
Datum: 08.05.2014
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 5. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 5 KR 243/13
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2014:0508.L5KR243.13.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 13 KR 386/10
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 12 KR 9/14 R
Sachgebiet: Krankenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 20.02.2013 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Klägerin begehrt im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens nach § 44 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) die Feststellung, dass sie bei der Beigeladenen zu 1) nicht versicherungspflichtig beschäftigt ist. 2

Die Klägerin arbeitete zunächst als Finanzbeamtin, bis sie dann im Jahr 1980 eine Tätigkeit als kaufmännische Angestellte in der Firma ihres Ehemannes aufnahm, der in I einen Malerbetrieb in der Rechtsform eines einzelkaufmännischen Unternehmens betrieb. Im Dezember 1984 gründeten die Klägerin und ihr Ehemann die beigeladene GmbH (Beigeladene zu 1). Geschäftsgegenstand der Beigeladenen zu 1) ist der Handel mit Tapeten, Farben, Glas und Bodenbelägen sowie die Verarbeitung der genannten Gegenstände. Die Klägerin ist an der Beigeladenen zu 1) mit 10 %, der Ehemann mit 90 % beteiligt. Alleiniger Geschäftsführer der GmbH ist der Ehemann der Klägerin; bezüglich des Stimmrechts ist vereinbart, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einstimmig zu fassen sind (§ 8 des Gesellschaftsvertrages). Die Klägerin ist bei der beigeladenen GmbH - wie zuvor bei dem Einzelhandelsunternehmen - im kaufmännischen Bereich tätig. 1985 hat 3

sie den Einzelhandel vergrößert, nimmt seither den Einkauf hierfür selbständig wahr und ist ferner auch für den Verkauf zuständig. Die Klägerin erhält ein festes monatliches Gehalt, das auf ihr privates Bankkonto überwiesen wird und das im Falle von Krankheit und Urlaub fortgezahlt wird. Erhöhungen des monatlichen Entgelts im Laufe der Jahre beruhten immer auf der Ausdehnung des zeitlichen Umfangs der Tätigkeit der Klägerin in der Firma.

Durch Bescheid vom 28.03.1985 stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist. 4

Am 23.11.2007 beantragte die Klägerin, den Bescheid vom 28.03.1985 zurückzunehmen und festzustellen, dass sie in ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) seit dem 12.12.1984 nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Sie gab an, ohne arbeitsvertragliche Grundlage unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens eine monatliche Vergütung i.H.v. 1.300,- Euro zu erhalten, die im Falle von Arbeitsunfähigkeit für die Dauer von 6 Wochen fortgezahlt werde. Ihr Gehalt werde als Betriebsausgabe verbucht. Sie unterliege keinem Weisungsrecht der Gesellschaft, sondern bestimme und gestalte ihre Tätigkeit frei, abhängig von den betrieblichen Erfordernissen. Personal könne sie nicht selbständig einstellen; gekündigt werden könne sie nur aus wichtigem Grund. Sie habe der Beigeladenen zu 1) Darlehen i.H.v. insgesamt 66.300,- Euro gewährt. 5

Nachdem die Beklagte mehrfach schriftlich lediglich ihre Auffassung bekräftigt hatte, dass sie weiterhin von einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung der Klägerin ausgehe, ohne jedoch förmlich den Antrag der Klägerin zu bescheiden, hat diese am 14.04.2008 Klage vor dem Sozialgericht Dortmund erhoben, mit der sie die Verurteilung der Beklagten zur Bescheidung ihres Antrags begehrt hat. 6

Durch Bescheid vom 26.05.2010 hat die Beklagte den Antrag der Klägerin gemäß § 44 SGB X abgelehnt. Den dagegen unter dem 23.06.2010 eingelegten Widerspruch wies die Beklagte durch den Widerspruchsbescheid vom 22.09.2010 zurück. 7

Die Klägerin, die nunmehr die Aufhebung des Bescheides vom 26.05.2010 und des Widerspruchsbescheides vom 22.09.2010 sowie die Rücknahme des bindenden Bescheides vom 28.03.1985 und die Feststellung der Sozialversicherungsfreiheit ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) begehrt hat, hat zur Begründung vorgebracht: Der Bescheid vom 28.03.1985 sei rechtswidrig, weil sie tatsächlich selbständig tätig gewesen sei. Entscheidend sei, dass die Gesellschafterbeschlüsse der Beigeladenen zu 1) einstimmig zu fassen seien, so dass sie über eine Sperrminorität verfüge und als Gesellschafterin also maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen könne. Auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages arbeitete sie mit ihrem Ehegatten einvernehmlich zusammen; ein Arbeitsvertrag existiere nicht und das Weisungsrecht des Ehemannes sei einvernehmlich abbedungen. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

den Bescheid der Beklagten vom 26.05.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.09.2010 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, den Bescheid vom 28.03.1985 zurückzunehmen sowie festzustellen, dass es sich bei der ab dem 12.12.1984 ausgeübten Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) um eine nicht sozialversicherungspflichtige Tätigkeit gehandelt habe. 10

Die Beklagte hat beantragt, 11

12

die Klage abzuweisen.

