

L 5 KR 3334/08

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Heilbronn (BWB)

Aktenzeichen

S 9 KR 2606/06

Datum

20.05.2008

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 KR 3334/08

Datum

24.06.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beigeladenen Nr. 3 wird das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 20.5.2008 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger seit 1.7.2002 bei der Beigeladenen Nr. 1 versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der 1972 geborene Kläger ist - neben J.W. und G.W. - der jüngste von 3 Söhnen des Küfermeisters R.W. Nach dem Besuch des Wirtschaftsgymnasiums absolvierte er von 1993 bis 1995 eine Ausbildung zum Finanzassistenten und studierte sodann von 1995 bis 2002 das Fach Wirtschaftswissenschaften. Am 1.7.2002 übernahm er die Leitung des kaufmännischen Bereichs für Vertrieb und Büroorganisation der Beigeladenen Nr. 1 (Lebenslauf und Arbeitsvertrag Verwaltungsakte S. 3/4).

R.W. hatte den väterlichen Weinbaubetrieb im Jahr 1969 übernommen. Das Unternehmen wurde bis 8.5.1993 unter der Firma "Weinkellerei R.W." geführt und sodann mit Gesellschaftsvertrag vom 18.12.1992 (Verwaltungsakte S. 13, 10) als GmbH (Firma: "R.W. GmbH") verfasst. Das Stammkapital betrug einen 100.000 DM. Als Stammeinlagen übernahmen R.W. 52.000 DM und dessen Sohn J.W. 48.000 DM (§ 3 des Gesellschaftsvertrages); für die Beschlussfassung war einfache Mehrheit vorgesehen, wobei nach Geschäftsanteilen (je 100 DM Geschäftsanteil 1 Stimme) abgestimmt wurde (§ 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages). Alleiniger Gesellschafter war die W-Besitzgesellschaft, die seit 1.3.2004 aus den Gesellschaftern R.W., J.W. und G.W. bestand (Vertrag vom 1.3.2004, Verwaltungsakte S. 20). Ursprünglich waren R.W. und J.W. zu Geschäftsführern mit Alleinvertretungsrecht bestellt; ab 5.6.1997 wurde G.W. ebenfalls zum Geschäftsführer mit Einzelvertretungsrecht bestellt (Handelsregisterauszug, Verwaltungsakte S. 26). Dem Kläger wurde ab 11.3.2005 Prokura erteilt (Eintragungsnachricht des Amtsgerichts Heilbronn, Verwaltungsakte S. 27).

R.W. hatte mit Vertrag vom 17.11.1978 (Verwaltungsakte S. 42; Nachtragsverträge vom 8.12.1981 und 10.1.2000, Verwaltungsakte S. 33 bzw. 29) seine drei Söhne als stille Gesellschafter in das Unternehmen aufgenommen und hierfür drei stille Gesellschaften gegründet. Den stillen Gesellschaftern wurde schenkungshalber eine Einlage von je 30.000 DM zugewendet und sie wurden am Jahresgewinn mit je zwölf Prozent beteiligt. Die Geschäftsführung verblieb allein bei R.W. (§§ 1, 4 und 3 des Vertrages).

Unter dem 30.8.2005 (Verwaltungsakte S. 68) beantragte der Kläger festzustellen, dass er seit 1.7.2002 nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden und deshalb nicht der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe. Er trug vor, seit 1.7.2002 sei er in dem Familienbetrieb beschäftigt, wobei ihm neben seinem Bruder G.W. gleichberechtigt (u.a.) die kaufmännische Leitung, die Betreuung von Großkunden und die Messepräsenz übertragen worden seien. Er habe von Anfang an über umfassende Vollmachten und Duldungen verfügt, so dass er das Unternehmen habe nach außen vertreten können. Im Jahr 2005 sei ihm sodann Prokura erteilt worden, um den tatsächlichen Verhältnissen einen rechtlichen Rahmen zu geben. Er erfülle seine Aufgaben eigenverantwortlich und weisungsfrei und verfüge über eine Sonderstellung, weshalb er wie ein Mitinhaber des Unternehmens zu behandeln sei, unbeschadet dessen, dass man auf Grund laienhafter Vorstellungen einen Arbeitsvertrag abgeschlossen und ihn als abhängig Beschäftigten geführt habe. Er habe auf mündlich vereinbarte Gewinnausschüttungen verzichtet und der W-Besitzgesellschaft Darlehen gewährt (vorläufiger Darlehensstand zum 31.12.2004: 205.693,29 EUR; Darlehensvertrag Verwaltungsakte S. 48, 43).

Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen (Verwaltungsakte S. 58) gab der Kläger an, er übe seine Tätigkeit aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung aus. In den Betrieb sei er nicht wie eine fremde

Arbeitskraft eingegliedert. Würde er nicht mitarbeiten, hätte eine andere Arbeitskraft nicht eingestellt werden müssen. An Weisungen des Betriebsinhabers sei er nicht gebunden, könne seine Tätigkeit vielmehr frei bestimmen und gestalten. Auf Grund seiner Fachkenntnisse wirke er bei der Führung des Betriebs mit. Die Mitarbeit sei im Hinblick auf familienhafte Rücksichtnahme durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander geprägt. Urlaubsanspruch und Kündigungsfrist seien vereinbart. Bei Arbeitsunfähigkeit werde das Arbeitsentgelt für mindestens 6 Wochen fortgezahlt. Das Arbeitsentgelt entspreche im Hinblick auf längere Arbeitszeiten nicht dem tariflichen bzw. ortsüblichen Gehalt; es werde regelmäßig gezahlt. Das Arbeitsentgelt werde auf ein privates Konto überwiesen. Es werde Lohnsteuer abgeführt und das Arbeitsentgelt werde als Betriebsausgabe verbucht. Am Unternehmen sei er nicht beteiligt, habe dem Unternehmen aber Darlehen und Sicherheiten geleistet. Dadurch und durch die Einlage einer stillen Beteiligung von 30.000 DM bereits ab November 1978 habe er ein erhebliches unternehmerisches Risiko übernommen und sei vom wirtschaftlichen Erfolg des Betriebs abhängig. Im Bereich Absatz verfüge er allein über die notwendigen Kenntnisse und die notwendige Fachkompetenz (Verwaltungsakte S. 54).

Dem Statusfeststellungsantrag war neben erläuternden Bestätigungen (u.a.) der Arbeitsvertrag des Klägers vom 1.7.2002 beigefügt (Verwaltungsakte S. 3). Darin ist (u.a.) vereinbart, dass der Kläger alleinverantwortlich für den kaufmännischen Bereich eingestellt werde und hier federführend für den Vertrieb und die Büroorganisation zuständig sei. Außerdem sei er für die Auszubildenden im kaufmännischen Bereich maßgeblich verantwortlich. Hinsichtlich der zeitlichen Einteilung erfolge die Beschäftigung nach Arbeitsanfall selbstverantwortlich. Ziel sei es, die sich aus einer Beschäftigungsdauer von zur Zeit 8 Stunden täglich und 5 Tagen in der Woche ergebende Jahresarbeitszeit zu erreichen. Im Hinblick auf saisonal anfallende Arbeiten habe der Kläger nach eigenem Ermessen zu arbeiten; er sei in der Gestaltung von Ort, Zeit und Dauer der Tätigkeit frei. Die regelmäßige Arbeitszeit entspreche der für Vollzeit Arbeitnehmer üblichen Arbeitszeit. Das Bruttogehalt wurde auf monatlich 2.100 EUR festgelegt. Der Urlaubsanspruch betrug 20 Arbeitstage. Für die Kündigung des Arbeitsvertrages wurde eine Frist von 6 Monaten zum Ende des Kalendermonats vereinbart.

Mit Bescheid vom 21.12.2005 stellte die Beklagte das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses fest. Der Kläger übe seine Tätigkeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags aus und sei am Unternehmen nicht beteiligt. Ungeachtet erheblicher Freiheiten und großer Eigenverantwortung arbeite er fremdbestimmt und trage kein Unternehmerrisiko.

