

L 11 KR 1423/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 11 KR 1950/05
Datum
17.12.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 1423/08
Datum
18.05.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie

Urteil

Leitsätze

Soll ein Familienangehöriger auf die Unternehmensnachfolge vorbereitet werden, stellt grundsätzlich erst eine rechtlich durchgeführte und damit vollzogene Betriebsübergabe einen wirklichen Einschnitt in der Unternehmensnachfolge dar. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht das (möglicherweise faktisch nicht mehr ausgeübte) Weisungsrecht des (bisherigen) Betriebsinhabers gegenüber dem Familienangehörigen fort (st. Rspr. des Senats im Anschluss an BSG, Urteil vom 30.01.1990, B 11 RAr 47/88, SozR 3-2400 § 7 Nr. 1).

Das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 17. Dezember 2007 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Instanzen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger im Zeitraum vom 24. Februar 1992 bis 31. Dezember 2003 im Betrieb seines Vaters sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Der Vater (V) des 1968 geborenen Klägers betrieb bis 31. Dezember 2003 in der Form eines Einzelunternehmens das Gasthaus Hotel A. in der H.-Straße 4 in B.-B. ... Seit 1. Januar 2004 wird die Gaststätte mit Hotelbetrieb als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) von der Beigeladenen zu 4 geführt, Gesellschafter sind der Kläger mit einem Anteil von 33% und V mit einem Anteil von 67%.

Der Kläger erlernte bis September 1988 den Beruf des Kochs und war nach Ableistung des Grundwehrdienstes von Mai 1990 bis November 1991 in einem Hotel als Koch bei einem monatlichen Arbeitsentgelt von ca 1.350 EUR versicherungspflichtig beschäftigt. Ab Dezember 1991 absolvierte der Kläger ein Auslandspraktikum als Koch in Japan und übernahm ab Februar 1992 nach eigenen Angaben die Leitung des Restaurants und der Küche der Gaststätte des V. Ein schriftlicher Arbeits- oder Anstellungsvertrag wurde nach Angaben des Klägers nicht geschlossen. Der Kläger wurde zum 24. Februar 1992 als Arbeitnehmer in der Gaststätte A., Inhaber E. R., H.-Str. 4, 7. B. bei der Einzugsstelle (Beklagte) gemeldet und dort seitdem als versicherungspflichtiges Mitglied geführt. Dem Kläger wurde monatlich regelmäßig Arbeitsentgelt bezahlt. Dem Rentenversicherungsträger (Beigeladene zu 2) wurden zunächst von 1992 bis 1995 ansteigende Jahresentgelte gemeldet (von umgerechnet ca 16.240 EUR bis 25.720 EUR), die bis 1998 auf ca 23.450 EUR absanken und danach bis 2003 wieder anstiegen (auf zuletzt 32.568 EUR). Das Arbeitsentgelt wurde als Betriebsausgabe gebucht und vom Kläger als Einkommen versteuert.

Im streitigen Zeitraum wurde dem Gasthaus ein Hotelbetrieb mit 16 Zimmern angeschlossen und die Privatwohnung des Klägers renoviert und eingerichtet. Der Kläger nahm hierzu verschiedene Darlehen auf, 1994 über 60.000 DM (Verwendungszweck: Innenausbau Wohnhaus, H.-Straße 10, Möbelkauf), 1995 über 25.000 DM (Verwendungszweck: Umbau Wohnhaus) und 2002 über 19.000 EUR (Verwendungszweck: Ablösung der beiden vorgenannten Darlehen und Erhöhung für Modernisierungsmaßnahmen). Zur Sicherung der Forderungen übernahm V jeweils Bürgschaften in Darlehenshöhe bzw 1995 in Höhe von 77.000 DM.

Am 23. Dezember 2004 beantragten der Kläger und V bei der Beklagten, den sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers seit 24. Februar 1992 zu überprüfen. Der Kläger unterliege nicht der Sozialversicherungspflicht, da ihm am 24. Februar 1992 die selbstständige Leitung des Restaurants und der Küche übertragen worden sei. Damals habe sich V wegen Eheproblemen zurückziehen wollen. Des Weiteren hätten finanzielle Probleme bestanden. Deshalb sei der Kläger aus Japan zurückgekehrt. Um Investitionen tätigen zu können, habe er von Anbeginn an auf Gehaltsteile, insbesondere die Bezahlung von Überstunden und mündlich zugesagte Tantiemen, verzichtet. Soweit es noch zu einer Mitwirkung des V gekommen sei, der nach außen hin offiziell als Inhaber aufgetreten sei, sei die Mitarbeit durch familiäre

