L 11 KR 3910/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 8 KR 6597/07
Datum
29.06.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 3910/09
Datum
20.07.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Die stille Beteiligung ([§§ 230 ff HGB](#)) an einer KG steht der Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem stillen Gesellschafter und der KG nicht entgegen, wenn der stille Gesellschafter nicht am Verlust der Gesellschaft und auch nicht am Betriebsvermögen und den stillen Reserven der Gesellschaft beteiligt ist. Da ein stiller und selbst ein atypisch stiller Gesellschafter im Außenverhältnis grundsätzlich nicht haftet (BGH, Beschluss vom 1. März 2010, [II ZR 249/08](#), juris mwN), trifft den Beschäftigten auch über die stille Beteiligung kein Unternehmerrisiko.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 29. Juni 2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin bei der Beigeladenen zu 1 seit dem 1. Juli 1979 sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Die Beigeladene zu 1 ist eine am 1. Januar 1955 gegründete Kommanditgesellschaft (KG), die einen Baustoffgroßhandel betreibt. Komplementär (persönlich haftender Gesellschafter) war ab 1964 der Vater der Klägerin, R. B. (V), der zu Beginn des Jahres 1979 mit einer Einlage von 60.000 DM (42,86 %) an der KG beteiligt war. Kommanditisten waren zu diesem Zeitpunkt die Mutter der Klägerin mit einer Einlage von 28.000 DM (20 %) und die beiden Schwestern der Mutter der Klägerin, H. L. und M. G., jeweils mit einer Einlage von 26.000 DM (18,57 %). Durch (mündlichen) Schenkungsvertrag vom 23. Februar 1979, notariell beurkundet am 4. August 1980 (vgl BI 39 ff SG-Akte), wurden rückwirkend zum 1. Januar 1979 ua dem Bruder der Klägerin, M. B. (B), von den Eltern Anteile an den Einlagen in Höhe von 17.000 DM und der 1955 geborenen Klägerin Forderungen aus dem Darlehenskonto der Eltern in Höhe von 150.000 DM übertragen. Am 18. März 1979 verstarb die Mutter der Klägerin, so dass sich die Einlagen auf 71.000 DM bezüglich V (50,71 %), je 26.000 DM bezüglich der Schwestern der Mutter der Klägerin (je 18,57 %) und 17.000 DM bezüglich des B (12,14 %) verteilten.

Nach dem undatierten, notariell am 4. August 1980 beurkundeten (vgl BI 35-38, 45 ff SG-Akte) und nach eigenen Angaben im Mai 1979 geschlossenen schriftlichen "Nachtragsvertrag und Vertrag über eine stille Gesellschaft", beteiligte sich die Klägerin mit dem Forderungsbetrag aus dem Darlehenskonto als stille Gesellschafterin an der Beigeladenen zu 1. Die Wirkung der stillen Beteiligung wurde ab 1. Januar 1979 vereinbart (§§ 1 f). Geregelt wurde ua, dass die Geschäftsführung weiterhin dem Komplementär obliegt (§ 3), die Gewinnbeteiligung durch Gesellschafterbeschluss festgelegt wird, die Klägerin weder an einem etwaigen Verlust der Gesellschaft (§ 4) noch am Betriebsvermögen und den stillen Reserven der Beigeladenen zu 1 (§ 8) beteiligt ist und eine beiderseitige Kündigung der Beteiligung mit einer Frist von zwölf Monaten möglich ist (§ 5).

Mit Pflichtteilsabfindungsvertrag vom 4. August 1980 (vgl BI 50 ff SG-Akte) übertrug V ua Anteile an den Einlagen in Höhe von 27.000 DM auf B und einen weiteren Betrag in Höhe von 180.000 DM aus dem Darlehenskonto an die Klägerin zur Erhöhung der stillen Beteiligung. Die stille Einlage der Klägerin wurde nach der Schenkung des V vom 3. Januar 1987 aus seinem Darlehenskonto über 300.000 DM nochmals (auf nunmehr 630.000 DM) erhöht. 1998 verstarb V, am 14. Oktober 2002 wurde als nunmehr einziger Komplementär B im Handelsregister eingetragen, der gleichzeitig als Kommanditist ausschied.

