

L 11 KR 2061/07

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Ulm (BWB)

Aktenzeichen

S 5 KR 2319/04

Datum

16.02.2007

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 KR 2061/07

Datum

06.05.2008

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 16. Februar 2007 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger in der Zeit vom 01.04.1988 bis 31.03.1998 sozialversicherungspflichtig bei dem Beigeladenen Ziffer 1 beschäftigt war.

Der am 30.12.1966 geborene Kläger wurde mit Wirkung zum 01.04.1988 bei der Firma T. U. - E. P. (TO) als Vertriebsbeauftragter im Status TO-VB im Bereich der VS-U. eingestellt. Nach dem Einstellungsvertrag (Dienstvertrag) mit zwei Anlagen erhielt der Kläger neben dem monatlichen Grundgehalt Provisionen und Sonderprämien, Fortzahlung des Grundgehalts im Krankheitsfall für sechs Wochen, eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines 13. Grundgehaltes und Urlaubsgeld gemäß den Bestimmungen des Manteltarifvertrages für den Groß- und Außenhandel des Landes Bayern (§§ 4 und 5 des Dienstvertrages). Jede entgeltliche Nebentätigkeit bedurfte der vorherigen schriftlichen Zustimmung der TO-U. (§ 6) und nach § 8 konnte TO von dem Mitarbeiter - auch während des Bestehens des Dienstverhältnisses - die Herausgabe sämtlicher Geschäftsunterlagen (einschließlich der eigenen dienstlichen Aufzeichnungen) sowie aller sonstigen firmeneigenen Gegenstände verlangen.

Im Dezember 1990 heiratete der Kläger die Tochter des Firmeninhabers E. P. ...

Am 12.03.1998 wurde zum 01.04.1998 die Systemhaus N.-U. P. + N. GmbH mit einem Stammkapital von 100.000,- DM gegründet und am 07.05.1998 in das Handelsregister eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist der Vertrieb und Service für EDV-Systeme (Hard- und Software) einschließlich Zubehör, ferner Erbringung von EDV-Dienstleistungen, insbesondere Rechenzentrumsverarbeitung. Als Gründungsgesellschafter übernahmen der Kläger sowie seine Ehefrau und deren Schwester je eine Stammeinlage zu 30.000,- DM und die Schwiegermutter eine Stammeinlage zu 10.000,- DM. Als Geschäftsführer wurden der Kläger (satzungsgemäße Vertretung - Arbeitsvertrag vom 02.04.1998) und die Schwiegermutter (alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit) bestellt.

Im Mai 2001 wandte sich der Kläger an die Beklagte, bei der er krankenversichert ist, zwecks sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung seiner Stellung als Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH.

Mit Bescheid vom 09.05.2001 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger ab dem 01.04.1998 nicht der Renten- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterliege. Aus dem Anstellungsvertrag sei zu entnehmen, dass der Kläger nicht an Zeit, Dauer und Ort gebunden sei. Der Kläger könne seine Tätigkeit in der GmbH grundsätzlich frei bestimmen und gestalten. Auch besitze der Kläger alleinig das Wissen und die notwendigen Branchenkenntnisse, um die unternehmensrelevanten Entscheidungen zu treffen. Die geringe Kapitalbeteiligung könne für die versicherungsrechtliche Entscheidung angesichts der tatsächlichen Verhältnisse, die eine Arbeitgeberfunktion widerspiegeln, vernachlässigt werden.

Ab 01.04.2002 war der Kläger als Geschäftsführer der A. Vertriebszentrum N.-U. GmbH tätig (Dienstvertrag vom 01.04.2002).

