S 10 BA 57/18 ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
SG Duisburg (NRW)
Sachgebiet
Sonstige Angelegenheiten
Abteilung
10
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 10 BA 57/18 ER
Datum
30.07.2018
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 05.04.2018 wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers.

Gründe:
I.

Im Streit ist die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruches des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 05.04.2018, mit dem für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.10.2017 für die Tätigkeit der Ehefrau des Klägers (Frau K. H.) Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen in Höhe von 29.632,24 EUR sowie Säumniszuschläge in Höhe von 6.033 EUR nachgefordert werden.

Der Antragsteller ist alleiniger Inhaber eines Kiosks, den er als Einzelunternehmer führt. Im Rahmen der vom 07.11.2017 bis zum 17.01.2018 durchgeführten Betriebsprüfung der Antragsgegnerin wurden Dienstpläne für die Zeit von März 2015 bis Oktober 2017 ausgewertet, in die für jeden Tag der Woche einschließlich Samstagen und Sonntagen Namen jeweils für eine Frühschicht, eine Mittagsschicht und eine Abendschicht eingetragen waren. Nach den Eintragungen in den Dienstplänen begann die Frühschicht jeweils um 05:00 Uhr und die Abendschicht endete um 23:00 Uhr. Neben dem Vornamen der Ehefrau des Antragstellers waren insgesamt sechs weitere Personen mit ihren Vornamen in den Dienstplänen eingetragen. Für die Monate Januar, Februar, August, September und November 2015 sind keine Eintragungen vorhanden. In einer Anlage zum Statusfeststellungsantrag für mitarbeitende Angehörige wurde seitens des Antragstellers angegeben, dass Frau K. H. seit dem 01.04.2009 als Ehegattin des Betriebsinhabers an durchschnittlich sechs Arbeitstagen durchschnittlich 47 Wochenstunden in dem Kiosk mitarbeite, dass dafür kein Arbeitsentgelt gezahlt werde und dass die Arbeitszeit nach Belieben geleistet werde. Ferner wurde angegeben, dass die Tätigkeit weder aufgrund einer mündlichen noch aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung ausgeübt werde und dass der mitarbeitende Angehörige nicht wie eine Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert werde. Ohne die Mitarbeit der Frau K. H. hätte keine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Die mitarbeitende Angehörige sei nicht an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit gebunden. Zudem wurde angegeben, dass die mitarbeitende Angehörige dem Betrieb ein Darlehen in Höhe von 15.000 EUR für Wareneinkäufe gewährt habe und Teil einer Erbengemeinschaft sei, die als Eigentümerin des Betriebsgebäudes Vermieterin der Betriebsstätte sei. Die von dem Antragsteller für die Betriebsstätte zu zahlende monatliche Miete betrage 924 EUR.

Die Angaben in dem Statusfeststellungsantrag wurden dahingehend ergänzt, dass Frau K. H. die Planung der Öffnungszeiten des Kiosks und die Personalplanung übernommen habe und dass etwa die Hälfte der Öffnungszeiten des Kiosks durch Mitarbeiter und die andere Hälfte durch den Betriebsinhaber und Frau K. H. abgedeckt würden. In den Zeiten, die Frau K. H. im Kiosk verbringe, erledige sie nicht nur die Verkaufstätigkeit im Rahmen des Betriebes des Kiosks. Da es auch längere Zeiten ohne Kundenbesuche in dem Kiosk gebe, erledige sie während dieser Zeiten auch Aufgaben im Zusammenhang mit der von ihr ausgeübten Tätigkeit als Geschäftsführerin der KV Schifffahrt GmbH Duisburg und Arbeiten, die im Zusammenhang mit der Betreuung der Vermietungsobjekte der Erbengemeinschaft H. anfielen. Die Tätigkeit von Frau K. H. sei nicht durch persönliche Abhängigkeit und Ausübung eines Weisungsrechtes des Betriebsinhabers gekennzeichnet. Die Mitarbeit erfolge vielmehr ausschließlich auf Basis der familienhaften Mithilfe. Frau K. H. ersetze keine andere Arbeitskraft, da aufgrund der wirtschaftlichen Situation keine andere Arbeitskraft hätte eingestellt werden können. Frau K. H. entscheide eigenverantwortlich über die Art und den Umfang ihrer Tätigkeit. Sie sei neben der Zeitplanung auch für die Warenbestellung, die Handelskalkulationen, die Einstellung und Organisation der Mitarbeiter verantwortlich. Frau K. H. habe keinen Urlaubsanspruch und erhalte keine Zahlungen im Krankheitsfall. Frau K. H. sei Teil der Erbengemeinschaft, die die Betriebsstätte an den Antragsteller vermietet habe. Ein