Rücksichtnahme und ein gleichberechtigtes Nebeneinander geprägt gewesen. V habe jedoch weder Einfluss genommen noch übergeordnete Entscheidungen getroffen. Der Kläger habe Personal einstellen und entlassen können. Für Rückschläge und Erfolge sei er persönlich eingestanden. Er sei keinerlei Weisungen, auch nicht in abgeschwächter Form, unterlegen gewesen und habe die Verantwortung für den Restaurantumbau und die Anschaffung von Maschinen oder der Kucheneinrichtung getragen.

Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen wurde ua angegeben, der Kläger sei in den Betrieb nicht wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert und ohne die Mitarbeit müsste keine andere Arbeitskraft eingestellt werden, da das Gehalt für eine fremde Arbeitskraft als Restaurantleiter wirtschaftlich nicht tragbar sei. Ein Urlaubsanspruch von 30 Tagen im Jahr sei vereinbart gewesen. Jedoch habe der Kläger auf mehrere Urlaubstage verzichtet. Bei Arbeitsunfähigkeit sei das Arbeitsentgelt mindestens sechs Wochen fortgezahlt worden. Aufgrund begrenzter finanzieller Möglichkeiten und zu Gunsten einer besseren Firmenentwicklung habe der Kläger von Beginn an auf Weihnachts- und Urlaubsgeld sowie auf die mündlich vereinbarte Gewinnausschüttung verzichtet.

Mit Bescheid vom 24. Januar 2005 stellte die Beklagte gegenüber dem Kläger fest, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers bei V im Zeitraum vom 24. Februar 1992 bis 31. Dezember 2003 bestanden habe und der Kläger der Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie ab 1. Januar 1995 der Pflegeversicherung unterlegen habe. Denn es sei ein ortsübliches Entgelt bezahlt worden, hieraus sei Lohnsteuer entrichtet und das Entgelt als Betriebsausgabe verbucht worden. Zwölf Jahre nach dem Beginn der Tätigkeit und ein Jahr nach dem Ende der Beschäftigung sei nicht mehr nachprüfbar, dass kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestanden habe. Nicht nachvollziehbar sei, dass der Kläger als Koch angemeldet worden sei, obwohl er von Anfang an unternehmerisch selbstverantwortlich mit der Leitung des Restaurants und der Küche betraut gewesen sei.

Hiergegen erhob der Kläger Widerspruch mit der Begründung, die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit entspreche einer selbständigen Tätigkeit. Allein er habe die Fachkenntnisse und einschlägige Branchenerfahrung gehabt, um das Geschäft zu führen. V sei nach seinem Eintritt nur noch die Rolle des Finanzgebers zugekommen. Er, der Kläger, habe ohne jegliche Einflussnahme durch V über das Restaurant und das Hotel frei "schalten und walten" können, wie er gewollt habe. Da er sämtliche Verträge und Schreiben gegenüber Dritten unterschrieben habe, habe er ein unternehmerisches Risiko getragen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 23. Mai 2005 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Es werde bezweifelt, dass die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung der Tätigkeit vollkommen weisungsfrei und ohne jegliche Einflussnahme durch V erfolgt sei. Unwahrscheinlich sei, dass der Kläger zwei Jahre nach Abschluss seiner Ausbildung als Koch und nach seiner Bundeswehrzeit die geschilderten Fachkenntnisse und Branchenerfahrungen zur Führung des Restaurants gehabt habe und im Betrieb des V habe "schalten und walten" können, wie er gewollt habe. Ein unternehmerisches Risiko habe der Kläger nicht innegehabt. Denn die Gaststätte sei als Einzelunternehmen von V geführt worden. Hätte von Anfang an die Absicht bestanden, unternehmerisches Risiko auf den Kläger zu übertragen, hätte schon damals die Umgestaltung in die GbR erfolgen können. Auch die Anmeldung als Koch deute auf eine normale Arbeitnehmertätigkeit hin. Zwölf Jahre seien unbeanstandet Beiträge abgeführt und bei keiner Prüfung die Arbeitnehmerstellung angezweifelt worden.

