Beteiligten ein gelebtes Arbeitsverhältnis auf arbeitsvertraglicher Basis bestand. Der Kläger war zwar für sein Unternehmen tätig und war - jedenfalls in der Anfangszeit - für dessen Erfolg wesentlich. Die Beigeladene stand jedoch nicht in seinem Alleineigentum.

Ganz allgemein müssen und können sich Geschäftspartner an der von ihnen gewählten Vertragsgestaltung auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht festhalten lassen. Es unterliegt nicht ihrer Disposition, die Wirkungen des Vertragsverhältnisses nach Maßgabe ihrer Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (BSG - Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -). Maßgeblich ist deshalb nicht, ob die Gründungsgesellschafter in der Startphase alle betrieblichen Angelegenheiten einvernehmlich geregelt haben. Im Konfliktfall hätten die anderen Gesellschafter dem Kläger als Arbeitnehmer Weisungen erteilen können. Ganz allgemein kann ein ständiges und bestehendes Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht den Status als abhängig Beschäftigter aufheben. Der Kläger hat wie ein Geschäftsführer agiert, dem die Gesellschafter vertrauen. Im Konfliktfalle hätte er sich allerdings rechtlich nicht durchsetzen können.

Es ist auch nicht so, dass die Mitgesellschafter als Mitgründer bzw. Investoren so fachfremd gewesen sind, dass eine tatsächliche Ausübung der mit der formalen Stellung als Gesellschafter (und sogar Geschäftsführer) verbundenen Gestaltungsmacht von vornherein faktisch ausgeschlossen gewesen wäre. Dass ein Arbeitnehmer für sein Unternehmen aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten (beispielsweise als alleiniger Konzessionsträger) unersetzlich ist, macht ihn hingegen nicht zum Selbstständigen.

Ein abgetrennter Geschäftsbereich, in welchen der oder die anderen Gesellschafter-Geschäftsführer ihrem Mitgesellschafter nicht "hineinreden", ist zwar ein Indiz für Selbständigkeit. Maßgeblich ist jedoch nur die Gesamtschau. So hat das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen in dem ebenfalls vom Kläger angeführten Urteil vom 20. Dezember 2006 ([L 16 KR 110/06](#)) seine Entscheidung auch auf andere Kriterien gestützt.

Der Umstand, dass der Kläger für den Verkauf seiner Anteile Millionen erzielen konnte, ist für die maßgebliche Gesamtbetrachtung nicht von Bedeutung.

Schließlich sind hier auch nicht [§ 1 Satz 4](#) Sozialgerichtsgesetz Sechstes Buch (in der ab 1. Januar 2004 geltenden Fassung) bzw. § 27 Abs. 1 Nr. 5 Sozialgesetzbuch Drittes Buch in entsprechender Anwendung einschlägig, wonach Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (AG) nicht versicherungspflichtig bzw. in dem Unternehmen, dem sie angehören, nicht versicherungspflichtig beschäftigt sind. Das BSG hat bereits - für eine irische private limited company - festgestellt, dass ein in Deutschland beschäftigter Direktor (Mitglied des Boards of Directors) auch unter Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft nicht wie die Mitglieder des Vorstandes einer Deutschen AG von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung ausgenommen sind (Urteil vom 27. Februar 2008 - [B 12 KR 23/06 R](#) -).

Die Kostenentscheidung richtet sich nach [§ 193 SGG](#). 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

2012-04-23