Im Oktober 2003 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Zeit vom 01.04.1988 bis 31.03.1998. Er machte geltend, aufgrund der seit 1987 bestehenden Partnerschaft mit seiner jetzigen Ehefrau sei er in die Firma des Vaters

als Mitarbeiter eingetreten. Es sei vorgesehen gewesen, dass er die Firma später übernehme, was schließlich auch eingetreten sei. Aus diesem Grunde habe er seine Arbeitskraft in die Firma eingebracht, die weit über das Maß einer fremden Arbeitskraft hinausgegangen sei (z.B. Wochenendarbeit). Er habe seine Arbeitszeit frei bestimmen können und sei praktisch keinen Weisungen ausgesetzt gewesen. Im Verhältnis zu Umfang und Art der im Betrieb zu verrichtenden Tätigkeit habe das bezahlte Entgelt keinen angemessenen Gegenwert für die ausgeübte Tätigkeit dargestellt. Er habe schon vom 01.04.1988 an durch sein Wissen und seine Branchenkenntnisse die notwendigen und unternehmerischen Entscheidungen beeinflussen und mitgestalten können. Im Ergebnis sei er lediglich wegen familienhafter Bindungen beschäftigt worden.

Mit Schreiben vom 18.11.2003 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie unabhängig von der rechtskräftigen Entscheidung vom 09.05.2001 auch bei einer erneuten Prüfung zu keinem anderen Ergebnis kommen könne. Aus den eingereichten Einstellungsverträgen sei kein Hinweis darüber zu finden, dass die familiäre Situation Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung gehabt haben sollte. Die Vertragsinhalte und die Vergütung entsprächen Regelungen, wie sie üblicherweise auch mit Fremden vereinbart würden.

Der Kläger entgegnete hierauf, bereits kurz nach seinem Eintritt in die Firma am 01.04.1988 sei eine schwerpunktmäßige Aufteilung der Aufgabenbereiche erfolgt. Während der bisherige Firmeninhaber, sein Schwiegervater Herr P., ausschließlich in der Verwaltung tätig gewesen sei, habe er die Leitung der Vertriebsabteilung übernommen. In dieser Abteilung sei er der alleinige Chef gewesen. Er habe insoweit keinen Vorgesetzten gehabt. Sein Schwiegervater habe ihm bei der Führung des Betriebes völlig freie Hand gelassen. Er habe die weitere Strategie und Ausrichtung der Firma entscheidend mitgeprägt. So habe er beispielsweise das Erscheinungsbild der Firma geändert, neue Geschäftsbereiche gegründet, einen Service-Line-Vertrag eingeführt, um die Dienstleistungserlöse der Systembetreuer und Techniker wesentlich zu erhöhen. Zusätzlich habe er den weiteren Dienstleistungsbereich Datenservice gegründet. Die Firma T. U. sei von 48 T.-Vertriebspartnern im Bundesgebiet zur Nummer 1 aufgestiegen. Dieses überdurchschnittliche Engagement habe sich auch in der Arbeitszeit niedergeschlagen, die mit derjenigen eines gewöhnlichen oder auch leitenden Angestellten nicht zu vergleichen gewesen sei. So habe er in der Regel 70 Stunden pro Woche gearbeitet. Spätestens mit der Eheschließung im Dezember 1990 seien die weiteren Weichen für eine Geschäftsübernahme des Betriebes durch ihn gestellt worden. Es sei vereinbart gewesen, dass sein Schwiegervater im Jahre 1998 mit der Vollendung seines 60. Lebensjahres aus dem Betrieb ausscheide und diesen in geänderter Rechtsform an ihn übergebe. Eine frühere Übergabe sei lediglich an der Tatsache gescheitert, dass sein Schwiegervater durch den Vertriebspartnervertrag mit der T. AG S. vor seinem 60. Lebensjahr nicht habe ausscheiden können. Mit der vorgesehenen Betriebsübernahme seien auch finanzielle Unterstützungen durch ihn einhergegangen, so habe er dem Betrieb im Jahre 1994 u.a. ein Darlehen in der Größenordnung von 15.000,- DM gewährt.