Mit der dagegen am 24. Juni 2005 beim Sozialgericht Heilbronn (SG) erhobenen Klage hat der Kläger seinen bisherigen Vortrag wiederholt und ergänzt, das Arbeitsentgelt sei als Betriebsausgabe verbucht und Lohnsteuer gezahlt worden, da man aufgrund der laienhaften Vorstellung des Familienunternehmens davon ausgegangen sei, dass die Tätigkeit eine Arbeitnehmertätigkeit sei. Allein aus diesem Umstand ergebe sich jedoch keine abhängige Beschäftigung. Aufgrund der besonderen Branchenkenntnisse und Erfahrungen sei er in der Lage gewesen, den Betrieb zu leiten und umzuorganisieren. Insoweit sei eine faktische Aufteilung der Tätigkeitsfelder erfolgt und er habe maßgeblichen Einfluss auf den väterlichen Betrieb ausgeübt. Einer fremden Person hätte V niemals die ihm übertragenen umfangreichen Vollmachten und Gestaltungsfreiräume eingeräumt. Das Weisungs- und Direktionsrecht sei vollständig entfallen. Er sei berechtigt gewesen, V zu vertreten. Ihm seien umfangreiche Vollmachten erteilt worden, so dass nicht erforderlich gewesen sei, ihn von der Vorschrift des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zu befreien. Ohne eine adäquate Vergütung habe er, der Kläger, der ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse am Erfolg des Gasthauses gehabt habe, einen weit überdurchschnittlichen Einsatz erbracht, den ein Arbeitnehmer nicht zu leisten bereit sei. Sein Arbeitseinsatz bei den Umbaumaßnahmen, die in Eigenregie erfolgt seien, und die teilweise Verwendung der gewährten Darlehensbeträge zur Gestaltung des Hotelbetriebes seien ihm nicht vergütet worden. Deshalb sei er an Gewinn und Verlust beteiligt gewesen.

Das SG hat mit Beschlüssen vom 3. Mai 2006 und 26. Juli 2006 die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg (jetzt Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit (jetzt Beigeladene zu 1), die Pflegekasse bei der AOK Heilbronn (Beigeladene zu 3) und die GbR (Beigeladene zu 4) zum Verfahren beigelegt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem SG am 17. Dezember 2007 hat V erklärt, der Betrieb sei, nachdem der Sohn nach Deutschland zurückgekommen sei, gemeinsam geleitet worden. Ohne ihn wäre die Umgestaltung nicht möglich gewesen. Die Umwandlung in die GbR sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass er, V, seine Nachfolge haben wollen. Seither habe sich im Betrieb nichts verändert. Die Änderung sei nur auf dem Papier erfolgt.

Mit Urteil vom 17. Dezember 2007 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 24. Januar 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Mai 2005 aufgehoben und festgestellt, dass die Tätigkeit des Klägers im Betrieb der Beigeladenen zu 4 im Zeitraum vom 24. Februar 1992 bis 31. Dezember 2003 nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Zur Begründung hat das SG im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger und V hätten den Gaststätten- und Hotelbetrieb gleichberechtigt miteinander geführt. Die anfallenden Arbeiten seien entsprechend der Fachkenntnisse und Fähigkeiten aufgeteilt gewesen. Der Kläger sei in seiner Tätigkeit weisungsfrei gewesen und habe diese frei bestimmen können. Die Weisungsfreiheit hätte sich insbesondere auch auf die selbständige Einstellung und Entlassung von Personal, mithin auf typische Arbeitgebertätigkeiten, erstreckt. Zudem habe der Kläger einen überobligatorischen Arbeitseinsatz und finanzielles Engagement in den Betrieb eingebracht. Dieser persönliche und finanzielle Einsatz gehe weit über den Einsatz eines Arbeitnehmers im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses hinaus, auch unter Berücksichtigung der familiären Verbundenheit. Mit der Umwandlung der Einzelfirma in die Beigeladene zu 4 habe V lediglich regeln wollen, dass der Betrieb nicht in den Nachlass falle. Vor diesem Hintergrund erscheine die Angabe, die Umwandlung sei nur auf dem Papier erfolgt, stimmig.

