

## L 4 KR 610/10

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Reutlingen (BWB)  
Aktenzeichen  
S 2 KR 4109/07  
Datum  
29.09.2009  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 KR 610/10  
Datum  
25.03.2011  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 29. September 2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er im Unternehmen des Beigeladenen zu 1) seit 01. Januar 2001 nicht gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt sei.

Der am 1965 geborene Kläger ist seit 01. Oktober 1995 in der von seinem Vater, dem Beigeladenen zu 1), als eingetragenen Kaufmann betriebenen Druckerei tätig. Seit 01. Januar 2001, dem Beginn des hier streitigen Zeitraums, ist der Kläger Mitglied der Beklagten in der gesetzlichen Krankenversicherung. Er wird als allein verantwortlicher Leiter des technischen Bereichs bezeichnet. Nach Behauptung des Klägers habe aufgrund einer mündlichen Einigung mit dem Beigeladenen zu 1) das anfängliche feste monatliche Gehalt DM 5.500,00 betragen. Anlässlich der Währungsumstellung zum 01. Januar 2002 sei das feste monatliche Gehalt auf EUR 2.800,00 umgerechnet und sodann ab 01. Januar 2007 auf EUR 3.300,00 erhöht worden. Von diesem Entgelt sind im streitigen Zeitraum durchgängig Lohnsteuer entrichtet und Beiträge zu allen Zweigen der Sozialversicherung abgeführt worden. Das Entgelt wird als Betriebsausgabe verbucht.

Am 21. Dezember 2005 beantragte der Kläger bei der Beklagten (damals noch Betriebskrankenkasse Fahr), seine versicherungsrechtliche Position als mitarbeitendes Familienmitglied einer Einzelfirma klären zu lassen. Beigefügt war eine (undatierte) schriftliche Erklärung des Beigeladenen zu 1), er - der Kläger - unterliege in seinem Tätigkeitsgebiet keinen Weisungen des Betriebsinhabers und bestimme Zeit, Ort und Dauer seiner Tätigkeit, einschließlich des Urlaubs, selbst; seine einem Alleininhaber vergleichbare Stellung im Unternehmen ergebe sich u.a. daraus, dass ausschließlich er aufgrund seines Fachwissens und seiner Branchenkenntnisse die Geschicke des Betriebes mitbestimme; die Entscheidungen der Betriebsinhaber würden von ihm maßgeblich mitbestimmt, wobei er kraft seiner Kompetenz die Weichen stelle und in seinem Tätigkeitsgebiet die alleinige Verantwortung trage; dementsprechend habe er Alleinvertretungsvollmacht und habe sich in keine betriebliche Ordnung einzufügen; die Tätigkeit werde durch familienhafte Rücksichtnahmen im Sinne eines gleichberechtigten Nebeneinander geprägt; dieser selbstständigen Stellung entspreche die vereinbarte Beteiligung am Gewinn und das Risiko, unter bestimmten Voraussetzungen auch Verluste mittragen zu müssen. Im am 18. Januar 2006 vom Kläger und vom Beigeladenen zu 1) unterzeichneten förmlichen Feststellungsbogen wurde ergänzt, der Kläger arbeite an fünf bis sechs Wochentagen insgesamt 60 bis 80 Stunden "nach Belieben, unregelmäßig", eine arbeitsvertragliche Vereinbarung bestehe nicht, er sei nicht wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert, ohne seine Mitarbeit hätte keine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen, das Weisungsrecht eines Arbeitgebers werde nicht ausgeübt, er könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten, er wirke bei der Führung des Betriebs aufgrund besonderer Fachkenntnisse mit, Urlaub, Entgeltfortzahlung und Kündigung seien nicht geregelt. Das Arbeitsentgelt entspreche nicht dem tariflichen oder ortsüblichen Gehalt, er arbeite im Übrigen "so viel wie benötigt". An sonstigen Bezügen würden "eventuell Tantiemen" gezahlt. Das Entgelt werde auf ein privates Konto überwiesen. Weitere nichtselbstständige oder selbstständige Tätigkeiten bestünden nicht. Darlehen, Bürgschaften oder Sicherheiten seien nicht übernommen worden, auch bestehe kein Miteigentum an Anlage- oder Umlaufvermögen ebenso wenig wie ein Pacht- oder Mietverhältnis. Mit Schreiben vom 22. Februar 2006 bestätigten der Kläger und der Beigeladene zu 1) nochmals diese Angaben und betonten wiederum, sollte das Betriebsergebnis nicht so positiv sein, verzichte der Kläger freiwillig auf Zahlungen, ohne die Tätigkeit einzuschränken, was im Sinne des Unternehmens und des unternehmerischen Handelns sei.