Mit Bescheid vom 20.04.2004 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Beitragserstattung ab, da die Beiträge nicht zu Unrecht entrichtet worden seien. Der Kläger habe in dem Zeitraum vom 01.04.1988 bis 31.03.1998 in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Aus den eingereichten Anstellungsunterlagen des damaligen Arbeitgebers sei kein Hinweis darüber zu finden, dass die familiäre Situation Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung gehabt haben sollte. Die Vertragsinhalte und die Vergütung entsprächen Regelungen, wie sie üblicherweise auch mit Fremden vereinbart worden seien. Auch habe dem Kläger bis zur GmbH-Gründung ab 01.04.1998 jegliches Unternehmerrisiko gefehlt. Er sei bis 31.03.1998 weder rechtlich noch faktisch Mitunternehmer im Betrieb seines Schwiegervaters gewesen. Er habe vertraglich gesicherte Lohnansprüche gehabt. Nicht zu verkennen sei im Zeitablauf eine gewisse Prägung der Arbeitsbedingungen im Sinne einer familiären Zusammenarbeit und daraus resultierend ein vergleichsweise stark ausgeprägtes Betriebsinteresse, so dass sich die Eingliederungs- und Weisungsgebundenheit auf die funktionsgerechte Teilhabe am Arbeitsplatz reduziert habe.

Den hiergegen eingelegten Widerspruch des Klägers, mit dem er auf sein bisheriges Vorbringen Bezug nahm, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 13.07.2004 zurück.

Deswegen erhob der Kläger am 09.08.2004 Klage zum Sozialgericht Ulm (SG) mit der Begründung, die Beklagte sei für den Zeitraum vom 01.04.1988 bis 31.03.1998 zu Unrecht davon ausgegangen, dass ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis bestanden habe. Sie verkenne insbesondere die familiären Bindungen, die diesem Vertragsverhältnis zugrunde gelegen hätten. Auch sei der Einwand der Beklagten, er habe kein relevantes Unternehmerrisiko getragen, nicht zutreffend. Er habe seine gesamte Arbeitskraft, die weit über die eines abhängig Beschäftigten hinausgegangen sei, sowie seine weitere Lebensplanung auf den Betrieb ausgerichtet, so dass dieser seine Existenz und finanzielle Lebensgrundlage dargestellt habe. Zwischen den Parteien sei auch klar gewesen, dass er von Anfang an auf eine vollständige Übernahme des Betriebes hinarbeiten solle, was so gewollt gewesen und auch eingetreten sei.

Mit Beschluss vom 04.11.2004 lud das SG den ehemaligen Arbeitgeber des Klägers, die Firma T. U. - E. P. - (Beigeladener Ziffer 1), die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte - jetzt Deutsche Rentenversicherung Bund - (Beigeladene Ziffer 2) und die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene Ziffer 3) zum Verfahren bei.

Der Kläger legte eine Abtretungsvereinbarung vom 10.10.2003 vor, mit welcher sein Schwiegervater den Anspruch auf Erstattung von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung an ihn abgetreten hat.

Die Beklagte legte die gemeinsamen Grundsätze für die Verrechnung und Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung vor.

Die Beigeladene Ziffer 3 berief sich auf die Einrede der Verjährung.

Mit Urteil vom 16.02.2007, den Prozessbevollmächtigten des Klägers zugestellt am 02.04.2007, wies das SG die Klage ab. In den Entscheidungsgründen führte es im Wesentlichen aus, die Beklagte habe zutreffend festgestellt, dass der Kläger in der streitgegenständlichen Zeit vom 01.04.1988 bis 31.03.1998 im Unternehmen des Beigeladenen Ziffer 1 versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Damit scheide ein Anspruch auf Erstattung der geleisteten Beitragszahlungen unabhängig von einer möglicherweise zwischenzeitlich eingetretenen Verjährung aus. Nach der vorzunehmenden Gesamtabwägung sprächen die vorliegenden Umstände überwiegend für eine abhängige Beschäftigung des Klägers beim Beigeladenen Ziffer 1. Nach dem geschlossenen Arbeitsvertrag habe er monatliche Lohnbezüge erhalten, sei insoweit also keinem finanziellen Risiko (Unternehmerrisiko) ausgesetzt gewesen. Die Höhe des bezogenen Arbeitsentgelts spreche ebenfalls für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Es gehe deutlich über die