Gegen das am 4. März 2008 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 20. März 2008 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, aufgrund der regelmäßig laufenden Vergütung könne von einer lediglich familienhaften Mithilfe nicht ausgegangen werden. 1992 habe der Kläger monatlich ca 1.600 EUR erhalten, in der vorherigen Beschäftigung nur ca 1.350 EUR. Aus den Angaben des V in der mündlichen Verhandlung vor dem SG ergebe sich lediglich, dass der Kläger seine Kenntnisse und Ideen eingebracht und V diese wohl auch aufgenommen und anerkannt habe. Es werde jedoch auch deutlich, dass dies gemeinsam erfolgt sei. Dadurch, dass der Vater Ideen und Vorschlägen des Sohnes gegenüber offen gewesen sei und diese umgesetzt habe, werde der Sohn jedoch nicht zum Mitunternehmer. Die Aufteilung bestimmter Zuständigkeiten beseitige nicht die Weisungsgebundenheit, auch wenn faktisch davon kein Gebrauch gemacht worden sei. Es werde deshalb angezweifelt, dass der Kläger die Leitung, Optimierung der Betriebsabläufe und Umorganisation ohne Abstimmung mit und ohne Zustimmung des V als langjährigem Betriebsinhaber und ebenfalls Branchenkenners erfolgt sei. V habe sich nicht aus dem Betrieb zurückgezogen und weiterhin allein das Unternehmerrisiko getragen. Das Engagement des Klägers sei hauptsächlich auf die zu erwartende spätere Betriebsübernahme zurückzuführen. Mit der Umwandlung der Firma könne eine Erbaueinandersetzung nicht vermieden werden. Zudem zeige das Verhältnis der Beteiligungen, dass sich V weiterhin das Entscheidungsrecht vorbehalten habe. Die Darlehen aus den Jahren 1994 und 1995 seien nach deren Verwendungszweck nicht für den Betrieb bestimmt gewesen. Selbst wenn der Darlehensvertrag aus dem Jahr 2002 auf den Betrieb bezogen werde, sei dieses Darlehen erst ein Jahr vor der Betriebsbeteiligung aufgenommen worden und in der Gesamtschau daher nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Der Kläger habe anlässlich von Arbeitsunfähigkeitszeiten 1999 und 2002 von V Entgeltfortzahlung als Arbeitnehmer erhalten. Die Tatsache, dass der Kläger als Koch gemeldet gewesen und diese Tätigkeit bis zum Ausscheiden im Jahr 2003 jährlich mit der Jahresentgeltmeldung bestätigt worden sei mit entsprechender Beitragsabführung und ohne Zweifel hinsichtlich der abhängigen Beschäftigung bei einer Betriebsprüfung geltend zu machen, zeige, dass es sich um ein ernsthaft gewolltes und gelebtes abhängiges Beschäftigungsverhältnis gehandelt habe. Am 20. September 1994 sei durch die Beklagte als Einzugsstelle eine Betriebsprüfung erfolgt. Geprüft worden seien vier Versicherungsverhältnisse. Ein Abgleich habe ergeben, dass zum Prüfzeitpunkt einschließlich des Klägers vier Arbeitnehmer gemeldet gewesen seien. Hieraus sei zu schließen, dass auch das Versicherungsverhältnis des Klägers geprüft worden sei. Die Prüfung habe keine Beanstandungen ergeben.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 17. Dezember 2007 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend. Die Beklagte trage lediglich Behauptungen vor. Er jedoch habe den Sachvortrag unter Beweis gestellt. Die Angaben des V in der mündlichen Verhandlung vor dem SG bestätigten, inwieweit das paritätische Miteinander zwischen Vater und Sohn vollzogen worden sei. Der Eintritt des Klägers in den Familienbetrieb sei gerade darauf zurückzuführen, dass eine gemeinsame Fortführung geplant und letztlich durchgeführt worden sei. Die Darstellung der Verwendung der aufgenommenen Darlehen durch die Beklagte sei nicht richtig. Bei dem erfolgten Umbau habe es sich um ein Gesamtbauwerk gehandelt, die Privatwohnung sei unmittelbar an den Geschäftsbereich angebunden. Auch dadurch sei eine Dokumentation nach außen hin erfolgt, dass er eine maßgebliche Entscheidungsgewalt gehabt habe. Die Umbaumaßnahmen seien in Eigeninitiative unter Einbindung des Onkels erfolgt. Das Jahresarbeitsentgelt, das er bezogen habe, stelle keine geeignete Vergütung für die eingebrachte Arbeit dar. Mit den Betriebsprüfungen sei allein eine Beitragsüberprüfung, aber keine Statusüberprüfung erfolgt.

Auf Aufforderung des Senats hat der Kläger noch die notarielle Urkunde vom 8. Oktober 2003 über "Schenkung und Gründung einer GbR" mit Gesellschaftsvertrag vorgelegt, mit dem die Beigeladene zu 4 gegründet wurde und V hierzu "seinen Geschäftsbetrieb" und Grundbesitz eingebracht hat.