Den dagegen eingelegten Widerspruch, zu dessen Begründung der Kläger sein bisheriges Vorbringen wiederholte und vertiefte, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 8.6.2006 zurück. Ein Nachweis über die Zustellung des Widerspruchsbescheids ist in den Verwaltungsakten nicht vorhanden. Nach Auskunft der Post wurde ein Benachrichtigungsschein zu der Postsendung mit dem Widerspruchsbescheid am 13.6.2006 in das Postfach des Empfängers eingelegt; weitere Feststellungen sind nicht möglich (Verwaltungsakte S. 124). Die mit der Klageschrift vorgelegte Ausfertigung des Widerspruchsbescheids trägt einen Eingangsstempel des Bevollmächtigten des Klägers mit dem Datum des 19.6.2006.

Am 18.7.2006 erhob der Kläger Klage beim Sozialgericht Heilbronn. Zur Begründung wiederholte er sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend trug er vor, bei dem Familienunternehmen handele es sich um einen traditionsreichen Betrieb, bei dem gerade das gleichberechtigte Zusammenwirken aller Familienmitglieder Garant des unternehmerischen Erfolges sei. Das komme nicht zuletzt in der Gründung der stillen Gesellschaft mit den damals noch minderjährigen Söhnen des R.W. zum Ausdruck. Er sei von Anfang an nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert gewesen. Vielmehr arbeite er - ggf. auch außerhalb der üblichen Arbeitszeiten - als kaufmännischer Leiter gleichberechtigt und völlig weisungsfrei mit. Auf Grund seiner Fachkenntnisse und einschlägigen Erfahrungen übe er gemeinsam mit seinem Bruder G.W. maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen aus. Er genieße quasi als gleichberechtigter Partner die Position eines "Mitinhabers" (Anführungszeichen im Original). Den Arbeitsvertrag habe man nur abgeschlossen, um entsprechenden gesetzlichen Verpflichtungen gerecht zu werden. Er habe auch dem Mitgesellschafter J.W. ein Darlehen in Höhe von 80.000 EUR gewährt, um die Finanzdecke zu erhalten. Nach dem Gesamtbild seiner Arbeitsleistung liege eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung nicht vor, zumal er ein erhebliches wirtschaftliches Interesse am Erfolg des Unternehmens habe und insoweit auch Risiken tragen müsse. Von Anfang an sei geplant gewesen, dass die drei Söhne des R.W. das Unternehmen mit ihrem Einstieg jeweils übergeben erhalten sollten. Mit dem Eintritt seines Bruders J.W. sei es zu einer jeweils hälftigen Aufteilung zwischen ihm und dem Vater gekommen. Beim Eintritt seines Bruders G.W. sei sodann eine Drittelung vorgenommen worden, sodass sein Vater das Letzte Drittel zur Übergabe an ihn bereitgehalten habe. Tatsächlich habe sein Vater am 1.7.2002, als er die Arbeit im Betrieb aufgenommen habe, auch das letzte Drittel der Geschäftsanteile aus der Hand gegeben. Allerdings sei es zur rein formalen Vollziehung noch nicht gekommen. Das liege aber nur daran, dass sein Vater erwartet habe, dass er, wie seine Brüder, schnell heirate und eine Familie gründe; das sei ihm indessen noch nicht gelungen. Sein Vater, der sich aus dem täglichen Geschäft ohnehin zurückgezogen habe, habe seine Erwartungshaltung mittlerweile geändert, weshalb es nunmehr kurzfristig auch zur formalen Übertragung eines Geschäftsanteils kommen werde.

Die Beklagte trug vor, der Kläger sei am Unternehmen nicht beteiligt. Er stelle dem Betrieb seine Arbeitskraft zur Verfügung, unbeschadet dessen, dass ihm bei der Arbeitsleistung große Freiheiten eingeräumt seien. Dennoch müsse von einer latenten Weisungsgebundenheit ausgegangen werden. Ein Unternehmerrisiko trage der Kläger nicht. Seine Vergütung erhalte er unabhängig von der Ertragslage des Betriebes. Auch die Gewährung von Darlehen mache ihn nicht zum selbstständigen Unternehmer.