Nach dem Tod der Mutter brach die Klägerin nach eigenen Angaben ihr Studium ab, begann am 1. Juli 1979 bei der Beigeladenen zu 1 eine Ausbildung zur Groß- und Einzelhandelskauffrau und übernahm im Betrieb der Beigeladenen zu 1 die zuvor von der Mutter erledigten

Aufgaben im kaufmännischen Bereich. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nach Angaben der Klägerin nicht geschlossen. Der Beklagten, deren Mitglied die Klägerin seit 1. September 1979 ist, wurde nach den Aufzeichnungen ab 1. Januar 1980 unterschiedlich hohes Entgelt mit Ausnahme der Zeiträume vom 12. Januar 1989 bis 27. April 1989 und vom 17. Mai 1991 bis 28. August 1991 gemeldet. Von dem Arbeitsentgelt wurden Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt und es wurde als Betriebsausgabe gebucht.

Am 11. Mai 2007 beantragte die Klägerin bei der Beklagten, den sozialversicherungsrechtlichen Status festzustellen. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen gaben die Klägerin und die Beigeladene zu 1 an, die Klägerin sei seit 1979 als Personalleiterin und Kauffrau im Betrieb bei einer unregelmäßigen Arbeitszeit von vier bis fünf Stunden an fünf Tagen in der Woche und einem regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelt in Höhe von 3500 EUR brutto monatlich beschäftigt. Die Klägerin sei nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert, da sie eine vertrauliche Tätigkeit in Bezug auf das Personal, die Banken und das Finanzamt ausübe, die anderenfalls vom Inhaber selbst erledigt werden würde. An Weisungen des Betriebsinhabers sei sie nicht gebunden und das Weisungsrecht werde tatsächlich nicht ausgeübt. Sie könne die Tätigkeit frei bestimmen und gestalten und wirke bei der Führung des Betriebes in den Bereichen Personal, Finanzen, Marketing und Werbung mit. Die Mitarbeit sei aufgrund familienhafter Rücksichtnahme durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt. Ein Urlaubsanspruch sei nicht vereinbart, ebenfalls keine Lohnfortzahlung im Fall der Arbeitsunfähigkeit. Das Arbeitsentgelt sei aufgrund der familiären Bindung höher als das ortsübliche Gehalt. Das Arbeitsentgelt werde regelmäßig bezahlt, zusätzlich würden sonstige Bezüge wie Weihnachts- und Urlaubsgeld und eine Altersabsicherung gewährt. Sie sei an dem Betrieb über eine stille Beteiligung beteiligt und habe im Übrigen Darlehen in Höhe von 173.000 EUR gewährt. Schließlich seien ihr Bankvollmachten erteilt worden.

Mit Bescheid vom 6. Juni 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 2007 stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin, die seit 1. September 1979 Mitglied der Beklagten sei, bei der Beigeladenen zu 1 in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehe. Eine familienhafte Mithilfe scheide aus, da die Klägerin ein regelmäßiges monatliches Gehalt beziehe, das den Rahmen von freiem Unterhalt, Taschengeld oder Anerkennung für Gefälligkeiten deutlich überschreite. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche der Gehaltsanspruch unabhängig von der Ertragslage der Gesellschaft, die Zahlung des Entgelts auf ein persönliches Bankkonto, die Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen aus dem Entgelt sowie dessen Verbuchung als Betriebsausgabe der Firma. Als Indizien für eine abhängige Beschäftigung seien weiterhin der arbeitnertypische Anspruch auf Sonderzahlungen und auf betriebliche Altersvorsorge zu werten. Durch die stille Gesellschaft beteilige sich die Klägerin lediglich mit einer Vermögenseinlage an der Beigeladenen zu 1. Die Rechte und Pflichten beschränkten sich auf das Innenverhältnis. Eine Verlustbeteiligung sei vertraglich ausgeschlossen. Deshalb trage die Klägerin kein unternehmerisches Risiko. Auch das angegebene Darlehen mache die Klägerin nicht zur selbständigen Unternehmerin. Vielmehr handele es sich dabei um ein partiarisches Darlehen, das die Klägerin ausschließlich am Gewinn der Firma teilhaben lasse, ihr jedoch keine Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmensgeschäfte eröffne. Der Arbeitgeber habe die Klägerin stets als abhängig Beschäftigte gemeldet. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die damaligen Meldungen ordnungsgemäß durchgeführt worden seien und auch den tatsächlichen Verhältnissen und dem Willen der Beteiligten entsprochen hätten. Der Vortrag, dass die Klägerin eigenverantwortlich handele und ihr keine Weisungen erteilt würden, sei unerheblich, weil die Abhängigkeit unter Familienangehörigen im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt sei als in Betrieben außerhalb eines Familienverbundes.