Der Senat hat nochmals mit Beschluss vom 21. April 2008 die Bundesagentur für Arbeit (jetzt Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg (jetzt Beigeladene zu 2), die Pflegekasse bei der Beklagten (Beigeladene zu 3) und die GbR (Beigeladene zu 4) zum Verfahren beigeladen.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund hat auf Anfrage mitgeteilt, Betriebsprüfungen am 28. Oktober 2003 (Prüfzeitraum 1999 bis 2002) und am 27. November 2007 (Prüfzeitraum 2003 bis 2006) durchgeführt zu haben. Die stichprobenhaft durchgeführten Prüfungen der vom Arbeitgeber eingereichten Aufzeichnungen und Unterlagen hätten seinerzeit keine Beanstandungen im Sinne der Sozialversicherung ergeben.

Die Beigeladene zu 2 hat mitgeteilt, sie teile die Rechtsauffassung der Beklagten. Der Kläger habe nach seinen Angaben die typischen Aufgaben eines abhängig Beschäftigten mitarbeitenden Restaurantleiters und Kochs ausgeübt. Für diese Tätigkeit habe er ein regelmäßiges monatliches Gehalt bezogen. Die Gewährung eines regelmäßigen Arbeitsentgeltes sei ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Denn dadurch sei der Kläger nicht das Risiko eingegangen, seine Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen. Mithin sei er keinem Unternehmerrisiko ausgesetzt gewesen. Die Höhe des Gehaltes gehe auch über bloße Unterhaltsleistungen deutlich hinaus, deshalb könne auch nicht von familienhafter Mithilfe ausgegangen werden. Mehrfache Betriebsprüfungen hätten keine Beanstandungen ergeben. Trotz Aufgabenteilung zwischen Vater und Sohn liege dennoch eine weisungsgebundene Eingliederung in das Familienunternehmen vor. Bei Diensten höherer Art sei dem Umstand, dass der Kläger keinen Weisungen unterlegen sei, keine entscheidende Bedeutung beizumessen. Die unternehmerische Verantwortung sei bei dem Inhaber verblieben. Weder habe sich der Inhaber bereits 1992 aus dem Betrieb zurückgezogen, noch könne der Kläger als Kopf und Seele der Firma bezeichnet werden, da auch der Vater einschlägige Branchenkenntnisse besitze. Auch nach der Umfirmierung des Betriebes sei der Kläger an der GbR nicht mit der Mehrheit der Anteile beteiligt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten und die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Denn die Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Tätigkeit des Klägers war im streitigen Zeitraum vom 24. Februar 1992 bis 31. Dezember 2003 sozialversicherungspflichtig.

Gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) in der seit 1. April 2003 geltenden Fassung des Art 2 Nr 13 des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt ([BGBl I 2002, 4621](#)) stellt die Beklagte als Einzugsstelle ua die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung fest. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie ab 1. Januar 1995 auch in der Pflegeversicherung 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 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch und [§ 168 Abs 1](#) Arbeitsförderungsgesetz bis 31. Dezember 1997 sowie ab 1. Januar 1998 [§ 24 Abs 1](#) und [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind gemäß [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) in der seit 1. Januar 1999 geltenden Fassung des Art 1 Nr 1 a des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl I 2000, 2) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen 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 den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann, insbesondere bei Diensten höherer Art, eingeschränkt sein. 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 frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. 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, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl BSG, Urteil vom 11. März 2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris; Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr 7](#); BSG, Urteil vom 4. Juli 2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr 8](#)). Deshalb kann zwar eine an sich rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein kann, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ausscheidet (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001, [B 12 KR 34/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 17](#); BSG, Urteil vom 8. Dezember 1987, [7 RAr 25/86](#), juris; BSG, Urteil vom 7. September 1988, [10 RAr 10/87](#), [SozR 4100 § 141b Nr 41](#)). Andererseits ist die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich, solange die Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist, die Rechtsmacht also noch besteht, selbst wenn von dieser tatsächlich kein Gebrauch gemacht wird (BSG, Urteil vom 8. August 1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#)).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten oder engen Verwandten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter engen Verwandten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG, Urteil vom 21. April 1993, [SozR 3 - 4100 § 168 Nr 11](#)). Ebenfalls unschädlich ist, wenn von dem Weisungsrecht vor allem im fachlichen Bereich nicht vollumfänglich Gebrauch gemacht wird. Denn vor allem bei sog Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht stark eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 12/05 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 6](#)). Selbst wer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, kann als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, Urteil vom 6. März 2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#); BSG, Urteil vom 19. Juni 2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 18](#)).