Mit Schreiben vom 03. Mai 2006 fragte die Beklagte bei der Clearingstelle der Beigeladenen zu 3) und 4) an, wie diese die versicherungsrechtliche Stellung des Klägers beurteilten; während die Agentur für Arbeit Reutlingen mit Schreiben vom 30. Mai 2006 ohne

weitere Begründung eine nicht abhängige Beschäftigung annahm, vertrat die Beigeladene zu 4) im Schreiben vom 12. Juni 2006 mit eingehender Begründung die gegenteilige Auffassung, da ein festes Entgelt gezahlt werde, Steuer und Sozialversicherung abgeführt würden und es im familiären Bereich auf die Ausübung der Weisungsbefugnis nicht vorrangig ankomme.

Durch Bescheid vom 20. Juli 2006 stellte die Beklagte fest, der Kläger stehe in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Hierfür maßgeblich sei die langjährige unbeanstandete Abführung von Steuer und Sozialversicherung, während ein echtes Unternehmerrisiko nicht erkennbar sei. Mithin seien die Voraussetzungen für die Versicherungspflicht in allen Zeigen ab dem 01. Januar 2001 erfüllt.

Der Kläger erhob Widerspruch. Die steuerliche Beurteilung sei nach der Rechtsprechung unabhängig von der sozialversicherungsrechtlichen. Wenn Ehegatten oder andere Familienangehörige eine faktisch gleichberechtigte Stellung gegenüber dem Betriebsinhaber hätten, müssten sie selbstständig sein. Auch könne ein Unternehmerrisiko nicht verneint werden. Er - der Kläger - trage für einen bestimmten Bereich im Betriebsablauf die alleinige Verantwortung und durch den Einsatz der persönlichen Arbeitskraft beeinflusse er den Gewinn des Unternehmens. Im Übrigen erbringe er überobligatorischen Einsatz und sei weit in den Abend tätig, was selbstverständlich nicht als Überstunden vergütet werde. Urlaub werde allenfalls unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse genommen. Er leite wie ein Geschäftsführer das Unternehmen wie sein eigenes, was auch als Familien-Innengesellschaft anerkannt werden müsse. Der jahrelangen Beitragsentrichtung dürfe keine rechtsbegründende Wirkung zukommen. Vorrangig müsse sein, dass eine verantwortungsvolle, eigenverantwortliche und weisungsunabhängige Tätigkeit vorliege. Es sei auch nochmals auf das unterdurchschnittliche Entgelt zu verweisen. Im Falle einer durch ihn, den Kläger, verantworteten "Schieflage" des Unternehmens wirke sich dies zu seinem Nachteil bei der Regelung der Nachfolge aus. Schließlich sei er einzelvertretungsberechtigt und von den Einschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit.

Das Finanzamt R. gab auf Anfrage der Beklagten an (Schreiben vom 25. Juli 2007), der Kläger sei im Prüfungszeitraum von 1995 bis Dezember 1998 bei der Beigeladenen 1) lohnsteuerrechtlich als Arbeitnehmer geführt worden. Ein Arbeitsvertrag liege ihm (dem Finanzamt) nicht vor.