Mit der dagegen am 31. August 2007 beim Sozialgericht Stuttgart (SG) erhobenen Klage hat die Klägerin vorgetragen, Zeit, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit völlig frei bestimmen zu können. Sie könne auch an Samstagen und Sonntagen und von zu Hause aus arbeiten. So habe sie während eines Auslandsaufenthaltes von einem Dreivierteljahr im Jahr 1999 ihre Tätigkeit per Telefon und Telefax von Südamerika aus erledigt. Sie stelle keinen Urlaubsantrag und prüfe eigenständig, wann sie Urlaub nehmen könne und teile dies dann mit. Sie habe der Beigeladenen zu 1 Darlehen gegeben, im Jahr 2006 in Höhe von 174.009,19 EUR, im Jahr 2005 in Höhe von 161.119,62 EUR, im Jahr 2004 in Höhe von 173.045,12 EUR und im Jahr 2003 in Höhe von 94.690,78 EUR. Sie werde in größere unternehmerische Entscheidungen mit einbezogen, auch wenn dies vertraglich nicht geregelt sei. Da die stille Beteiligung und die Darlehen nicht besichert seien, trage sie im Fall der Insolvenz des Unternehmens das Risiko des Totalverlustes und damit auch ein unternehmerisches Risiko. Für einen abhängig beschäftigten Arbeitnehmer sei ein solches Risiko schlichtweg undenkbar. Eine abhängige Beschäftigung liege nicht vor, da kein Weisungsrecht in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben sei. Zu verweisen sei auf das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 24. Januar 2007 (Az L 2 35/06).

Das SG hat einen Erörterungstermin durchgeführt und die Klägerin persönlich angehört. Diese hat erklärt, das Gehalt bestimme sich nach dem Arbeitsaufwand und der Verantwortung und werde regelmäßig angepasst. Sie erhalte auch Entgelt, wenn sie erkrankt sei. Den Urlaub stimme sie mit ihrem Bruder ab. Im Übrigen nehme sie etwa 10 bis 15 Arbeitstage pro Kalenderjahr Urlaub.

Mit Beschluss vom 18. Juli 2008 hat das SG die KG (Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung B. (Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 3) und die Pflegekasse bei der Beklagten (Beigeladene zu 4) beigeladen.

Mit Urteil vom 29. Juni 2009 hat das SG die Klage abgewiesen. Zwar führe das Fehlen einer maßgeblichen Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch sei in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen auszugehen. Grundsätzlich komme es entscheidend darauf an, wie die Rechtsbeziehungen innerhalb eines Unternehmens vertraglich ausgestaltet seien. Die Rechtsbeziehungen würden sich aus den Gesellschaftsvertrag, dem Vertrag über die stille Beteiligung und den mündlichen Absprachen über das Tätigkeitsfeld und die Vergütung der Klägerin ergeben. Die Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt als stimmberechtigte Komplementärin oder Kommanditistin an der Beigeladenen zu 1 beteiligt gewesen. Sie habe rechtlich nicht die Möglichkeit (gehabt), die unternehmenspolitischen Entscheidungen mit zu beeinflussen oder bestimmte Entscheidungen zu verhindern. Im Konfliktfall könne die Klägerin jedenfalls eine Entscheidung der Gesellschafter nicht verhindern. Dies sei der entscheidende Aspekt, der die Klägerin zu einer abhängig Beschäftigten mache. Zuzugestehen sei der Klägerin, dass sie mit ihrer stillen Beteiligung ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Risiko trage. Dieses Verlustrisiko stelle aber kein echtes unternehmerisches Risiko dar. Zum einen habe sie während des laufenden Geschäftsbetriebes keine Verluste zu tragen, ihr Verlustrisiko sei auf den Fall der Insolvenz beschränkt. Dieses Risiko werde dadurch abgemildert, dass sie im Fall sich abzeichnender wirtschaftlicher Schwierigkeiten ihre stille Beteiligung mit einer einjährigen Frist kündigen könne. Im Übrigen stehe die stille Beteiligung in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der bei der Beigeladenen zu 1 ausgeübten Tätigkeit. Die stille Einlage stelle letztendlich eine Kapitalanlageform dar, die wie andere Anlageformen mit einem Verlustrisiko verbunden seien. Vergleichbares gelte für die gewährten Darlehen. Dass die Klägerin über Ort, Zeit und Art ihrer

Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen könne, stehe einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Denn diese Möglichkeit habe in der Regel auch ein abhängig beschäftigter leitender Angestellter. Im Übrigen erhalte die Klägerin für ihre Tätigkeit ein regelmäßiges festes und angemessenes Gehalt, so dass auch eine rein sozialversicherungsfreie familienhafte Mithilfe nicht in Betracht komme.

Gegen das am 5. August 2009 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 26. August 2009 Berufung eingelegt. Zur Begründung wiederholt sie ihr bisheriges Vorbringen und ergänzt, nicht ersichtlich sei, was unter einem "unechten" unternehmerischen Risiko zu verstehen sei. Dass sie nicht am Verlust der Gesellschaft teilnehme, könne kein ausschlaggebendes Kriterium gegen eine selbständige Tätigkeit sein. Dies verdeutliche der Vergleich mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, der sämtliche Geschäftsanteile halte und damit unzweifelhaft sozialversicherungsrechtlich nicht abhängig beschäftigt sei, obwohl er lohnsteuerlich als Arbeitnehmer behandelt werde. Auch er nehme am Verlust nicht teil, weil Gewinn und Verlust auf der Ebene der Gesellschaft ermittelt werden würden. Das höchste unternehmerische Risiko eines Gesellschafter-Geschäftsführers sei damit der Verlust des Stammkapitals. Das Risiko der Klägerin sei ungleich höher. Im Fall sich abzeichnender wirtschaftlicher Schwierigkeiten stelle sich eher die Frage der Zuführung neuen Kapitals, denn des Abzugs vorhandenen Kapitals. Wenn das SG die Ansicht vertrete, entscheide sich, dass die Klägerin im Konfliktfall eine Entscheidung der Gesellschafter nicht verhindern könne, handele es sich dabei um einen Umkehrschluss, der von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht gebilligt werde. Die Klägerin habe durch die tatsächliche Einbeziehung in die Geschäftsführung weitergehende Rechte als ein "normaler" stiller Gesellschafter. Das Gesamtbild der Tätigkeit sei geprägt von der - jedenfalls seit dem Tod des V - freien Gestaltung des äußeren Rahmens, der nicht schriftlich niedergelegt sei, der engen familiären Verbundenheit zu B als dem Komplementär der Gesellschaft, die Einbindung in unternehmerische Entscheidungen und das hohe wirtschaftliche Risiko. Streit könne allenfalls darüber bestehen, ob die versicherungsfreie Beschäftigung seit Beginn der Ausbildung bestanden habe oder ob sich eine anfangs anzunehmende abhängige Beschäftigung zu einem späteren Zeitpunkt in eine versicherungsfreie Tätigkeit gewandelt habe. Eine Zäsur könne zB der Tod des V im Jahr 1998 sein. Schriftliche Darlehensverträge existierten nicht.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 29. Juni 2009 sowie den Bescheid der Beklagten vom 6. Juni 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 2007 aufzuheben und festzustellen, dass die Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1 seit dem 1. Juli 1979 nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erachtet die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

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. Diese Unterlagen waren Gegenstand der Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Denn der Bescheid der Beklagten vom 6. Juni 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 2007 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass die Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 1 sozialversicherungspflichtig ist.

