

L 8 R 250/14

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 10 R 713/12
Datum
19.12.2013
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 250/14
Datum
05.10.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 19.12.2013 geändert und die Klage abgewiesen. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird in beiden Rechtszügen auf 10.045,40 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens nach [§ 44](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) über die Rechtmäßigkeit eines Betriebsprüfungsbescheides der Beklagten, mit welchem diese von dem Kläger Beiträge zur Sozialversicherung in Höhe von 10.045,40 Euro für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) im Prüfzeitraum vom 1.1.2002 bis zum 30.6.2006 nachfordert.

Der Kläger betreibt seit 1977 die F-Apotheke in P als eingetragener Kaufmann ([e.K.], Amtsgericht E HRA 000). Bei der Beigeladenen zu 1) handelt es sich um seine Schwester, die ebenfalls approbierte Apothekerin ist.

Sie wurde seit Ende der siebziger Jahre mit insbesondere familiär bedingten Unterbrechungen bis zum August 2007 in der Apotheke des Klägers tätig. Im Streitzeitraum arbeitete sie durchgängig, mit Ausnahme der Monate Juli bis November 2003, in dieser. Ein schriftlicher Vertrag wurde zwischen ihr und dem Kläger nicht geschlossen. Sie wurde in der Zeit vor Januar 2003 durchschnittlich an ca. 25 Wochenstunden in der Apotheke tätig, danach sank die durchschnittliche wöchentliche Stundenzahl auf etwa zehn Stunden. Für ihre Tätigkeit erhielt die jedenfalls ab Dezember 2002 durchgängig bei der Beigeladenen zu 2) als zuständiger Einzugsstelle gemeldete Beigeladene zu 1) monatliche Entgelte in folgender Höhe:

Im Original: Tabelle

Während der Kläger für sie im Jahr 2002 nur anteilige Beiträge zur Arbeitslosenversicherung in Höhe von insgesamt 416,53 Euro an die Beigeladene zu 2) abführte, geschah dies ab dem Jahr 2003 durchgehend bis zu der Beendigung ihrer Tätigkeit unter Berücksichtigung der monatlichen Entgelte. Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung wurden seinerseits für die Beigeladene zu 1) nicht entrichtet, nachdem ihr Entgelt im Jahr 2002 die Jahresarbeitsentgeltgrenze (JAE-Grenze) überschritten hatte. Die Beigeladene zu 1) war im Streitzeitraum Mitglied des Versorgungswerks der Apothekerkammer Nordrhein. Die Beiträge wurden durch den Kläger abgeführt. Ihre Entgelte wurden von Januar 2002 bis einschließlich April 2004 durchgängig der Einkommenssteuer unterworfen. In den Jahren 2005 und 2006 führte der Kläger für die Beigeladene zu 1) lediglich hinsichtlich der im November erfolgenden Sonderzahlung Einkommenssteuer ab. Die Gehaltskontenführung oblag dabei der Zeugin T, die als Buchhalterin in der M-Apotheke in P tätig und von dem Kläger beauftragt worden ist. Die M-Apotheke wird seit 2008 im Rahmen einer offenen Handelsgesellschaft (oHG) geführt, deren Gesellschafter u.a. der Vater und der Bruder des Klägers sowie die Beigeladene zu 1) sind.

Die Beigeladene zu 1) gewährte dem Kläger zwei Darlehen in den Jahren 2001 und 2006, welche sich insgesamt nach übereinstimmender Erklärung des Klägers und der Beigeladenen zu 1) im Streitzeitraum auf ca. 300.000,00 Euro beliefen. Eines der Darlehen wurde aufgrund des schriftlichen Darlehensvertrags vom 1.10.2001, auf den Bezug genommen wird, gewährt. Sie erhielt Zinszahlungen durch den Kläger i.H.v. zweimal jährlich 7.912,46 Euro.