Der Widerspruchsausschuss der Beklagten erließ den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 21. September 2007. Die unbestritten eigenverantwortliche Ausführung der Aufgaben sei allein kein Anzeichen dafür, dass dem Beigeladenen zu 1) als Firmeninhaber in diesem Aufgabenbereich kein Weisungsrecht mehr zustehe. Zumindest in Ausnahmefällen könne der förmliche Firmeninhaber Entscheidungen auch gegen den Willen des weisungsfreien Mitarbeiters durchsetzen. Das Weisungsrecht des Firmeninhabers sei nicht vollständig entfallen. Das gezahlte regelmäßige Entgelt gehe über einen freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinaus. Werde steuerrechtlich von einem Arbeitsverhältnis unter Ehegatten oder Verwandten ausgegangen, müsse regelmäßig auch für den Bereich der Sozialversicherung von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gesprochen werden. Der Kläger erhalte eine regelmäßige monatliche Vergütung, die als Betriebsausgabe gebucht und von der Steuer aus nichtselbstständiger Arbeit abgeführt werde. Die nicht belegte wöchentliche Arbeitszeit könne kein Merkmal einer weisungsunabhängigen Tätigkeit sein. Dieser Umstand und das eigene Interesse am Fortkommen des Unternehmens trage dazu bei, den Arbeitsplatz des Klägers und sein Einkommen zu sichern, lasse hieraus aber keine selbstständige Tätigkeit werden. Der Widerspruchsbescheid wurde am 24. September 2007 zugestellt.

Mit der am 24. Oktober 2007 zum Sozialgericht Reutlingen (SG) erhobenen Klage verfolgte der Kläger sein Begehren weiter. Die angefochtenen Bescheide seien schon deshalb rechtswidrig, weil das Ermessen nicht zutreffend ausgeübt worden sei. Insbesondere sei nicht gewürdigt worden, dass der Unternehmenserfolg des Beigeladenen zu 1) vom Einsatz der persönlichen Arbeitskraft abhängt. Demgegenüber dürfe selbst einer jahrelangen Beitragsentrichtung keine rechtsbegründende Wirkung zukommen. Es sei von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen, wenn eine verantwortungsvolle, eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit vorliege. Er, der Kläger, leite das Unternehmen wie sein eigenes, es werde von ihm und dem Beigeladenen zu 1) auf Augenhöhe geleitet. Nach dem Runderlass der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 3) vom 13. Mai 1987 bestehe bei einem Familienunternehmen kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, wenn die Geschäftsführertätigkeit mehr durch familienhafte Rücksichtnahmen und durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch einen arbeitnertypischen Interessengegensatz gekennzeichnet sei. Es sei auch nochmals auf die Befreiung nach [§ 181 BGB](#) hinzuweisen. Auch nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) liege kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor, wenn trotz fehlender formaler Stellung von einer beherrschenden Position des Betroffenen auszugehen sei. Er, der Kläger, verfüge nicht nur über die unerlässlichen Branchenkenntnisse und das Know-How, sondern führe im Bereich alle anfallenden Arbeiten eigenständig aus. Hinsichtlich Ort, Zeit, Dauer und Umfang seiner Arbeitsleistung sei er völlig frei. Nach alledem dürfe es auf die bisherige Abführung von Steuer und Sozialversicherung sowie die Verbuchung als Betriebsausgabe nicht ankommen. Auf Urlaub und Vergütung von Überstunden werde verzichtet, auch würde er, der Kläger, aus betrieblichen Gründen "auch auf die Vergütung seiner Tätigkeit im Einzelfall verzichten". Es dürfe nicht entgegengehalten werden, dass nach langjähriger Beitragsentrichtung jetzt ein "Motivwechsel" stattgefunden habe; vielmehr hätte die Beklagte schon längst darauf hinweisen müssen, dass keine Beiträge entrichtet werden dürften. Bekanntlich habe die Beigeladene zu 3) häufig trotz Beitragsentrichtung Leistungen mangels Vorliegen einer nichtselbstständigen Beschäftigung abgelehnt. Inzwischen habe er im Betrieb ein "zweites Standbein" eingerichtet, die Fotografie. Ein Grund, das Gewerbe auf ihn anzumelden, habe nicht bestanden, da er früher oder später die Firma übernehmen werde. Er führe ein "ganz normales Chefleben", wobei es leider in den letzten Jahren zu keinen Gewinnen gekommen sei. Der Kläger legte die Abrechnung der Bezüge für Dezember 2008 vor, wonach zuzüglich zum Bruttogehalt von EUR 3.300,00 ein Entgelt für Kraftfahrzeugnutzung von EUR 563,00, ein Arbeitgeberanteil vermögenswirksamer Leistungen von EUR 26,59 und eine Direktversicherung von EUR 250,00 gezahlt werde, während ein "monatlicher Gehaltsverzicht" von EUR 250,00 genannt ist.