In der mündlichen Verhandlung vom 20.5.2008 gab G.W. (als Zeuge vernommen) an, hinsichtlich der Führung des Betriebes würden die maßgeblichen Entscheidungen von ihm gemeinsam mit seinen beiden Brüdern getroffen. Er könne sich nicht mehr erinnern, ob zu Beginn seiner Tätigkeit ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden sei; er sei dann aber relativ schnell als Gesellschafter und Geschäftsführer in das Unternehmen eingetreten, da er geheiratet habe. Dass der Kläger noch nicht als Geschäftsführer und Gesellschafter aufgenommen worden sei, liege daran, dass er nicht verheiratet sei und keine Kinder habe; sein Vater (R.W.) sei insoweit ein wenig konservativ. Nachdem der Kläger jetzt seit 4 1/2 Jahren eine Lebensgefährtin habe, werde er nunmehr wohl bald als Gesellschafter eingetragen. Auch zuvor habe er aber schon das gleiche Mitspracherecht gehabt. Das Gehalt des Klägers wurde in der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts mit 4.100 EUR monatlich brutto angegeben; in dieser Höhe sei es immer schon gezahlt worden (Vermerk Verwaltungsakte S. 151).

Mit Urteil vom 20.5.2008 hob das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 21.12.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2006 auf und stellte fest, dass der Kläger mit seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen Nr. 1 ab 1.7.2002 nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden und nicht der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe. Zur Begründung führte es aus, unbeschadet dessen, dass der Kläger am Stammkapital des Unternehmens nicht beteiligt und auch nicht Gesellschafter sei, seiner Tätigkeit ein Arbeitsvertrag zu Grunde gelegen habe und von seinem als Betriebsausgabe verbuchten Gehalt Lohnsteuer und

Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden seien, müsse er als Unternehmer eingestuft werden. Denn er habe sich in der mündlichen Verhandlung kompetent, sicher und souverän zum Aufbau des Betriebes geäußert. Außerdem hätten er und der Zeuge G.W. glaubhaft versichert, die Aufteilung des Betriebes sei schon beschlossene Sache gewesen, als sie sich noch im Kindes- bzw. Jugendalter befunden hätten. Der Kläger habe dem Familienunternehmen auch Darlehen in nicht unerheblichem Umfang gewährt und in der Öffentlichkeit wie im Internet werde mit den Bildern aller drei Brüder geworben. Schließlich sei die Übertragung eines Geschäftsanteils an den Kläger in Kürze geplant, nachdem er nunmehr schon 4 Jahre lang mit einer Lebensgefährtin zusammenlebe. Das Gehalt des Klägers sei, wie sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt habe, regelmäßig über der Beitragsbemessungsgrenze gelegen.

Auf das ihr am 20.6.2008 zugestellte Urteil hat die Beigeladene Nr. 3 (Rentenversicherungsträger) am 14.7.2008 Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt sie vor, die steuerrechtliche Einstufung der Tätigkeit des Klägers als abhängige (lohnsteuerpflichtige) Beschäftigung sei auch sozialversicherungsrechtlich von Belang. Die Angaben des Klägers seien offenbar ergebnisorientiert auf die Zurückerlangung gezahlter Sozialversicherungsbeiträge gerichtet. Über Jahre hinweg sei sowohl aus steuerrechtlicher wie aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ein Beschäftigungsverhältnis gelebt worden; jetzt erscheine im Nachhinein die selbständige Tätigkeit mit Beitragsrückerstattung attraktiver. Man habe Lohnsteuer abgeführt und das Gehalt des Klägers (steuermindernd) als Betriebsausgabe verbucht. Außerdem habe der Tätigkeit des Klägers ein Arbeitsvertrag mit typischen Arbeitnehmerrechten (monatliche Zahlung von Arbeitsentgelt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Anspruch auf bezahlten Urlaub) zugrunde gelegen. Der Kläger sei außerdem während der fraglichen Zeit nicht zum Geschäftsführer des Unternehmens bestellt gewesen. Ein Unternehmerrisiko habe er nicht getragen.

Die Beigeladene Nr. 3 und die Beklagte, die sich dem Vorbringen der Beigeladenen Nr. 3 anschließt, beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 20.5.2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigte das angefochtene Urteil. Der Klägerbevollmächtigte nahm auf seinen Sach- und Rechtsvortrag erster Instanz Bezug, wo er ausführlich die tatsächlichen Verhältnisse im Betrieb der Firma W. dargestellt hatte.