wesentlicher Grund für die Übernahme des Kiosks durch den Antragsteller sei der Umstand gewesen, dass Mieteinkünfte der Erbengemeinschaft sichergestellt und Leerstand vermieden werden sollte.

Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller mit Schreiben vom 18.01.2018 mit, dass beabsichtigt sei, bezüglich der Tätigkeit der Ehefrau K. H. ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zugrunde zu legen und Sozialversicherungsbeiträge und Säumniszuschläge in einer Gesamthöhe von 34.707,61 EUR nachzufordern. Der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers äußerte sich im Rahmen der Anhörung mit Schriftsatz vom 07.03.2018 dahingehend, dass die Ehefrau K. H. nicht aufgrund eines abhängigen Beschäftigungs-verhältnisses im Betrieb des Antragstellers tätig sei, sondern dass sie die "wahre" Unternehmerin des Betriebes sei. Sie allein organisiere die Personalplanung, d. h. den Einsatz der Mitarbeiter zur Abdeckung der Öffnungszeiten, sie entscheide über die Öffnungszeiten in Abhängigkeit von der Mitarbeiterplanung und ihrer eigenverantwortlichen Entscheidung, wann sie anwesend sein möchte, und sie führe den Wareneinkauf und die Bestandsverwaltung durch. Beide Ehegatten würden jeweils einer anderen Beschäftigung nachgehen, die die jeweilige maßgebliche Einnahmequelle der Familie sei. Während der Antragsteller als Geschäftsführer der K3 GmbH tätig sei, übe Frau K. H. eine Tätigkeit als Geschäftsführerin der KV Schifffahrt GmbH aus. Beide Eheleute würden zusammen wirtschaften. Das betriebene Gewerbe in der Form des Kiosks sei nicht als Einnahmequelle vorgesehen. Der Kiosk würde in dem Haus der Erbengemeinschaft H. mit dem hauptsächlichen Zweck betrieben, einen Leerstand in dem Hausgrundstück zu vermeiden, hierdurch das Haus aufzuwerten und die Vermietbarkeit der Einheiten zu verbessern. Eine Vergütung sei an die Ehefrau des Antragstellers nicht gezahlt worden, so dass insoweit auch keine Lohnkosten entstanden seien, die als Betriebsausgabe verbucht worden seien. Der Kiosk könne betriebswirtschaftlich nicht rentabel betrieben werden, wenn die Mitarbeit der Ehefrau des Antragstellers vergütet würde oder andere Mitarbeiter statt der Ehefrau des Antragstellers zusätzlich beschäftigt würden. Der Kiosk habe zu Beginn des Betriebes Verluste gemacht und zuletzt sei ein minimaler Gewinn erzielt worden, der so gering sei, dass die Vergütung eines weiteren Mitarbeiters für das Unternehmen wirtschaftlich nicht tragfähig gewesen wäre. Die Ehefrau des Antragstellers könne ihre Anwesenheitszeiten nach eigenem Gutdünken jederzeit nach ihren eigenen Bedürfnissen gestalten, so dass es insoweit weder ein Zustimmungserfordernis seitens des Antragstellers noch ein Direktionsrecht gebe.