Gewährung bloßer Unterhaltsleistungen hinaus und sei daher für die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit als leistungsentsprechend anzusehen. Zudem habe der Kläger Provisionen erhalten, welche kein Unternehmerrisiko begründen könnten. Diese in der Verkaufsbranche nicht unüblichen Provisionszahlungen stellten ein ergänzendes Arbeitsentgelt dar und dienten ggfs. der Motivation der Beschäftigten. Ein weiteres Indiz für eine abhängige Beschäftigung liege darin, dass der Kläger für seine Tätigkeit einen zu versteuernden und sozialversicherungspflichtig geführten Lohn erhalten habe, welcher über die gesamte Dauer des Beschäftigungsverhältnisses als Betriebsausgabe verbucht worden sei. Dass der Kläger dem Beigeladenen Ziffer 1 ein Darlehen in Höhe von 15.000,- DM gewährt habe, führe nicht zur Annahme eines Unternehmerrisikos. Zwar sei die Gewährung eines Darlehens für das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber eher untypisch, im konkreten Fall sei jedoch zu berücksichtigen, dass nach den Angaben des Klägers und des Beigeladenen Ziffer 1 das Darlehen aus finanzieller Sicht nicht erforderlich gewesen sei und in erster Linie dazu gedient habe, dem Kläger eine Art Zugehörigkeitsgefühl ("einen Fuß in die Firma bekommen") zu vermitteln. Zum anderen habe der Kläger während seiner Tätigkeit auch dem Weisungsrecht des Beigeladenen Ziffer 1 als Inhaber der Einzelfirma unterlegen. Ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Verwandten sei in der Regel von einer mildernden Form des Über- und Unterordnungsverhältnisses gekennzeichnet. Trotz der familiären Bindungen sei aber von einem Weisungsrecht des Beigeladenen Ziffer 1 gegenüber dem Kläger in Bezug auf seine Arbeit auszugehen. Ferner sei davon auszugehen, dass durch die Beschäftigung des Klägers im Betrieb die Einstellung einer fremden Arbeitskraft erspart worden sei. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass einzig der Kläger in der Lage gewesen wäre, die branchentypischen Arbeiten zu erledigen, die aufgrund der Art des Unternehmens erforderlich gewesen seien.

Hiergegen richtet sich die am 23.04.2007 eingelegte Berufung des Klägers. Er verweist zur Begründung auf sein bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor, er sei zwar von den Einkünften in dem Betrieb in dem Sinne abhängig gewesen, dass er Einkünfte nur aus dieser Tätigkeit erzielt habe. Es habe sich aber nicht um eine persönliche Abhängigkeit in der Art gehandelt, dass er von den Weisungen seines Schwiegervaters abhängig gewesen sei und seine Arbeitszeit in irgendeiner Weise vorgegeben gewesen sei. Der Schwiegervater habe ihm keine Weisungen erteilt, sondern ihm im Gegenteil die Tätigkeit in der von ihm zu leitenden Abteilung in eigener Verantwortung überlassen. Zumindest ab dem Zeitpunkt der Eheschließung sei von einer selbständigen und nicht versicherungspflichtigen Tätigkeit auszugehen. Die Tatsache, dass er dem Betrieb ein Darlehen zur Verfügung gestellt habe, zeige seine von einer versicherungspflichtigen Tätigkeit zu unterscheidende herausragende Stellung. Auch dass die Beklagte ab 01.04.1998 eine selbständige Tätigkeit angenommen habe, widerspreche einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, denn seine Tätigkeit vor und nach dem 01.04.1998 sei identisch gewesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 16. Februar 2007 sowie den Bescheid vom 20. April 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Juli 2004 aufzuheben, festzustellen, dass er in der Zeit vom 01. April 1988 bis 31. März 1998 nicht der Sozialversicherungspflicht unterlegen ist und die Beigeladenen zu Ziffer 2 und 3 zu verurteilen, die im Zeitraum vom 01. April 1988 bis 31. März 1988 geleisteten Sozialversicherungsbeiträge zurückzuerstatten.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladene Ziffer 2 beantragt ebenfalls,

die Berufung zurückzuweisen.