Die übrigen Beteiligten stellen keine Anträge.

Die Beteiligten haben mit Schreiben vom 22. bzw. 23. Juni 2009 einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt. Als sei. Und

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten, des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Des Senats konnte auf Grund der Zustimmung der Beteiligten gem. den [§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

Die Berufung der Beigeladenen Nr. 3 ist gem. [§§ 143, 144, 151 SGG](#) statthaft und auch sonst zulässig. Sie ist auch begründet. Die Beklagte hat zu Recht das Vorliegen eines dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses angenommen. Das Urteil des Sozialgerichts kann deshalb keinen Bestand behalten (zu den – hier nicht mehr ausschlaggebenden – Auswirkungen einer Verjährung etwaiger Ansprüche auf Beitragserstattung Senatsurteil vom 4.2.2009, - [L 5 KR 2219/08](#) -).

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), [§ 24](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und [§ 20](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, 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 Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urt. v. 19.6.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Letzteres besteht in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen.

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben; zu diesen gehört, unabhängig von ihrer Ausübung, auch die einem Beteiligten zustehende (nicht wirksam abbedungene) Rechtsmacht. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG, Urt. v. 25.1.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -; Urt. v. 19.6.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) - m.w.N.;

vgl. auch Senatsurteile vom 13.6.2007, - [L 5 KR 2782/06](#) -; vom 25.4.2007, - [L 5 KR 2056/06](#) -, vom 14.2.2007, - [L 5 R 3363/06](#) -, vom 1.2.2006, - [L 5 KR 3432/05](#) - und vom 11.10.2006, - [L 5 KR 5117/04](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urte. v. 25.1.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -).

Hinsichtlich des Gesamtbilds der Arbeitsleistung kann es im Einzelfall auch darauf ankommen, ob der Betreffende im Unternehmen "schalten und walten" kann wie er will, weil er die Inhaber des Unternehmens (etwa die Gesellschafter einer GmbH) persönlich dominiert oder weil diese von ihm wirtschaftlich abhängig sind (vgl. auch BSG, Urte. v. 4.7.2007, - [B 11a AL 5/06 R](#) -). In diesem Fall ist in Wahrheit er der selbständig tätige Unternehmer. Dies hat das Bundessozialgericht insbesondere für den (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH angenommen, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden war (BSG, Urte. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -; Urte. v. 17.5.2001, - [B 12 KR 34/00 R](#) -; Urte. v. 6.3.2003, - [B 11 AL 25/02 R](#) -; auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urte. v. 4.3.2004, - [L 9 AL 150/02](#) -). Familiäre Bindungen können danach einerseits einen ansonsten nicht bestehenden Unternehmerstatus in Sonderfällen begründen. Andererseits schließen sie das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses aber nicht von vornherein aus. Unschädlich ist vor allem, dass die Abhängigkeit des Beschäftigten bei familiärer Verbundenheit im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und Weisungsrechte deshalb möglicherweise (nur) mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (BSG, Urte. v. 17.12.2002, - [B 7 AL 34/02 R](#) - m.w.N.). Für die Abgrenzung des sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mit Entgeltzahlung von der nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit sind alle Umstände des Einzelfalles maßgeblich ([BSGE 3, 30](#), 39 ff.; [19, 1](#), 4 ff. = SozR Nr. 31 zu § 165 RVO; [BSGE 74, 275](#), 278 ff. = [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#); BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#) S. 30; und s. auch Urteil v. 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Im einzelnen (so [BSGE 74, 275](#)) kann auf die Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis zwischen nahen Verwandten zurückgegriffen werden. Diese wurde mit dem Urteil des BSG vom 5.4.1956 ([BSGE 3,30,40](#) "Meistersohn") eingeleitet und ist sodann fortgeführt worden ([BSGE 12, 153](#), 156 = SozR Nr. 18 zu § 165 RVO; [17, 1](#), 3 ff. = SozR Nr. 41 zu § 165 RVO; SozR 2200 § 165 Nr. 90).