Mit Bescheid vom 05.04.2018 forderte die Antragsgegnerin von dem Antragsteller bezogen auf die Tätigkeit seiner Ehefrau K. H. für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.10.2017 Sozialversicherungsbeiträge und Säumniszuschläge in einer Gesamthöhe von 35.664,24 EUR nach. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass in der Gesamtbetrachtung die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis der Ehefrau des An-tragstellers überwiegen würden. Frau K. H. arbeite in einem erheblichen Umfang in dem Kiosk. Eine bloße familienhafte Mithilfe könne aufgrund des zeitlichen Umfanges der Tätigkeit sowie der herausragenden Position der Ehefrau des Antragstellers in der Firma nicht geltend gemacht werden. Der Umstand, dass das Unternehmen in der Rechtsform einer Einzelfirma geführt werde, spreche für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Bei einem entsprechenden Willen der Beteiligten hätte durch die Gründung einer Personengesellschaft dokumentiert werden können, dass eine Gleichstellung der Tätigkeit der Frau K. H. mit der Tätigkeit des Antragstellers vorliege. Da in der bewusst gewählten Unternehmensform des Einzelunternehmens die Haftung und die Geschäftsführung ausschließlich beim Einzelunternehmer, d. h. beim Antragsteller lägen, könne von einer de facto gleichberechtigten Führung des Betriebes insbesondere aufgrund der fehlenden Rechtsmacht keine Rede sein. Entscheidend für ein abhängi-ges Beschäftigungsverhältnis würde die Eingliederung der Frau K. H. in den Betrieb und die Weisungsgebundenheit der Ehefrau des Antragstellers sprechen. Frau K. H. habe ihre Arbeitskraft im Dienst des Unternehmens eingesetzt und dabei Aufgaben erfüllt, die sich aus der Organisation ergeben würden. Ort, Zeit, Dauer und Art ihrer Tätigkeit würden sich ausschließlich nach der Ordnung des Betriebes bestimmen. Der Umstand, dass Frau K. H. sich während ihrer Arbeitszeit in dem Kiosk bei längeren Zeiten ohne Kun-denbesuche auch mit privaten Dingen beschäftige, spreche nicht gegen eine abhängige Beschäftigung. Diese Zeiten seien vielmehr als Bereitschaftszeiten zu werten, für die auch ein Entgeltanspruch bestehe. Eine Weisungsgebundenheit der Frau K. H. liege vor, wobei zu berücksichtigen sei, dass sich die Weisungsgebundenheit einer Leitenden Angestellten – wie offenbar vorliegend – zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsleben verfeinere. Ferner könne die Weisungsgebundenheit bei Beschäftigung von Verwandten naturgemäß in sehr abgeschwächter Form auftreten und diese sei wegen der Undurchsichtigkeit der familiären Beziehungen kaum messbar. Die Gewährung des Darlehens der Ehefrau des Antragstellers an den Betrieb spreche nicht gegen eine abhängige Beschäftigung. Die Gewährung von Darlehen unter Familienmitgliedern sei mit der Gewährung durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers sei, nicht zu vergleichen. Familienmitglieder hätten in der Regel ein gesteigertes Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens, woraus aber kein wesentliches Unternehmerrisiko folge. Die Nichtzahlung des gesetzlichen Mindestlohnes, ein fehlender Urlaubsanspruch sowie ein fehlender Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall seien Ausfluss der fehlerhaften sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung der Tätigkeit der Frau K. H. und griffen daher als Argumente gegen eine abhängige Beschäftigung ins Leere.

Hinsichtlich der Höhe der Beitragsansprüche sei zu berücksichtigen, dass Beiträge aus dem geschuldeten Arbeitsentgelt zu zahlen seien, unabhängig davon, ob das laufende Arbeitsentgelt tatsächlich auch gezahlt werde. Arbeitgeber seien nach § 20 MiLoG verpflichtet, ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Mindestlohnes zu zahlen. Nach dem Gesetz zur Regelung des allgemeinen Mindestlohnes gelte in Deutschland seit dem 01.01.2015 ein flächendeckender allgemeiner Mindestlohn für Arbeitnehmer in Höhe von 8,50 EUR brutto pro Zeitstunde. Seit dem 01.01.2017 betrage er 8,84 EUR brutto je Zeitstunde. Aufgrund des gesetzlichen Mindestlohnes habe Frau K. H. einen unabdingbaren Entgeltanspruch für die Zeit ab dem 01.01.2015. Die tatsächliche Arbeitszeit sei aufgrund der vorgelegten Aufzeichnungen eindeutig feststellbar und sei im Zeitraum von Januar 2015 bis Dezember 2016 mit 8,50 EUR pro Stunde zu vergüten, ab dem Monat Januar 2017 mit 8,84 EUR pro Stunde. Für die Monate Januar, Februar, Mai, August, September und November 2015, für die keine Aufzeichnungen vorliegen würden, sei eine Schätzung der Arbeitsstunden anhand des Durchschnittes der monatlichen Arbeitsstunden der restlichen Monate des Jahres 2015 erfolgt.