Die Beklagte trat unter Bezugnahme auf die Begründung ihrer Bescheide der Klage entgegen.

Das SG lud durch Beschluss vom 20. Februar 2008 den Vater H. M. K. (Beigeladener zu 1), die bei der Beklagten errichtete Pflegekasse (Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 3) sowie die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 4) zum Verfahren bei. Der Beigeladene zu 1) schloss sich der Auffassung des Klägers, die Beigeladene zu 4) schloss sich der Auffassung der Beklagten an, die übrigen Beigeladenen äußerten sich nicht zur Sache. Das SG hörte den Kläger und den Beigeladenen zu 1) in der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2009 an.

Durch Urteil vom 29. September 2009 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es im Wesentlichen dar, es überwiegen die

Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung und damit Versicherungspflicht sprächen. Auf die tatsächliche Ausübung des Weisungsrechts komme es bei Beschäftigung von Familienangehörigen nicht wesentlich an. Demgegenüber beziehe der Kläger seit langem ein festes Entgelt. Dieses sei zwar angesichts seiner Arbeitsleistung durchaus untertariflich, gehe jedoch über einen familiären Unterhalt hinaus. Der Kläger trage abgesehen vom Verlust des eigenen Arbeitsplatzes kein weiteres Risiko im Falle des wirtschaftlichen Misserfolgs. Ein Indiz für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sei die steuerrechtliche Behandlung des Klägers von Anfang an als Arbeitnehmer. Nicht wesentlich sei der Verzicht auf einzelne arbeitsrechtliche Ansprüche wie Urlaub oder Überstundenvergütung. Letztlich habe nur der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet und die Rechtsmacht sei ebenso wie die vermögensrechtliche Verantwortung allein bei ihm verblieben. Dann aber könne es auf die durchaus überragenden Fachkenntnisse des Klägers nicht entscheidend ankommen.

Gegen das am 07. Januar 2010 zugestellte Urteil hat der Kläger am 04. Februar 2010 beim Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt. Zur Begründung verbleibt er dabei, er sei Schritt für Schritt über die Jahre immer mehr in seine leitende Verantwortungsposition hineingewachsen. Dies sei rein tatsächlich bisher unangemessen oberflächlich gewürdigt worden. Er habe im betrieblichen Alltag einen derart großen Handlungs- und Entscheidungsspielraum, dass er weisungsfrei sei. Er könne schalten und walten, als ob es sein eigenes Unternehmen wäre. Die Rechtsprechung habe stets betont, dass den tatsächlichen Verhältnissen der Vorrang vor der Rechtsbeziehung zukomme. Bekanntlich könnten im Recht der GmbH selbst Fremdgeschäftsführer als selbstständig einzustufen sein. Entscheidend seien die Einflussmöglichkeiten. Auch dass er mit der deutlich untertariflichen Bezahlung auf die bedingungslose Durchsetzung seiner Arbeitnehmerrechte verzichtet habe, stelle einen Beitrag zum Unternehmen dar. Dass über lange Zeit Steuer und Sozialversicherung abgeführt worden seien, sei kein rechtsbegründendes Indiz für die Versicherungspflicht, vielmehr sei diese gerade wegen der überragenden Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit auszuschließen. Auch die überragenden Fachkenntnisse dürften nicht vernachlässigt werden. Schließlich sei von einer stillschweigend begründeten Innengesellschaft auszugehen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 29. September 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 20. Juli 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. September 2007 festzustellen, dass er seit 01. Januar 2001 beim Beigeladenen zu 1) nicht gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 2) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten das angefochtene Urteil und die Bescheide weiterhin für zutreffend.

Der Beigeladene zu 1) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 29. September 2009 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 20. Juli 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. September 2007 festzustellen, dass der Kläger seit 01. Januar 2001 bei ihm (dem Beigeladenen zu 1)) nicht gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Er schließt sich der Auffassung des Klägers an.