Für den Zeitraum vom 1. Juli 1979 bis 31. August 1979 hat die Klage schon deshalb keinen Erfolg, weil die Beklagte für die Entscheidung über diesen Zeitraum nicht zuständig ist und eine Entscheidung diesbezüglich auch nicht getroffen hat. Die Beklagte ist erst seit Beginn der Mitgliedschaft der Klägerin am 1. September 1979 die zuständige Einzugsstelle gemäß §§ 121 Angestelltenversicherungsgesetz (AVG), 1399 Reichsversicherungsordnung (RVO) und 176 Abs 3, 182 Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Soweit erstmals über die Versicherungs- und Beitragspflicht für die Vergangenheit zu entscheiden ist, bleibt die zum jeweiligen Zeitpunkt die Versicherung durchführende Krankenkasse zur Entscheidung berufen (BSG, Urteil vom 24. Juni 2008, [B 12 KR 24/07 R, SozR 4-2400 § 28h Nr. 4](#); aA Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg, nicht rechtskräftiges Urteil vom 30. April 2008, [L 9 KR 138/04](#), Revision anhängig unter B [12 KR 17/08 R](#)).

Gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV), eingefügt mit Wirkung vom 1. Januar 1989 durch das Gesetz zur Einordnung der Vorschriften über die Meldepflichten des Arbeitgebers in der Kranken- und Rentenversicherung sowie im Arbeitsförderungsrecht und über den Einzug des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in das Vierte Buch Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - vom 20. Dezember 1988 ([BGBl I 1988, 2330](#)), entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der Kranken-, (ab 1. Januar 1995 auch der Pflege-) und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung und erlässt den Widerspruchsbescheid. Zuvor war diese Befugnis der Einzugsstelle in § 121 AVG bezüglich der Renten- und Krankenversicherung und in §§ 176 Abs 3, 182 AFG bezüglich der Beitragspflicht zur Arbeitsförderung geregelt.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken- und Rentenversicherung und dem Recht der Arbeitsförderung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht (§ 165 Abs 1 Nr 2 RVO, § 2 Abs 1 Nr 1 AVG und § 168 Abs 1 AFG). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) (in der seit 1. Juli 1977 geltenden Fassung). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nunmehr sind Versicherungs- bzw Beitragspflicht in der Krankenversicherung seit 1. Januar 1989 (Art 1, 79 des Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen vom 20. Dezember 1988, [BGBl I 1988, 2477](#)) in [§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, in der (neu eingeführten) Pflegeversicherung seit 1. Januar 1995 (Art 1, 68 des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit vom 26. Mai 1994, [BGBl I 1994, 1014](#)) in [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch, in der Rentenversicherung seit 1. Januar 1992 (Art 1, 85 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung vom 18. Dezember 1989, [BGBl I 1989, 2261](#)) in [§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch sowie im

Recht der Arbeitsförderung seit 1. Januar 1998 (Art 1, 83 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung vom 24. März 1997, [BGBl I 1997, 594](#)) in [§ 24 Abs 1](#) und [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch geregelt. Der Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist gemäß [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) in der seit 1. Januar 1999 geltenden Fassung des Art 1 Nr 1a des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl I 2000, 2) konkretisiert worden. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach dieser Vorschrift eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. 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](#) mwN; 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](#)). Denn maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 30/04 R](#), juris).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten oder engen Verwandten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Auch bei einer Tätigkeit in einer (Familien-) Gesellschaft hängt die Entscheidung, ob ein abhängiges, die Versicherungspflicht auslösendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt, vom Umfang der Beteiligung und dem Ausmaß des sich daraus ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ab (so schon zu einem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH BSG, Urteil vom 5. Mai 1988, [12 RK 43/86](#), [SozR 2400 § 2 Nr 25](#) mwN; BSG, Urteil vom 6. März 2003, [B 11 AL 25/02 R](#), juris mwN). Das BSG hat im Urteil vom 5. November 1980 (Az [11 RA 80/79](#), [BSGE 50, 284](#)) bei der Entscheidung über die Selbständigkeit der Gesellschafter einer Familien-KG den Vergleich zu Einzelunternehmen gezogen und deshalb maßgeblich darauf abgestellt, ob der Gesellschafter die laufenden unternehmerischen Entscheidungen trifft und dafür, wenn auch nur anteilmäßig, das Risiko trägt. Schon das Reichsversicherungsamt hat ebenfalls betont, dass maßgeblich für die Frage, ob der Kommanditist einer KG selbständig oder abhängig beschäftigt ist, der Einfluss des Gesellschafters ist (Entscheidung vom 14. Januar 1936, III Ar 39/35 BS; RVA AN 1936, 130). Dementsprechend ist auch bei einer stillen Beteiligung an einer Gesellschaft, die nicht einmal im Innenverhältnis eine Rechtsmacht einräumt, gegen den Willen der Gesellschaft Geschäfte zu betreiben oder den Bindungen aus dem Anstellungsvertrag zu entgehen, nicht von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen (BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), aaO).