Gegen diesen Bescheid erhob der Antragsteller am 19.04.2018 Widerspruch und bezog sich zur Begründung auf seine Stellungnahme im Rahmen des Anhörungsverfahrens. Gleichzeitig beantragte er bei der Antragsgegnerin die Aussetzung der Vollziehung des Bescheides. Mit Schreiben vom 24.04.2018 lehnte die Antragsgegnerin die Aussetzung der Vollziehung der Beitragsforderung mit der Begründung ab, nach der gebotenen summarischen Prüfung bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides.

Am 14.05.2018 hat der Antragsteller bei dem erkennenden Gericht einen Antrag auf einstweilige Anordnung der Aussetzung der Vollziehung gestellt. Der Antragsteller ist weiterhin der Auffassung, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zwischen ihm und seiner Ehefrau nicht begründet worden sei. Die Antragsgegnerin habe zum einen nicht eine erforderliche Abgrenzung zwischen abhängigem Beschäftigungsverhältnis und familienhafter Mithilfe und zum anderen nicht geprüft, ob die Ehefrau des Antragstellers als Quasi-Mitunternehmerin einzustufen sei. Die Ehefrau des Antragstellers habe keine Vergütung für ihre Mitarbeit erhalten, was gegen eine

abhängige Beschäftigung spreche. Der Betrieb habe in der bislang betriebenen Form keine Mehrkosten durch weitere Arbeitskräfte zugelassen. Wenn eine für den Betrieb kostenneutrale Mitarbeit der Ehefrau des Antragstellers nicht von Beginn an möglich gewesen wäre, wäre der Kiosk erst gar nicht betrieben worden und wirtschaftlich nicht rentabel. Als Konsequenz der Entscheidung der Antragsgegnerin sei als einzige mögliche Konsequenz geplant, den Betrieb des Kiosks einzustellen. Es sei auch nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Antragsgegnerin für die Jahre 2013 und 2014 kein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zugrunde lege und für die Zeit ab dem 01.01.2015 zu der Bewertung gelange, dass Pflichtbeiträge aufgrund eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nachzuentrichten seien. Die Ehefrau des Antragstellers habe neben ihrer Verkaufstätigkeit und neben ihrer Tätigkeit im Personalwesen, den Buchführungsarbeiten, den Warenbestellungen und der Tätigkeit im Zahlungswesen in erheblichem Umfang betriebsfremde Tätigkeiten durchgeführt. Dazu gehörten beispielsweise vorbereitende Tätigkeiten für die Geschäftsführertätigkeit bei der KV Schifffahrt GmbH, Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Betreuung des der Erbengemeinschaft gehörenden Mehrfamilienhauses, in dem sich der Kiosk befindet, und die Erledigung rein privater Angelegenheiten.

Der Antragsteller beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruches des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 05.04.2018 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt schriftsätzlich,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, es bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheides, und zwar weder dem Grunde nach noch der Höhe nach. Die Vollziehung des Bescheides hätte für den Antragsteller auch keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruches ist zulässig und begründet.

Nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Haupt-sache in den Fällen, in denen ein Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat, diese ganz oder teilweise anordnen. Der Widerspruch des Antragstellers gegen den Bescheid vom 05.04.2018 hat keine aufschiebende Wirkung, da diese bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten nach § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG entfällt.