Danach setzt ein Beschäftigungsverhältnis neben der Eingliederung des Familienangehörigen in den Betrieb mit einem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass ein Entgelt gezahlt wird, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt. Es muss über freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehen. Abzustellen ist weiter darauf, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Ist all das der Fall, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Familienangehörige, auch der Ehegatte, auf das Entgelt wirtschaftlich angewiesen ist, wengleich dies die Abhängigkeit des Beschäftigten indizieren kann (vgl. BSG SozR - 2200 § 165 Nr. 90; BSG, Urte. v. 23.6.1994, - [12 RK 50/93](#) -). Indizwirkung kann auch der Höhe des gezahlten Entgelts zukommen (BSG, Urte. v. 17.12.2002 (- [B 7 AL 34/02 R](#) -). Allerdings schließt eine - auch erheblich - untertarifliche Bezahlung des Verwandten ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus (vgl. auch BSG, Urte. v. 12.9.1996 - 7 RAR 120/95 -).

Von diesen Rechtsgrundsätzen ausgehend kann die Tätigkeit, die der Kläger in der streitigen Zeit (seit 1.7.2002) im Betrieb des Beigeladenen Nr. 1 ausgeübt hat, nach ihrem Gesamtbild nicht als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft werden; der Senat teilt insoweit die Einschätzung der Beklagten und der Beigeladenen Nr. 3.

Gegen die Einstufung der Klägers als Mitunternehmer neben seinem Vater und seinen beiden Brüdern spricht in unternehmensrechtlicher Hinsicht zunächst maßgeblich, dass er am Unternehmen nicht beteiligt ist und deshalb nicht über die Rechtsmacht verfügt, Unternehmensentscheidungen zu treffen oder Unternehmensentscheidungen der Betriebsinhaber zu verhindern. Ein Unternehmerrisiko trägt er demzufolge nicht, auch wenn der Betrieb die wirtschaftliche Grundlage der Familie bildet und sein Arbeitsplatz von dessen Fortbestand abhängt. Am Anlagevermögen des Betriebs ist der Kläger nicht (dinglich) berechtigt. Ein für den sozialversicherungsrechtlichen Status beachtliches Unternehmerrisiko des Klägers folgt auch nicht aus der Gewährung eines Darlehens und der damit verbundenen Übernahme des ihn als Darlehensgeber treffenden Ausfallrisikos. Als Kapitaleinlage kann dies nicht gewertet werden (zu der Übernahme von Bürgschaften etwa LSG Bayern, Urte. v. 15.4.2008, - [L 5 KR 224/07](#) -). Gleiches gilt für die Gründung der stillen Gesellschaft im Jahr 1978 und die schenkungsweise Zuwendung von Einlagen an die damals noch minderjährigen Söhne des R.W. in Höhe von jeweils 30.000 DM. Auch das änderte nichts daran, dass der damals noch als Einzelunternehmen verfasste Betrieb allein dem R.W. als Unternehmer zugeordnet war. In der Folgezeit erlangten - nur - die beiden Brüder des Klägers die Position von Mitinhabern und damit (in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht) die Stellung von Mitunternehmern. Für den Kläger galt das nicht. Dabei ist rechtlich nicht von Belang, aus welchen Gründen und Motiven, insbesondere seines Vaters, ihm eine Unternehmensbeteiligung versagt blieb.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht liegt der Tätigkeit des Klägers ein Arbeitsvertrag zugrunde. Als Arbeitsentgelt erhielt er ein auf ein Privatkonto gezahltes festes Monatsgehalt - wie sich in der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts herausgestellt hat - von 4.100 EUR brutto, das - ebenso wie das arbeitsvertraglich vereinbarte Entgelt von 2.1000 EUR - weder als Taschengeld noch als (bloße) Anerkennung für Gefälligkeiten abgetan werden kann und das ungeachtet dessen, ob es als ortsüblich anzusehen wäre oder dem einschlägigen Tariflohn entspräche (vgl. BSG, Urte. v. 12.9.1996, - 7 RAR 120/95), einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt. Die Arbeitszeit wurde, unbeschadet des für Weinbaubetriebe typischen saisonal unterschiedlichen Arbeitsfalls auf die für abhängig Beschäftigte insgesamt maßgebliche Arbeitszeit (40-Stundenwoche) festgelegt, bei einem Anspruch auf bezahlten Urlaub von 20 Arbeitstagen. Im Krankheitsfall wird das Gehalt 6 Wochen fortgezahlt. Schließlich hat man eine Kündigungsfrist vereinbart. Damit sind typische Arbeitnehmerrechte und Arbeitnehmerpflichten festgelegt worden.