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](#)).

Nach Abwägung aller Gesichtspunkte steht zur Überzeugung des Senats gemessen an diesen Grundsätzen fest, dass die Tätigkeit der Klägerin im Zeitraum seit 1. September 1979 sozialversicherungspflichtig ist. Denn die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, überwiegen vorliegend.

Ein schriftlicher Arbeits- oder Ausbildungsvertrag, der grundsätzlich Ausgangspunkt für die Überprüfung der rechtlich relevanten Umstände ist, wurde vorliegend nach den Angaben der Klägerin nicht geschlossen. Dies ist zwar etwas überraschend, weil die Klägerin im Jahr 1979 sogar eine Ausbildung im Betrieb der Beigeladenen zu 1 begonnen hat und im Übrigen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) Arbeitsverhältnisse unter nahen Angehörigen steuerlich nur anzuerkennen sind, wenn sie klar vereinbart und ernsthaft gewollt sind, tatsächlich durchgeführt werden und einem Fremdvergleich standhalten (BFH, Urteil vom 29. November 1988, [VIII R 83/82](#), [BFHE 155, 114](#)). Erfahrungsgemäß legen die Finanzämter deshalb Wert darauf, dass in diesen Fällen ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorgelegt wird. Das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages spricht aber nicht gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Denn der wirksame Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages gemäß [§ 611](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) bedurfte weder zu Beginn der Beschäftigung noch bedarf er heute der Schriftform.

Die Klägerin hat ihre Tätigkeit im Feststellungsbogen als Personalleiterin und Kauffrau umschrieben und auf ihre stille Beteiligung, die gegebenen Darlehen und im Klage- und Berufungsverfahren auch auf ihre tatsächliche Einbindung in Unternehmensentscheidungen und die jedenfalls seit dem Tod des V freie Gestaltung des Vertragsverhältnisses hingewiesen.

Dahinstehen kann, ob die Klägerin tatsächlich schon neben ihrer - nach eigenen Angaben ab 1. Juli 1979 - durchgeführten Ausbildung und bis zum Tod des V sämtliche Tätigkeiten im kaufmännischen Bereich, die zuvor von der Mutter erledigt worden waren, selbständig und eigenverantwortlich übernommen hat. Dagegen spricht anfangs die zeitliche Inanspruchnahme durch die Ausbildung. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Beruf der Klägerin in den notariellen Verträgen vom 4. August 1980 (immer) noch mit "Studentin" angegeben worden ist. Und schließlich wurde im Berufungsverfahren selbst vorgebracht, "jedenfalls" seit dem Tod des V könne die Klägerin den äußeren Rahmen der Tätigkeit selbst bestimmen, deshalb könne der Tod des V 1998 eine Zäsur zwischen anfangs anzunehmender und

später selbständiger Tätigkeit darstellen.

Denn auch seit dem Tod des V ist die Klägerin zur Überzeugung des Senats abhängig beschäftigt. Die Tätigkeit der Klägerin lässt sich ohne Weiteres mit der Stellung einer (abhängig beschäftigten) leitenden Angestellten (in Teilzeit) bei der Beigeladenen zu 1 in Einklang bringen. Hierfür sprechen auch die der Klägerin erteilten Bankvollmachten. Zur Tätigkeit einer leitenden Angestellten gehört des Weiteren, Personal einzustellen und zu entlassen, so dass die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen in der Position einer leitenden Angestellten nicht gegen eine abhängige Beschäftigung spricht. Einzelprokura hingegen, die allein zwar auch noch keine selbständige Tätigkeit begründet, aber Indiz hierfür sein kann, wurde der Klägerin nicht erteilt.