Die übrigen Beteiligten haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Der Senat hat die Pflegekasse mit Beschluss vom 9. April 2008 zum Verfahren beigelegt (Beigeladene Ziffer 4).

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Prozessakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den §§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung, über die der Senat mit Einverständnis der Beteiligten gemäß § 124 Abs. 2 SGG ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, ist unbegründet. Das Urteil des SG ist nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat zu Recht die Sozialversicherungspflicht des Klägers im streitigen Zeitraum festgestellt, so dass eine Erstattung der Beiträge unabhängig von einer etwaig eingetretenen Verjährung bereits aus diesem Grund ausscheidet.

Die Beklagte stellt als Einzugsstelle die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung fest (§ 28 h Abs. 2 Satz 1 SGB IV). 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, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch, § 1 Satz 1 Nr. 6 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, § 168 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes bis 31.12.1997, ersetzt durch § 25 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG; vgl. zuletzt Urteil vom 24.01.2007 - B 12 KR 31/06 R -, SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 7 und Urteil vom 04.07.2007 - B 11 a AL 5/96 R, für SozR vorgesehen) 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 die selbständige 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 selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgeblich ist dabei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; [SozR 3 - 2490 § 7 Nr. 13](#); [SozR 3 - 3400 § 7 Nr. 15](#), jeweils m.w.N.; zuletzt Urteil des BSG vom 24.01.2007 [a.a.O.](#)).

In Ansehung dieser rechtlichen Gegebenheiten ist der Kläger im streitigen Zeitraum sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Dies hat das SG im Urteil ausführlich und zutreffend begründet dargelegt. Der Senat schließt sich den überzeugenden Ausführungen des SG insoweit in vollem Umfang an und sieht deswegen von einer weiteren Darstellung seiner Entscheidungsgründe ab ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Ergänzend ist auszuführen, dass nach der Überzeugung des Senats vorliegend die Umstände überwiegen, die für eine abhängige Beschäftigung des Klägers sprechen, nämlich der Abschluss eines Dienstvertrages mit den üblichen Regelungen, die regelmäßige Bezahlung eines über bloße Unterhaltszahlungen hinausgehenden Grundgehalts unabhängig von der Ertragslage, die Zahlung von Provisionen und Sonderprämien, die Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, die Weihnachtsgratifikation in Höhe eines 13. Grundgehalts, die Zahlung eines Urlaubsgeldes nach den Bestimmungen des Manteltarifvertrages für den Groß- und Einzelhandel, die Buchung des Entgelts als Betriebsausgabe und die Versteuerung als Lohn sowie das fehlende Unternehmerrisiko.

Der Kläger war in dem hier streitigen Zeitraum weder rechtlich noch wirtschaftlich am Unternehmen des Beigeladenen Ziffer 1 beteiligt. Er hatte keine eigene Betriebsstätte und es kann auch nicht von einer alleinigen oder auch nur gleich geordneten Leitung ausgegangen werden. Nach seinem eigenen Vorbringen hatte eine Aufgabenteilung in dem Sinne stattgefunden, dass der Kläger die Leitung der Vertriebsabteilung übernahm und sein Schwiegervater (Beigeladener Ziffer 1) für die Verwaltung zuständig war. Der Kläger war in das Einzelunternehmen des Beigeladenen Ziffer 1 eingegliedert und auch weisungsabhängig. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass der Beigeladene Ziffer 1 im zumutbaren Rahmen jederzeit eine Änderung des zugewiesenen Tätigkeitsbereichs vornehmen und im Falle einer geringeren Aufgabenstellung die Bezahlung entsprechend anpassen bzw. kürzen konnte (§ 1 des Dienstvertrages) und das Verkaufsprogramm jederzeit durch Zuweisung neuer Produkte erweitert werden durfte (§ 2). Im Falle einer Gebietsänderung waren Reservierungen schriftlich zu vereinbaren und vom Vorgesetzten (Beigeladener Ziffer 1) zu genehmigen. Bei Kündigungen oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses lief eine Reservierungszeit nur bis zum Ausscheiden des Mitarbeiters. Alle Aufträge bedurften der schriftlichen Annahme durch den Beigeladenen Ziffer 1, wobei eine Änderung durch den Kläger nicht gestattet war (§ 3 der Anlage zum Dienstvertrag). Allein der Beigeladene Ziffer 1 hatte mithin die Rechtsmacht, unternehmerische Entscheidungen durchzusetzen. Der Kläger war dagegen aufgrund des Dienstvertrages und der fehlenden Rechtsmacht an die Weisungen des Beigeladenen Ziffer 1 gebunden.