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 (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002, [B 7 AL 34/02 R](#), juris).

Zur Überzeugung des Senats steht gemessen an diesen Grundsätzen fest, dass die Tätigkeit des Klägers im streitigen Zeitraum sozialversicherungspflichtig war. Denn die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, überwiegen vorliegend.

Ein schriftlicher Arbeits- oder Anstellungsvertrag, der grundsätzlich Ausgangspunkt für die Überprüfung der rechtlich relevanten Umstände ist, wurde vorliegend nach den Angaben des Klägers und des V nicht geschlossen. Das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages spricht nicht gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Denn der wirksame Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages gemäß [§ 611 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) bedurfte weder zu Beginn der Beschäftigung noch heute der Schriftform.

Nach den Angaben im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen und den ergänzenden Angaben im Antrag gegenüber der Beklagten haben sich der Kläger und V offensichtlich über wesentliche Punkte eines arbeitnehmertypischen Arbeitsvertrages geeinigt. Entsprechend der Angaben unterstellt der Senat dabei zugunsten des Klägers, dass diesem von Anfang an als Tätigkeitsfeld die Leitung des Restaurants und der Küche übertragen wurde, auch wenn insbesondere die Beklagte dies angesichts der erst knapp zweijährigen Berufserfahrung des Klägers nach Abschluss seiner Ausbildung bezweifelt. Die Leitung des Restaurants und der Küche lässt sich jedoch mit der Stellung eines (abhängig beschäftigten) leitenden Angestellten bei V in Einklang bringen. Ohne umfangreiche (mündlich erteilte) Vollmachten hätte der Kläger schon keine leitende Position ausüben können. Allerdings war die leitende Position rechtlich insofern beschränkt, als der Kläger nicht von den Voraussetzungen des [§ 181 BGB](#) befreit wurde. Zur Tätigkeit eines leitenden Angestellten gehört das Weiteren, Personal einzustellen und zu entlassen, so dass die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen in der Position eines leitenden Angestellten nicht gegen eine abhängige Beschäftigung spricht.

Wegen des engen Verwandtschaftsverhältnisses ist es unschädlich, dass V nach eigenen Angaben dem Kläger keine Weisungen erteilt hat. Nach der Rechtsprechung kann zwar eine persönliche Abhängigkeit von den tatsächlichen Verhältnissen überlagert sein, wenn zB der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) nicht selbst, jedoch seine Familie über die Kapitalmehrheit verfügt, ihm von den übrigen Familienmitgliedern freie Hand gelassen wird und er - wirtschaftlich gesehen - seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern wie für ein eigenes Unternehmen ausübt (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#) mwN). Desgleichen kann davon auszugehen sein, wenn ein als externer (angestellter) Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" kann,

wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig sind (BSG Urteil vom 30. Juni 1999, [B 2 U 35/98 R](#), [SozR 3-2200 § 723 Nr 4](#)). Unabhängig von der Frage, ob diese Rechtsprechung zur Rechtsform einer GmbH auch bei Einzelunternehmen angewendet werden kann, ist vorliegend nicht von einer beherrschenden Stellung des Klägers auszugehen. Denn V hat ebenso wie der Kläger über die notwendige Qualifikation und Erfahrung verfügt, um ein Einzelunternehmen zu leiten und ist bis heute maßgeblich an der Beigeladenen zu 4 beteiligt. Der Kläger hat deshalb weder V persönlich dominiert noch war V wirtschaftlich von dem Kläger abhängig. Selbst wenn V keine Weisungen erteilt hat, hätte er als alleiniger Betriebsinhaber jederzeit ihm nicht genehme Entscheidungen des Klägers verhindern können. Allein die Nichtausübung dieser Rechtsmacht begründet auf Seiten des Klägers noch keine unternehmensbeherrschende Stellung. Hierfür spricht auch, wie die Umgestaltung des Unternehmens ab 1. Januar 2004 umgesetzt wurde. Denn V ist weiterhin mit 67% an der GbR beteiligt, also der überwiegenden Mehrheit. Das Verhältnis der Beteiligungen, hierauf verweist die Beklagte zu Recht, zeigt, dass V sich weiterhin das Entscheidungsrecht, also die Rechtsmacht, vorbehalten hat. Weitere Umstände, die eine beherrschende Stellung des Klägers begründen könnten, wurden nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich.