Die Beigeladenen zu 3) und 4) haben keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Darstellung wird auf den Inhalt der Berufungsakten, der Klageakten und der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Das SG hat den Bescheid der Beklagten vom 20. Juli 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. September 2007 zutreffend als rechtmäßig bestätigt. Der Kläger ist seit 01. Januar 2001 in der Druckerei des Beigeladenen zu 1) versicherungspflichtig zur Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung beschäftigt.

Die Feststellungsklage ist zulässig, ohne dass zu entscheiden war, ob und für welche Zeit in der Vergangenheit eine Beitragserstattung in Betracht kommen könnte (vgl. auch Urteil des Senats vom 27. Januar 2006 - L 4 KR 702/03 -, nicht veröffentlicht).

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die nach [§ 28i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle war hier die Beklagte, weil diese im betroffenen Zeitraum bei dem Kläger die Krankenversicherung durchführte. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 4) für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht, die eine Zuständigkeit der Beklagten ausschließt, ergibt sich für den vorliegenden Fall auch nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I, S. 2954](#)). Hiernach hat die Einzugsstelle einen Antrag bei der Beigeladenen zu 4) zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28 a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte (bis 31. Dezember 2008) Angehöriger des Arbeitgebers, (seit 01. Januar 2009) Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers (geändert durch Art. 1 Nr. 1 des Zweites Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 21. Dezember 2008 [[BGBl. I, 2933](#)]) oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Dieses obligatorische Statusfeststellungsverfahren ist bei Abkömmlingen nämlich erst bei Anmeldungen durchzuführen, die erstmals ab 01. Januar 2008 bei den Einzugsstellen erfolgen (vgl. hierzu das Urteil des Senats vom 10. Oktober 2008 - [L 4 KR 4374/06](#) -, nicht veröffentlicht; Marschner in Kriekebohm, Kommentar zum SGB IV, § 71 RdNr. 3; Lüdtko in LPK-SGB IV, § 7a RdNr. 11). Bei zuvor erfolgten Anmeldungen verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach [§ 28 h Abs. 2 SGB IV](#). Die Anmeldung des Klägers zur Sozialversicherung erfolgte aber bereits zu Beginn seiner hauptberuflichen Tätigkeit im Betrieb des Beigeladenen zu 1) und damit vor dem 01. Januar 2008.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) sowie in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Tätigkeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

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 der Tätigkeit umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse sind in diesem Sinne die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu ziehen (BSG Urteile vom 10. Mai 2007 - [B 7a AL 8/06](#) - und vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R -](#); jeweils veröffentlicht in juris). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) -, veröffentlicht in juris). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu ziehen ([BSGE 3, 30](#), 39 f.; [17, 1](#), 7 f.; [74, 275](#), 278 f.; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 90](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Bei der Tätigkeit eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Familienangehörige ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich übertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG Urteil vom 17. Dezember 2002 - [B 11 AL 34/02 R -](#), veröffentlicht in juris). Weitere Abgrenzungskriterien sind nach der Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen ist, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und schließlich, ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, ist es für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Beschäftigte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist (BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#)). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird ([BSGE 34, 207](#), 210; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund gelangt der Senat in Würdigung des Einzelfalles zur Feststellung einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung. Trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung der Tätigkeit überwiegen danach qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Zwar haben der Kläger und der Beigeladene zu 1) keinen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen, jedoch ihre Rechtsbeziehung von Anfang an als Arbeitsverhältnis gestaltet und abgewickelt. Der Kläger erhält ein monatliches Bruttoentgelt, das auf sein privates Girokonto überwiesen wird. Diese Vergütungspraxis entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Das Arbeitsentgelt enthält keine Bestandteile, die auch nur ansatzweise auf eine (gegebenenfalls geringe) Gewinn- oder Umsatzbeteiligung schließen lassen. Eine Gewinnbeteiligung erhält der Kläger nicht. Durch die Zahlung des Arbeitsentgelts ist vielmehr deutlich gemacht, dass ein (sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis von Anfang an gewollt war. Aus dem gezahlten Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe verbucht wird, wurden von Anfang an auch Lohnsteuern und Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt. Die Anmeldung des Klägers zur Sozialversicherung und die fortlaufende Beitragsentrichtung zeigt auch, dass der Beigeladene zu 1) seine eigene rechtliche Stellung innerhalb des Betriebs anders beurteilt hat als die des Klägers und insoweit keine Gleichrangigkeit bzw. Gleichberechtigung gesehen hat. All dies ist ein gewichtiges Indiz - genauer: eine Systementscheidung - für eine -