Sie hat an ihrer Ansicht festgehalten, dass die Klägerin seit 1984 bei der Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt sei. 13

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt. 14

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 20.02.2013 abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen. 15

Gegen das ihr am 21.03.2013 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 19.04.2013 Berufung eingelegt. 16

Zur Begründung bringt sie vor: Aus dem Gesellschaftsvertrag sowie ihren eigenen Angaben und den Angaben ihres Ehegatten werde deutlich, dass sie mit ihrem Ehemann partnerschaftlich, gleichberechtigt agiere und dass das für Arbeitsverhältnisse typische Unterordnungsverhältnis unter Ausgleich der gegenläufigen Interessen nicht als vereinbart angenommen werden könne. Das Sozialgericht verneine zu Unrecht das Vorliegen eines unternehmerischen Risikos. Sie habe der Beigeladenen zu 1) unstreitig mehr als 60.000,- Euro an Kapital zur Verfügung gestellt, welches als Gesellschafterdarlehen in den Bilanzen geführt werde. Ferner habe sie im Jahre 2004 einen Kredit i.H.v. 20.000,- Euro gemeinsam mit ihrem Ehemann aufgenommen, um einen LKW für die Beigeladene zu 1) anschaffen zu können. Schließlich spreche das Bestehen der erwähnten Sperrminorität entscheidend für eine selbständige Tätigkeit. 17

Die Klägerin beantragt, 18

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 20.02.2013 zu ändern und nach dem Klageantrag zu erkennen. 19

Die Beklagte und die Beigeladene zu 4) beantragen, 20

die Berufung zurückzuweisen. 21

Sie halten das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. 22

Die Beigeladene zu 1) sowie die Beigeladenen zu 2) und 3) stellen keine Anträge. 23

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird verwiesen auf den übrigen Inhalt der Streitakten sowie der Verwaltungsakten der Beklagten, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist. 24

Entscheidungsgründe: 25

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Beklagte hat es durch den Bescheid vom 26.05.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.09.2010 zu Recht abgelehnt, den Bescheid vom 28.03.1985 gemäß § 44 SGB X zurückzunehmen und festzustellen, dass die Klägerin seit dem 12.12.1984 in ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist. 26

§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X bestimmt: Soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen 27

worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind, ist der Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen.

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen nicht vor. Weder ist bei Erlass des bindenden Bescheides vom 28.03.1985 das Recht unrichtig angewandt worden noch ist von einem Sachverhalt ausgegangen worden, der sich als unrichtig erweist. Die Beklagte hat vielmehr zutreffend festgestellt, dass die Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) versicherungspflichtig beschäftigt ist. 28

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V -, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB XI -, § 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB VI -, § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III -). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Beschäftigung ist danach die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). 29

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (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 dem Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Voraussetzungen überwiegen. Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung. 30

Das Gesamtbild beurteilt sich grundsätzlich 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 zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 18). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (BSG SozR 3-2400 § 7 Nrn. 3, 15). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Rechtsbeziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Bei juristischen Personen gilt, dass deren Organe nicht in einem rechtsfreien bzw. der Beliebigkeit der Beteiligten unterstehenden Raum agieren. Vielmehr 31

sind die rechtlichen Rahmenbedingungen, wie sie insbesondere durch das Zivilrecht ausgestaltet sind, zu beachten. Angesichts dieser rechtlichen Rahmenbedingungen kann allein aus der faktischen Nichtwahrnehmung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse nicht auf deren stillschweigende Abbedingung geschlossen werden (BSG, Urteil vom 29.08.2012 - B 12 KR 14/10 R - Rdn. 25).

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen unterliegt die Klägerin in ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) der Sozialversicherungspflicht.