Dass seitens des Beigeladenen Ziffer 1 das Weisungsrecht nicht vollumfänglich ausgeübt bzw. gänzlich auf das Weisungsrecht verzichtet wurde, ist nicht ersichtlich. Je höher die Qualifikation des Beschäftigten ist, desto geringer sind allerdings in der Regel die Weisungen, die ihm zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe erteilt werden (BSG, Urteil vom 14.05.1981 - [12 RK 11/80](#); Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 20](#)). Unschädlich ist insoweit auch, dass das Arbeitsverhältnis infolge der Heirat der Tochter des Firmeninhabers (Beigeladener Ziffer 1) durch familienhafte Rücksichtnahme gekennzeichnet war und daher das Weisungsrecht möglicherweise verfeinert ausgeübt wurde. Vielmehr ist ein eingeschränktes Weisungsrecht und eine mindere Form des Über- und Unterordnungsverhältnisses bei familienhafter Mitarbeit im Beschäftigungsverhältnis symptomatisch ([BSGE 34, 207](#), 210; [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#)). Dies gilt auch für eine freiere Gestaltung des Beschäftigungsverhältnisses mit größeren Freiheiten für die Arbeitszeit.

Der Kläger unterlag keinerlei Unternehmerrisiko. Seine eingesetzte Arbeitskraft kann dem Wagniskapital eines Unternehmers nicht gleichgesetzt werden. Die gewährten Provisionen und Sonderprämien führen zu keinem Unternehmerrisiko, denn diese sind angesichts des dem Kläger zustehenden festen Grundgehalts dem Wagniskapital nicht gleichzusetzen, sondern Ausdruck auch bei Arbeitnehmern insbesondere in der Branche des Klägers verbreiteter leistungsorientierter Vergütungsbestandteile. Beim Kläger bestand nie die Gefahr, die Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen. Die Provisionen und Sonderprämien sind nicht mit einem Verlustrisiko verbunden.

Was das vom Kläger geltend gemachte Darlehen in Höhe von 15.000,- DM angeht, hat das SG zu Recht darauf hingewiesen, dass es aus finanzieller Sicht nicht erforderlich war und in erster Linie der familiären Zugehörigkeit diente. Im Übrigen würde dieses Darlehen der Arbeitnehmereigenschaft nicht widersprechen, denn nach der Rechtsprechung ist zwar z.B. die Gewährung eines Darlehens durch einen Arbeitnehmer an den Arbeitgeber nicht typisch, andererseits sind solche Leistungen auch nicht ausgeschlossen (vgl. BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 17](#)).

Der Hinweis des Klägers auf sein Wissen und seine Branchenkenntnisse geht fehl, denn es handelt sich um Eigenschaften, die in der Regel eine leitende Stellung mit sich bringt. Solche machen nicht jeden leitenden Angestellten zu einem Unternehmer. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 18](#)). Insoweit ist auch ohne Bedeutung, ob der Beigeladene Ziffer 1 von seiner Rechtsmacht tatsächlich Gebrauch gemacht hat. Die Nichtausübung eines Rechts ist unbeachtlich, solange dieser Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist (BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#)).

Die Berufung des Klägers konnte deshalb keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB
Saved
2008-05-15