letztlich auch gewollte - abhängige Beschäftigung (vgl. schon BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO). Insoweit hat die Entgeltform keine Züge unternehmerischen Risikos getragen. Dass laut Abrechnung der Bezüge vom Dezember 2008 ein monatlicher Gehaltsverzicht von EUR 250,00 geleistet werde, stellt sich lediglich als - vorübergehende oder unbefristete - freiwillige Abmachung dar, die im Einzelfall auch von familienfremden Beschäftigten praktiziert werden kann. Zu Beginn der Beschäftigung bei dem Beigeladenen zu 1) hat offenbar kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht und damit des Versicherungsschutzes zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger bzw. der Einzugsstelle prüfen zu lassen, auch nicht im Rahmen von Betriebsprüfungen. Damit fehlt es an jeglichem Nachweis einer rechtsverbindlich gewordenen Begründung einer Mitunternehmerschaft des Klägers. Das Arbeitsverhältnis mag aus steuerrechtlichen Gründen - Verbuchung als Betriebsausgabe und Unterwerfung unter das Lohnsteuerrecht - begründet worden sein. Es kann aber bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung nicht außer Betracht gelassen werden.

Der Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses steht auch nicht entgegen, dass der Kläger seine Tätigkeit weitgehend frei von Einzelweisungen ausübt und auch seit 01. Januar 2001 ausgeübt hat. Zunächst ist die Abhängigkeit unter Angehörigen, wie ausgeführt, im Allgemeinen ohnehin weniger stark ausgeprägt und das Weisungsrecht kann deshalb mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (vgl. BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#) m.w.N.). Zum anderen ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei hochqualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Nach ständiger Rechtsprechung kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in dem Betrieb eingegliedert ist (BSG SozR 3-2400 § 2 Nr.19 m.w.N.). Die nicht ausgeübte Rechtsmacht und damit die dem Kläger eröffnete Dispositionsfreiheit beseitigt aber nicht die rechtlich bestehende persönliche Abhängigkeit (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

Ein mögliches Unternehmerrisiko wurde und wird vom Kläger nicht getragen. Maßgebend für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also wesentlich ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - veröffentlicht in juris). Die Vergütung des Klägers ist unabhängig vom jeweiligen Erfolg des Unternehmens weitergezahlt worden. Der Beigeladene zu 1) führte und führt das Unternehmen als Einzelunternehmen, so dass er für sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens haftete und haftet. Alleiniger Träger des Insolvenzrisikos war und ist der Beigeladene zu 1). Dass der Erfolg des Unternehmens von den Fähigkeiten und dem sicherlich überobligatorischen Engagement des Klägers abhängt, unterscheidet seine Position qualitativ nicht von derjenigen eines leitenden Angestellten, der sich unter dem Anreiz der Sicherung und möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge für das Fortkommen des Unternehmens einsetzt und im Übrigen auch unternehmerische (Teil-)Aufgaben wahrzunehmen hat ([§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Betriebsverfassungsgesetz \(BetrVG\)](#)); vgl. Bundesarbeitsgericht (BAG) [NJW 2010, 2746](#)).

Das Verhältnis des Klägers zum Beigeladenen zu 1) stellt sich bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung als ein in der betrieblichen Praxis nicht untypischer Entwicklungsprozess eines Hineinwachsens der jüngeren Familienangehörigen in die Unternehmensnachfolge dar. 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 mehr. Bis zum rechtlichen Vollzug einer Unternehmensnachfolge besteht dagegen immer noch die Möglichkeit, an der Nichtausübung eines Weisungsrechts jederzeit etwas zu ändern, sodass bis dahin sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht entsprechende Unsicherheiten verbleiben (BSG, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); LSG, Urteile vom 18. Mai.2010 - [L 11 KR 1423/08](#) - und 01. Februar 2011 - [L 11 KR 1541/09](#) , beide veröffentlicht in juris).

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

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-03-30