Der Kläger hat die Tätigkeit nicht wie für ein eigenes Unternehmen ausgeübt, denn er hat kein Unternehmerrisiko getragen. Unternehmerrisiko trägt, wer eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einsetzt und somit der Erfolg des Einsatzes der sachlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Das Gasthaus mit Hotelbetrieb ist im streitigen Zeitraum vom 24. Februar 1992 bis 31. Dezember 2003 in der Rechtsform eines Einzelunternehmens allein von V geführt worden. V ist deshalb für Außenstehende der allein haftende Einzelunternehmer gewesen. Mit der eingeräumten Handlungsvollmacht hat der Kläger demnach zwar im Rechtsverkehr für V auftreten können, hat jedoch keine rechtliche Verantwortung übernommen und seine Arbeitskraft deshalb nicht mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt. Eine konsequent erfolgsabhängige Vergütung wurde darüber hinaus nicht vorgenommen. Aus den vorgelegten Darlehensverträgen ergibt sich schließlich nicht, dass die aufgenommenen Beträge dem Betrieb des V zugutekommen und ihm damit finanzielle Hilfen gewährt werden sollten. Denn als Verwendungszweck wird in den Verträgen jeweils nur das Wohnhaus in der H.-Straße 10, nicht aber der Betriebsitz in der H.-Straße 4 genannt. Auch legen die aufgenommenen Beträge in Höhe von insgesamt ca. 62.500 EUR über einen Zeitraum von acht Jahren nicht nahe, dass über den Umbau und die Einrichtung der privaten Wohnung ein wesentlicher Teil der anstehenden Erweiterung des Gasthauses um einen Hotelbetrieb mit 16 Zimmern hätte erfolgen können. Selbst unterstellt, der Kläger hat Anteile der von ihm für private Zwecke aufgenommenen Darlehen dem Betrieb unentgeltlich zur Verfügung gestellt, trägt er insoweit kein Unternehmerrisiko. Denn die Beträge wurden nach eigenem Vortrag nicht darlehensweise zur Verfügung gestellt, sondern unentgeltlich. Dadurch wird der Kläger weder am Unternehmensgewinn noch -verlust beteiligt. Dieser als Schenkung zu wertende Vorgang hat damit keinen haftungsrechtlichen Einfluss, sondern ist auf das gesteigerte beiderseitige Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zurückzuführen.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht ferner insbesondere, dass der Kläger ein festes monatliches Entgelt erhalten hat. Der Höhe nach ist das Entgelt über freien Unterhalt oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinaus gegangen. Von einer rein familienhaften Mithilfe kann daher nicht ausgegangen werden. Hierauf weisen die Beklagte und die Beigeladene zu 2 zutreffend hin. Dass die Höhe des Entgelts möglicherweise nicht der Stellung eines leitenden Angestellten entsprochen hat, das Jahresentgelt zwischen den Jahren 1996 und 1998 geringfügig rückläufig war und der Kläger auf die Auszahlung von Jahressonderzahlungen und Gewinnbeteiligungen, die nach eigenen Angaben vereinbart waren, verzichtet hat, ist im Rahmen des engen Verwandtschaftsverhältnisses noch nicht allein Grund für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Denn die familiäre Prägung wirkt sich vor dem Hintergrund des Gleichklangs der Interessen des Klägers und des V auch auf die Höhe des Arbeitsentgeltes aus. Zudem kann im Interesse am Erhalt eines Arbeitsplatzes auch ein abhängig Beschäftigter auf Gehalt und insbesondere Sonderzahlungen verzichten. Zwar wurde angegeben, dass der Kläger keine fremde Arbeitskraft ersetzt hat und auch nicht wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert war. Die Begründung hierfür liegt jedoch allein darin, dass die finanziellen Verhältnisse des Betriebs die Anstellung eines leitenden Angestellten nicht erlaubt hätten und für V die Vergabe einer Vertrauensstellung an eine fremde Person nicht in Betracht gekommen wäre. Die Vereinbarung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und eines Urlaubsanspruchs von 30 Tagen im Jahr, auch wenn dieser in der Praxis nicht immer vollständig in Anspruch genommen wurde, ist ebenfalls arbeitnehmertypisch. Nachweislich hat der Kläger auch die Entgeltfortzahlung in den Jahren 1999 und 2002 in Anspruch genommen.