Entscheidender Gesichtspunkt gegen eine selbständige Tätigkeit ist die Tatsache, dass die Klägerin auch unter Berücksichtigung ihrer Beteiligung an der Beigeladenen zu 1 über die stille Gesellschaft nicht in der Lage war und ist, Weisungen an sie im Bedarfsfall jederzeit zu verhindern oder sonst die Geschäftstätigkeit der Beigeladenen zu 1 ganz oder teilweise zu bestimmen (vgl BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), aaO). Die Geschäftstätigkeit konnte und kann die Klägerin nicht beeinflussen, da sie noch nicht einmal Mitgesellschafterin war und ist. Darüber hinaus ist ihr weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht eine Befugnis zur Geschäftsführung übertragen worden, denn diese oblag und obliegt, insbesondere gemäß § 3 des Vertrages über eine stille Gesellschaft, ausschließlich dem Komplementär. Dieser hat die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag lediglich in die Entscheidungen "einbezogen". Damit hat die Klägerin keine Rechtsmacht inne gehabt, die Geschicke der Gesellschaft zu bestimmen. Wegen des engen Verwandtschaftsverhältnisses ist es unschädlich, dass die jeweiligen Komplementäre V und B der Klägerin keine Weisungen erteilt haben. Denn sie hätten jederzeit ihnen nicht genehme Entscheidungen der Klägerin verhindern können. Allein die Nichtausübung dieser Rechtsmacht begründet auf Seiten der Klägerin noch keine unternehmensbeherrschende Stellung. Hierauf hat schon das SG zu Recht hingewiesen. Deshalb ist es zwar grundsätzlich richtig, dass auch ein Selbständiger im Rahmen seiner Geschäftsbesorgung verpflichtet ist, Weisungen des Kunden zu beachten, und deshalb die Art der Weisungsbefugnis zu beachten ist (so zB das von der Klägerin zitierte Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 24. Januar 2007, [L 2 R 35/06](#)), entscheidend bleibt vorliegend aber, dass V und B aufgrund ihrer Eigenschaft als Komplementär jederzeit und auf sämtlichen Gebieten der Tätigkeit der Klägerin Weisungen hätte erteilen können.

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](#)). Vorliegend ist nicht von einer beherrschenden Stellung der Klägerin auszugehen. Denn die bloße Einbeziehung der Klägerin in Unternehmensentscheidungen reicht dafür nicht aus.

Über die stille Gesellschaft ist die Klägerin ebenfalls nicht in der Lage, entscheidend auf die Beigeladene zu 1 Einfluss zu nehmen. Die stille Beteiligung, in [§§ 230 ff](#) Handelsgesetzbuch geregelt, ist eine reine Innengesellschaft und im Wesentlichen als Schuldverhältnis mit dem Einlageverhältnis als zentralem vermögensrechtlichem Aspekt ausgestaltet (vgl BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR31/06 R](#), aaO mwN). Von diesem Grundsatz weicht der vorliegende Vertrag mit der Klägerin nicht ab. Denn atypische Elemente sind nicht vereinbart worden. Im Gegenteil ist mit dem Vertrag über die stille Gesellschaft der Klägerin nur eine vermögensrechtliche Stellung zuerkannt worden. Denn nach § 4 Satz 2 des Vertrages über die stille Gesellschaft ist die Klägerin nicht am Verlust der Gesellschaft und nach § 8 auch nicht am Betriebsvermögen und den stillen Reserven der Beigeladenen zu 1 beteiligt. Der Senat geht im Hinblick darauf, dass die Form der stillen Gesellschaft auch steuerrechtliche Konsequenzen hat, davon aus, dass der Vertrag über die stille Gesellschaft auch tatsächlich so gelebt worden ist. Denn nach - wiederum ständiger Rechtsprechung des BFH - kann ein stiller Gesellschafter Mitunternehmer iS des [§ 15 Abs 1 Satz 1 Nr 2](#) Einkommensteuergesetz (EStG) sein. Voraussetzung für eine Mitunternehmerschaft ist, dass der Beteiligte Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerisiko trägt. Mitunternehmerinitiative bedeutet dabei Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen zumindest in dem Umfang der Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte eines Kommanditisten nach den Regelungen des Handelsgesetzbuches (HGB). Mitunternehmerisiko bedeutet gesellschaftsrechtliche oder eine dieser wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens. Dieses Risiko wird regelmäßig durch die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich des Geschäftswerts vermittelt (BFH, Urteil vom 22. August 2002, [IV R 6/01](#), [BFH/NV 2003, 36](#), zit nach juris). Gemessen an diesen Voraussetzungen war die Klägerin noch nicht einmal steuerrechtlich Mitunternehmerin.