Als gelernter Finanzassistent und studierter Wirtschaftswissenschaftler hat der Kläger - wie in seinem Arbeitsvertrag ebenfalls vereinbart worden ist - (u.a.) Aufgaben in der kaufmännischen und verwaltenden Betriebsführung bzw. der Büroorganisation übernommen, die er, wie es von leitenden Angestellten naturgemäß erwartet wird - eigenverantwortlich zu erfüllen hat. Dass leitende Angestellte eines Unternehmens ihre Tätigkeit im Rahmen dienender Teilhabe am Arbeitsprozess (BSG, Urte. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#)) naturgemäß weitgehend frei von Einzelweisungen des Unternehmers ausüben, versteht sich von selbst und qualifiziert sie nicht zu (Mit-)Unternehmern. Am Status des Klägers als abhängig Beschäftigtem ändert es auch nichts, dass er - und sei es als einziger im Unternehmen - über die notwendigen Kenntnisse zur Erbringung der (im Arbeitsvertrag vereinbarten) Arbeitsleistung verfügen muss; auch das ist für leitende Angestellte typisch. Von diesen wird auch erwartet, dass sie selbständig arbeiten (können). Der Status eines Mitunternehmers erwächst ihnen daraus ebenso wenig wie aus der Erteilung der im Einzelfall notwendigen Vollmachten bzw. der Annahme von Duldungsvollmachten. Über die Befugnis, hier etwa im Rahmen einer im Jahr 2005 erteilten Prokura, nach außen für das Unternehmen aufzutreten und

Rechtshandlungen vornehmen zu dürfen, verfügen leitende Angestellte regelmäßig, sofern dies zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung erforderlich ist.

Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts kann es für die Annahme einer sozialversicherungsfreien selbständigen Erwerbstätigkeit nicht genügen, dass sich der Kläger in der mündlichen Verhandlung kompetent, sicher und souverän zum Aufbau des Betriebs äußern konnte, oder dass die Aufteilung des Betriebs und damit seine Unternehmensbeteiligung schon im Kindesalter beschlossene Sache gewesen ist. Es steht den Beteiligten frei, ihre Absichten in die Tat umzusetzen und den Status des Klägers durch entsprechende Maßnahmen (für die Zukunft) zu ändern. Solange dies nicht geschehen ist, bleibt es bei der Stellung des Klägers als abhängig Beschäftigtem im Betrieb seines Vaters und seiner Brüder.

Schließlich soll - auch wenn es für den Senat entscheidungserheblich darauf nicht mehr ankommt - im Hinblick auf das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben, dass die Tätigkeit der Klägerin gegenüber den Sozialversicherungsträgern durchweg über Jahre als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung behandelt worden war. So wurde sie von Anfang an als abhängig Beschäftigte angemeldet und man hat neben der steuermindernd als Betriebsausgabe verbuchten Lohnsteuer regelmäßig den Gesamtsozialversicherungsbeitrag abgeführt. Der Senat verkennt nicht, dass die tatsächliche Beitragsabführung Rückschlüsse auf das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht erlaubt (BSG, Urt. v. 4.7.2007, - [B 11a AL 5/06 R](#) -). Gleichwohl tritt in der langjährigen Handhabung der Tätigkeit, die der Kläger im Unternehmen seines Vaters und seiner Brüder ausgeübt hat, eine Selbsteinschätzung des sozialversicherungsrechtlichen Status hervor, die das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses jedenfalls unterstreicht, mag es hierauf für das Gesamtbild der Arbeitsleistung auch nicht mehr ausschlaggebend ankommen. Das Unterfangen, nunmehr im Nachhinein die Sozialversicherungsbeiträge von der Solidargemeinschaft der Versicherten wieder "zurückzuholen", kann damit nicht gelingen.

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

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-07-06