Der Kläger hatte des Weiteren keine eigene Betriebsstätte. Auch die Verbuchung des Arbeitsentgeltes als Betriebsausgabe, das Überweisen des Arbeitsentgeltes auf das private Girokonto des Klägers und das Entrichten von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen sprechen gegen eine selbständige Tätigkeit. Dass die Meldungen zur Sozialversicherung aus bloßer Unkenntnis erfolgt sein sollen, überzeugt den Senat nicht. Denn damit erklärt sich schon nicht, weshalb der Kläger als Koch und nicht als Leiter des Restaurants und der Küche gemeldet wurde. V und der Kläger haben vielmehr gezeigt, dass sie von einem gewollten und gelebten Arbeitsverhältnis ausgegangen sind und haben die Tätigkeit als abhängig beschäftigte Tätigkeit gemeldet. Es sprechen keine rechtlich vernünftigen Gründe dafür, nunmehr rückwirkend in das jahrelang mit Billigung der Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen. Hinzu kommt, dass der Kläger und V schließlich ab 1. Januar 2004 eine Änderung herbeigeführt haben, indem sie die Beigeladene zu 4 gegründet haben, an der der Kläger zu 33% und V zu 67% beteiligt ist. Hieraus ist zu schließen, dass eine frühere rechtliche Beteiligung des Klägers gerade nicht gewünscht war und erst im Jahr 2004 die tatsächliche Übernahme einer Unternehmensbeteiligung erfolgen sollte und erfolgt ist. Dies dokumentiert auch der Gesellschaftsgründungsvertrag, mit dem V "seinen Geschäftsbetrieb" in die Beigeladene zu 4 eingebracht hat. Damit hat V, was als weiteres Indiz zu werten ist, nach außen deutlich gemacht, bis dahin alleiniger Betriebsinhaber gewesen zu sein.

Die Betriebsprüfungen der Beklagten und der Beigeladenen zu 2, die keine Beanstandungen ergeben haben, können schließlich als weiteres Indiz für die tatsächlich abhängige Beschäftigung des Klägers gewertet werden. Mit diesen wird zwar nur eine stichprobenhafte Überprüfung durchgeführt, aber entgegen der Ansicht des Klägers auch die Statusfrage geprüft. Da insbesondere bei der Betriebsprüfung am 20. September 1994 durch die Beklagte eine Überprüfung aller gemeldeter Versicherungsverhältnisse erfolgt ist, wurde auch das Beschäftigungsverhältnis des Klägers geprüft. Die Prüfung hat keine Beanstandungen ergeben, so dass damals - zeitnah - keine Anhaltspunkte für eine andere Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses vorgelegen haben.

Das Verhältnis des Klägers zu V stellt sich in der fraglichen Zeit bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung als ein in der betrieblichen Praxis nicht untypischer Entwicklungsprozess eines Hineinwachsens der jüngeren Familienangehörigen in die Unternehmensnachfolge dar. Auch im Falle des Klägers war beabsichtigt, ihn in das Unternehmen aufzunehmen bzw dieses teilweise auf ihn zu übertragen. Es entspricht aber der allgemeinen Lebenserfahrung, dass erst eine rechtlich durchgeführte und damit vollzogene Betriebsübergabe von den Eltern auf die Kinder den (von allen Beteiligten auch als solchen wahrgenommenen) wirklichen "Einschnitt" in der Unternehmensnachfolge darstellt. Erst dann endet das allmähliche Hineinwachsen in eine etwaige Unternehmensnachfolge und erst dann existiert auch das bis dahin nach wie

vor fortbestehende, wenn auch möglicherweise faktisch nicht mehr ausgeübte Weisungsrecht nicht weiter. Bis zum rechtlichen Vollzug einer Unternehmensnachfolge besteht dagegen immer noch die Möglichkeit, an der Nichtausübung eines Weisungsrechts jederzeit etwas zu ändern, so dass bis dahin sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht entsprechende Unsicherheiten verbleiben (vgl. Senatsurteile vom 04. Dezember 2007 - [L 11 KR 1749/07](#) -, vom 15. Juli 2008 - [L 11 KR 4946/07](#) -, vom 05. August 2008 - [L 11 KR 4946/07](#) -, vom 14. Oktober 2008 - [L 11 KR 1347/08](#) -, vom 29. September 2009 - [L 11 KR 4621/08](#) - und vom 15. Dezember 2009, [L 11 KR 2296/07](#); BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - B [11 RAr 47/88](#), [SozR 3 - 2400 § 7 Nr 1](#)).

Im Ergebnis ist daher nach Abwägung aller Gesichtspunkte die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Beklagten zutreffend.

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

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-06-15