32

Die Klägerin hat sich hier mit der Beigeladenen zu 1), die durch den allein vertretungsberechtigten Ehemann der Klägerin als Geschäftsführer vertreten wurde, darüber geeinigt, dass sie gegen ein festes monatliches Entgelt, das nach den Bekundungen der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung am 08.05.2014 ausdrücklich abhängig von dem zeitlichen Umfang der geleisteten Arbeit war, für die Beigeladene zu 1) im kaufmännischen Bereich unter Einschluss des Verkaufs im Ladengeschäft tätig sein sollte. Neben dem festgelegten zeitlichen Umfang bestand Einigkeit über eine 6-wöchige Fortzahlung im Krankheitsfall sowie die Gewährung von Urlaub. Diese Einigung, die nach dem Vorbringen der Klägerin und ihres Ehegatten nicht schriftlich fixiert worden ist, muss dann aber notwendigerweise mündlich erfolgt sein. Sie entspricht dem wesentlichen Inhalt eines Arbeitsvertrages. Dabei ist davon auszugehen, dass der (mündliche) Vertrag, den die Klägerin bereits bei ihrem Eintritt in die Einzelhandelsfirma ihres Ehegatten geschlossen hatte, nach Gründung der GmbH von dieser fortgeführt wurde, so wie die GmbH auch im Übrigen Rechtsnachfolgerin des zuvor vom Ehegatten betriebenen einzelkaufmännischen Unternehmens war. Nach den Bekundungen der Klägerin sowie auch ihres Ehegatten im Termin zur mündlichen Verhandlung am 08.05.2014 ist jedenfalls im Zusammenhang mit der Gründung der GmbH im Jahre 1984 eine andere, "neue" Vereinbarung zwischen den Beteiligten über die Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 1) - schriftlich oder mündlich - nicht getroffen worden. Es erfolgte nur eine Einigung über die Erhöhung des zeitlichen Umfangs des Tätigwerdens der Klägerin für die GmbH und die daraus resultierende Erhöhung des monatlichen Gehalts; die Orientierung der Höhe des monatlichen Gehalts am zeitlichen Umfang der Tätigkeit ist wiederum typisch für ein Angestelltenverhältnis. Der Gesellschaftsvertrag trifft hinsichtlich der Tätigkeit der Klägerin keinerlei Regelungen. Er scheidet deshalb - anders als die Klägerin meint - als rechtliche Grundlage für die Tätigkeit der Klägerin in der GmbH aus. Ferner wurde das monatliche Gehalt der Klägerin - wie bei jedem anderen Arbeitnehmer auch - auf ein eigenes Konto der Klägerin gezahlt. Das Erscheinungsbild der Tätigkeit der Klägerin wird demnach ganz wesentlich von Elementen geprägt, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis typisch sind.

33

An der demnach bestehenden Einschätzung, die Klägerin als Arbeitnehmerin zu beurteilen, ändert sich nichts durch die Tatsache, dass nach dem Gesellschaftsvertrag, den die Klägerin mit ihrem Ehegatten geschlossen hat, Gesellschafterbeschlüsse nur einvernehmlich zu fassen sind.

34

Ein GmbH-Gesellschafter, der in der GmbH angestellt, aber nicht zum Geschäftsführer bestellt ist, besitzt aufgrund seiner gesetzlichen Gesellschafterrechte nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben oder abzuschwächen. Vorbehaltlich anderer Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag - die hier nicht gegeben sind - ist die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Angestellten der GmbH nämlich Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung (vergl. BSG, Urteil vom 17.05.2001, Az B 12 KR 34/00 R mit weiteren Nachweisen). Die Klägerin konnte und kann deshalb Weisungen ihres Ehegatten bezogen auf ihre Tätigkeit als

35

kaufmännische Angestellte nichts entgegensetzen, insbesondere auch nicht aufgrund der Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach die Gesellschafterbeschlüsse einvernehmlich zu treffen sind. An dieser rechtlich bestehenden Weisungsbefugnis des Ehegatten der Klägerin als des Geschäftsführers ändert sich nichts durch die gelebte Praxis unter den Ehegatten, Entscheidungen auch hinsichtlich des Tätigkeitsbereichs der Klägerin (möglichst) einvernehmlich zu treffen.

Im Hinblick auf die von der Beigeladenen zu 1) gewährten Darlehen sowie die Übernahme einer Darlehensverpflichtung zu Gunsten der Beigeladenen zu 1) ist zwar einzuräumen, dass dies kein arbeitnehmertypisches Verhalten darstellt. Dennoch trifft die Klägerin insoweit vorrangig ein bloßes Haftungs- bzw. Ausfallrisiko und kein Unternehmerrisiko im engeren Sinne, weil bei jenem das Wagnis des Einsatzes von tatsächlichen Mitteln bzw. der Arbeitskraft mit einer Gewinnchance verbunden ist (LSG NRW, Urteil vom 25.11.2010 L 16 KR 313/10). Im Übrigen entspricht es der Praxis vieler Banken, im Rahmen der Darlehensgewährung an Familienunternehmen eine (Mit-)Verpflichtung von Familienangehörigen zu verlangen. Hieraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass der aus dem familiären Umfeld stammende Mitverpflichtete zwangsläufig mit der Abgabe einer entsprechenden Erklärung eine selbständige Tätigkeit aufnähme (LSG NRW, Urteil vom 25.11.2010 aaO). 36

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Sozialgerichtsgesetz (SGG). 37

Der Senat hat der Streitsache grundsätzliche Bedeutung beigemessen und deshalb die Revision zugelassen (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG). 38