Der Klägerin ist keine Rechtsmacht eingeräumt worden, im Außenverhältnis im gemeinsamen Interesse aller Gesellschafter tätig zu werden. Deshalb ist die hier zu beurteilende stille Gesellschaft nichts anderes als eine Kapitalanlageform, worauf schon das SG zu Recht hingewiesen hat. Sie erbringt ihre Arbeitsleistung nicht im Rahmen der Gesellschafterstellung, sondern aufgrund eines Anstellungsvertrages. Der mündlich oder konkludent geschlossene Anstellungsvertrag ist damit nicht Teil der Verpflichtungen aus der stillen Gesellschaft, sondern besteht daneben.

Die Klägerin 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). Die Belastung mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft spricht nur dann für Selbständigkeit, wenn ihr eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenübersteht. Dagegen vermag die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als Arbeitnehmer anzusehen ist, mit zusätzlichen Risiken keine Selbständigkeit zu begründen (BSG, Urteil vom 4. Juni 1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#) mwN). Mit der eingeräumten Handlungsvollmacht hat die Klägerin zwar den kaufmännischen Bereich eigenverantwortlich leiten können, jedoch keine rechtliche Verantwortung übernommen und ihre Arbeitskraft deshalb nicht mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt. Eine erfolgsabhängige Vergütung wurde darüber hinaus nicht vorgenommen, denn nach Angaben der Klägerin im Erörterungstermin vor dem SG bestimmt sich das Gehalt nach dem Arbeitsaufwand und der ihr obliegenden Verantwortung, nicht aber nach den Gewinn- und Verlustverhältnissen der Beigeladenen zu 1. Da ein stiller und selbst ein atypisch stiller Gesellschafter im Außenverhältnis grundsätzlich nicht haftet (BFH, Beschluss vom 1. März 2010, [II ZR 249/08](#), juris mwN), trifft die Klägerin auch über die stille Beteiligung kein Unternehmerrisiko. Eine Nachschusspflicht der Klägerin ist ebenfalls nicht geregelt. Die Einlagen für die stille Beteiligung beruhten nicht auf eigenem Kapital der Klägerin, sondern auf Schenkungen der Eltern aus deren Darlehenskonten bei der Beigeladenen zu 1. Es handelt sich

damit um eine nicht unübliche Regelung zur vorweggenommenen Erbfolge. Aufgrund dieser allein vermögensrechtlichen Stellung der Klägerin über die stille Gesellschaft ist - entgegen der Ansicht der Klägerin - auch keine Vergleichbarkeit mit den Verhältnissen in einer GmbH gegeben (BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), aaO).

Die von der Klägerin zusätzlich der Beigeladenen zu 1 gewährten Darlehen sind auf das gesteigerte beiderseitige Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zurückzuführen und nicht von der Mitarbeit der Klägerin im Unternehmen abhängig. Dadurch wird die Klägerin weder am Unternehmensgewinn noch -verlust beteiligt noch steht das Risiko des Verlustes im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft (vgl. Senatsurteil vom 23. Februar 2010, [L 11 KR 2460/09](#), juris mwN; Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 23. April 2009, [L 4 KR 80/08](#), juris; Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 15. August 2008, [L 4 KR 4577/06](#), juris). Mag es für einen Arbeitnehmer auch nicht typisch sein, dem Arbeitgeber Darlehen zu gewähren, verschafft dies dem Darlehensgeber jedoch noch keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft, die der Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses entgegensteht.

Die Klägerin hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Dass sie ggf auf den grundsätzlich zustehenden Urlaub zum Teil verzichtet, ist im Rahmen des engen Verwandtschaftsverhältnisses noch nicht allein Grund für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Denn diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass sich die familiäre Prägung vor dem Hintergrund des Gleichklangs der Interessen der Familie auf das Beschäftigungsverhältnis auswirkt. Ferner spricht der Anspruch auf Jahressonderzahlungen und die gewährte Altersabsicherung, die arbeitnehmertypisch sind, gegen eine selbständige Tätigkeit.

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

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-09-14