Die Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Aufschubinteres-ses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist in Anlehnung an § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen und ob die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Da § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG das Vollzugsrisiko grundsätzlich auf den Adressaten des Bescheides verlagert, können nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Aufschubinteresse begründen, die einen Erfolg der Klage bzw. des Widerspruches überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür reicht es nicht schon aus, dass im Rechtsbehelfsverfahren möglicherweise noch ergänzende Tatsachenfeststellungen zu treffen sind. Maßgebend ist vielmehr, ob nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht (LSG NRW vom 14.02.2011 L 8 R 833/10 B ER; LSG NRW vom 05.11.2008 L 16 B 7/08 R ER; Meyer-Ladewig Kommentar zum SGG § 86a Rn. 27a). Nach § 86b Abs. 2 Satz 4 in Verbindung mit § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO) sind die Angaben glaubhaft zu machen, d. h. es genügt, dass die Tatsachen überwiegend wahrscheinlich sind (vgl. Meyer-Ladewig Kommentar zum SGG § 86b Rn. 41 m. w. N.).

Unter Heranziehung dieser Grundsätze war die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruches anzuordnen, da nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht.

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Prüfbescheides der Antragsgegnerin ist § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV. Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Gegenstand der Prüfung ist die ordnungsgemäße Erfüllung der Meldepflichten und der sonstigen Pflichten der Arbeitgeber, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen. Dabei prüfen die Rentenversicherungsträger insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen (§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV).

Die Antragsgegnerin hat mit dem angefochtenen Bescheid beanstandet, dass der Antragsteller für Frau K. H. für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.10.2017 keine Tätigkeit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses zugrunde gelegt und keine Pflichtbeiträge zur Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung entrichtet hat. Nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung sprechen mehr Gesichtspunkte für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides und die darin vorgenommene Bewertung, dass Frau K. H. im Betrieb des Antragstellers im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mitgearbeitet habe.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI, § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI und § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Danach ist jeweils Voraussetzung das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist

Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes setzt eine Beschäfti-gung voraus, dass eine persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber besteht. Persönliche Abhängigkeit erfordert eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers. Insbesondere bei Diensten höherer Art kann dieses Weisungsrecht erheblich eingeschränkt und zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Auch bei Diensten höherer Art muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, d. h. die Dienstleistung muss zumindest in einer von anderer Seite vorgege-benen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie durch das eigene Unternehmerrisiko, durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 8). Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Eine abhängige Beschäftigung wird nämlich nicht dadurch ausgeschlossen, dass jemand für ein Familienmitglied tätig ist. In diesem Fall ist aber insbesondere zu prüfen, ob der Angehörige in einem Familienunternehmen als Beschäftigter, als Mitunternehmer bzw. Mitgesellschafter eines Angehörigen oder ob seine Tätigkeit lediglich als familienhafte Mithilfe anzusehen ist (BSG Urteil vom 30.04.2013 B 12 KR 19/11 R; BSG Urteil vom 23.06.1994 in SozR 3-2500 § 5 Nr. 17). Die Beurteilung einer Erwerbstätigkeit, die im Unternehmen eines Familienangehörigen ausgeübt wird, der als natürliche Person Unternehmensinhaber bzw. Träger des Unternehmens und mit seinem ganzen Vermögen dessen Haftungsobjekt ist, unterscheidet sich insoweit rechtlich gesehen nicht wesentlich von der Beurteilung einer Erwerbstätigkeit in einer Familiengesellschaft z. B. in der Rechtsform einer GmbH, deren Kapital in Form von Gesellschaftsanteilen von Familienangehörigen gehalten wird (vgl. BSG Urteil vom 30.04.2013 B 12 KR 19/11 R).

Die im Rahmen der Abgrenzung zum Mitunternehmer bzw. Mitgesellschafter erforderliche Voraussetzung für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, dass eine persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten vom Arbeitgeber vorliegen muss, wird insbesondere durch die Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Ort und Art der Arbeitsausführung erfüllt (BSG Urteil vom 23.06.1994 12 RK 50/93 SozR 3-2500 § 5 Nr. 17). Die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und familienhafter Mithilfe hängt neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers davon ab, ob der Familienangehörige ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt (vgl. BSG Urteil vom 23.06.1994 12 RK 50/93; BSG Urteil vom 21.04.1993 11 RAr 67/92).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist festzustellen, dass nach dem derzeitigen Erkenntnisstand die Gesichtspunkte, die gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis der Ehefrau des Antragstellers sprechen, deutlich überwiegen. Da keine schriftliche Vereinbarung über die Tätigkeit der Frau K. H. im Betrieb des Antragstellers vorliegt, sind die tatsächlich praktizierten Verhältnisse der Beurteilung zugrunde zu legen. Das Gericht legt seiner Beurteilung die von dem Antragsteller geschilderten praktizierten Verhältnisse zugrunde, da diese in wesentlichen Punkten durch die im Verwaltungsverfahren vorgelegten Unterlagen (z.B. betriebswirtschaftliche Auswertung, Mietvertrag bezüglich der Betriebsräume, Nachweise hinsichtlich der Darlehensgewährung und der sonstigen Geschäftsführertätigkeiten des Antragstellers und seiner Ehefrau) bestätigt werden und dadurch glaubhaft gemacht, das heißt überwiegend wahrscheinlich sind. Danach war Frau K. H. in dem streitigen Zeitraum neben ihrer Verkaufstätigkeit in dem Kiosk verantwortlich für das Personalwesen (Auswahl, Einstellung, Einteilung und Einsatzplanung der Mitarbeiter) sowie für den kaufmännischen und den buchhalterischen Bereich des Betriebes (Warenbestellung, Zahlungswesen). Insoweit stellt sich die Tätigkeit der Frau K. H. als kaufmännische Tätigkeit in leitender Funktion dar, die sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses als auch im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt werden kann.

Bei der Frage, ob Frau K. H. bei Ausübung ihrer Tätigkeit in eine ihr vorgegebene Arbeitsorganisation, d. h. in eine fremdbestimmte betriebliche Ordnung eingegliedert war, ist zunächst festzustellen, dass der Antragsteller den Kiosk als Einzelunternehmer führ-te. Danach ist ausschließlich der Antragsteller unmittelbar aus den sich aus dem Auftreten des Unternehmens im Geschäftsverkehr ergebenden Ansprüche berechtigt und verpflichtet gewesen, wobei er für die über das Unternehmen eingegangenen Verbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen gehaftet hat. Anderseits ist zu berücksichtigen, dass sich aus dem Vortrag des Antragstellers wesentliche Anhaltspunkte für das Bestehen einer Ehegatten-Innengesellschaft ergeben. Obwohl der Kioskbetrieb nach außen hin auf den Namen des Antragstellers lief, ist es möglich, dass die geschäftlichen Beziehungen der Eheleute wenigstens im Innenverhältnis als gesellschaftsrechtliche aufgefasst werden, wobei es nicht erforderlich ist, dass sich die Beteiligten darüber bewusst waren. Für eine sogenannte Innengesellschaft ist es gerade kennzeichnend, dass sich die Partner stillschweigend zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verpflichtet haben, also die Voraussetzungen eines Gesellschaftsvertrages im Sinne der §§ 705 ff. BGB gegeben sind, jedoch nach außen hin nur ein Partner als der Inhaber des Unternehmens in Erscheinung tritt (vgl. BSG Urteil vom 26.08.1975 1 RA 93/73; BGHZ 142, 137 ff.). Als gemeinsame Zweckverfolgung kommt vorliegend neben der Erzielung von Einkünften insbesondere der von dem Antragsteller angeführte Umstand in Betracht, dass der Kiosk in einem Haus der Erbengemeinschaft H. betrieben wird und dass durch den Betrieb des Kiosks ein Leerstand vermieden und die Vermietbarkeit anderer Einheiten verbessert werden sollte. Diese Angaben des Antragstellers erscheinen im Rahmen der summarischen Prüfung insbesondere unter dem Gesichtspunkt glaubhaft, dass sich aus der in der Verwaltungsakte befindlichen vorläufigen betriebswirtschaftlichen Auswertung für das Jahr 2016 trotz des hohen zeitlichen unentgeltlichen Arbeitseinsatzes der Frau K. H. ein Verlust in Höhe von 5.397,95 EUR ergibt. Unter Zugrundelegung einer Ehegatten-Innengesellschaft ist Frau K. H. nicht in eine fremdbestimmte Ordnung eingegliedert gewesen, sondern sie war aufgrund der im Innenverhältnis eingeräumten Rechtsmacht in der Lage, die Organisation des Betriebes mitzugestalten. Dafür spricht der Vortrag des Antragstellers, Frau K. H. habe es freigestanden, ob sie den Kiosk geöffnet und die Verkaufstätigkeit tatsächlich durchgeführt habe in den Zeiten, in denen sie sich in den Dienstplan eingetragen hatte.

Gegen eine abhängige Beschäftigung der Frau K. H. spricht auch der Umstand, dass ei-ne Unterordnung unter ein Weisungsrecht des Antragstellers nicht erkennbar ist. Auch unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes, dass sich bei Leitenden Mitarbeitern das Weisungsrecht zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert und das Weisungsrecht unter Ehegatten möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird, ist die Ausübung eines Weisungsrechtes weder hinsichtlich der Art und

Weise der Ausführung der Tätigkeit noch hinsichtlich der Arbeitszeit erkennbar. Der Ehefrau des Antragstellers war die Erstellung des Dienstplanes und damit die Entscheidung über ihre Arbeitszeit selbst übertragen worden. Es war ihr freigestellt, welche sonstigen Tätigkeiten sie in den Phasen erledigte, in denen sich keine Kunden in dem Betrieb aufhielten. Von dieser Freiheit hat sie in der Weise Gebrauch gemacht, dass sie Arbeiten im Zusammenhang mit ihren weiteren Erwerbstätigkeiten, insbesondere ihrer Geschäftsführertätigkeit für die KV Schifffahrt GmbH erledigte. Die Inanspruchnahme solcher Freiheiten im Rahmen der Ausübung einer Tätigkeit spricht ebenfalls dafür, dass ihr im Rahmen des Innenverhältnisses gesellschaftsrechtlich bedeutsame Rechte eingeräumt worden sind, aufgrund derer sie im Hinblick auf ihre Gesellschafterstellung in der Innengesellschaft als Unternehmerin zu betrachten ist (vgl. BSG Urteil vom 21.04.1993 11 RAr 67/92).

Unter Zugrundelegung einer Ehegatten-Innengesellschaft trägt die Ehefrau des Antragstellers zudem ein Unternehmerrisiko, was für eine selbständige Tätigkeit spricht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes ist maßgebliches Kriterium dafür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (BSG Urteil vom 28.05.2008 B 12 KR 13/07 R). Zwischen dem Antragsteller und Frau K. H. gab es keine Vereinbarung über die Zahlung eines regelmäßigen Gehaltes für ihre Tätigkeit. Das Ehegatten-Innengesellschaftsverhältnis gibt aber beiden Ehegatten ein Anrecht auf die Erträgnisse ihrer gemeinsamen Arbeit in der Weise, dass mangels abweichender Absprachen unter den Gesellschaftern die aus dem gemeinsam betriebenen Geschäft erzielten Einkünfte nach § 722 BGB zu halbieren sind (vgl. BSG Urteil vom 26.08.1975 1 RA 93/73). Somit trug die Ehefrau des Antragstellers das Risiko, ihre eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einzusetzen.

Der Umstand, dass ein schriftlicher Arbeitsvertrag nicht geschlossen wurde und keine Vergütung in Gestalt eines monatlichen Gehaltes vereinbart wurde, spricht gegen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Dementsprechend konnte eine Gehaltszahlung auch nicht als Betriebsausgabe verbucht werden, was ebenfalls gegen eine abhängige Beschäftigung spricht. Weitere Indizien gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sind die Tatsachen, dass weder eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall noch ein Urlaubsanspruch oder die Zahlung eines Urlaubsentgeltes vereinbart waren. Der Umstand, dass Frau K. H. dem Betrieb ein Darlehen in Höhe von 15.000 EUR gewährte, spricht nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes weder für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis noch für eine selbständige Tätigkeit, da sie damit lediglich das mit jeder Darlehensgewährung verbundene Haftungs- oder Ausfallrisiko getragen hat, aber kein darüber hinausgehendes unternehmerisches Risiko (vgl. BSG Urteil vom 11.11.2015 B 12 R 2/14 R).

Insgesamt überwiegen im Rahmen der summarischen Sach- und Rechtsprüfung die für eine selbständige Tätigkeit der Frau K. H. sprechenden Umstände deutlich die dagegen sprechenden Umstände, so dass mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung.
Rechtskraft
Aus
Login
NRW
Saved
2019-02-08