Die Beklagte führte am 5.9.2006 bei dem Kläger eine Betriebsprüfung für den Prüfzeitraum vom 1.1.2002 bis 30.6.2006 durch. Dem trat der Kläger, vertreten durch das Steuerberaterbüro U, J & Sozien, im Rahmen eines unstreitig durchgeführten Anhörungsverfahrens zunächst entgegen, da die Beigeladene zu 1) nicht sozialversicherungspflichtig sei. Der Verwaltungsvorgang bzw. die eingereichten Unterlagen des

Anhörungsverfahrens konnten durch die Beteiligten nicht mehr vorgelegt werden. Mit Bescheid vom 2.2.2007 forderte die Beklagte sodann Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 10.045,40 Euro für die Beigeladene zu 1) in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung aufgrund eines Unterschreitens der JAE-Grenze sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund des mangelnden Nachweises der Beitragszahlung an die Beigeladene zu 4) im Jahr 2002 nach. Auf die Begründung wird im Übrigen Bezug genommen. Der Bescheid wurde bestandskräftig und die Forderung durch den Kläger beglichen. Die Beigeladene zu 1) blieb bis zu ihrem Ausscheiden im August 2007 durch den Kläger bei der Beigeladenen zu 2) als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte gemeldet.

Am 9.11./8.12.2010 führte die Beklagte bei dem Kläger eine weitere Betriebsprüfung nunmehr für den Prüfzeitraum vom 1.7.2006 bis zum 31.12.2009 durch. Mit Bescheid vom 10.12.2010 forderte sie erneut 3.579,54 Euro inklusive Säumniszuschlägen in Höhe von 1.057,00 Euro nach, denn es bestehe Versicherungspflicht für die Beigeladene zu 1) auch in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung, da die JAE-Grenze unterschritten werde.

Der Kläger legte dagegen am 12.1.2011 Widerspruch ein und beantragte gleichzeitig die Überprüfung nach [§ 44 SGB X](#) hinsichtlich des Betriebsprüfungsbescheides vom 2.2.2007. Die Beigeladene zu 1) sei bei ihm nicht abhängig beschäftigt sondern selbständig und gleichberechtigt mit ihm tätig gewesen. Es gebe keinen Arbeitsvertrag. Eine Weisungsgebundenheit bestehe nicht. Sie müsse sich allerdings an den Gegebenheiten bezüglich ihres Einsatzes orientieren. Sie habe zudem Eigenkapital in die Apotheke investiert. Im Jahr 2006 habe der Steuerberater die gesamte Abwicklung getätigt. 2007 habe es einen Wechsel des Steuerberaters gegeben.

Im Rahmen eines Feststellungsbogens zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses unter Angehörigen teilten Kläger und Beigeladene zu 1) mit, dass ohne die Mitarbeit der Beigeladenen zu 1) eine fremde Arbeitskraft hätte angestellt werden müssen. Das monatliche Arbeitsentgelt entspreche nicht dem ortsüblichen bzw. tariflichen Entgelt. Es sei vielmehr frei vereinbart. Sonstige Bezüge würden nicht gewährt. Von dem auf das Girokonto der Beigeladenen zu 1) zur freien Verfügung überwiesenen Entgelt sei Lohnsteuer entrichtet und es sei als Betriebsausgabe gebucht worden. Eine Personengesellschaft liege nicht vor. Die Beigeladene zu 1) sei nicht am Betrieb beteiligt. Sie habe allerdings Darlehen im Wert von 263.748,96 Euro gewährt.

Mit Bescheid vom 17.10.2011 lehnte die Beklagte die Rücknahme des Bescheides vom 2.2.2007 nach [§ 44 SGB X](#) ab. Auf die Begründung wird Bezug genommen. Dagegen legte der Kläger am 7.11.2011 Widerspruch ein. Die Beigeladene zu 1) sei nur sporadisch nach Absprache bis August 2007 tätig geworden. Er zahle laufende Zinsen auf die gewährten Darlehen. Neben ihm, dem Kläger, sei die Beigeladene zu 1) die einzige Apothekerin in der F-Apotheke gewesen. Im Übrigen habe es nur Apothekenhelferinnen gegeben. Die Beklagte wies mit Widerspruchsbescheid vom 11.5.2012 den Widerspruch als unbegründet zurück. Auf die Begründung wird Bezug genommen.

Dagegen hat der Kläger am 8.6.2012 vor dem Sozialgericht (SG) Duisburg Klage erhoben. Er hat seinen Vortrag aus dem Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend hat er vorgetragen, dass der Beigeladenen zu 1) jeweils monatlich ein Entgelt in gleicher Höhe gezahlt werde. Dies geschehe unabhängig davon, ob tatsächlich eine Tätigkeit ausgeübt werde und unabhängig von deren Umfang. Die Beigeladene zu 1) finanziere ihren Unterhalt aus eigenen Quellen. Bis August 2007 habe sie durchschnittlich 10 Stunden wöchentlich gearbeitet. Innerhalb der Apotheke sei sie mit ihm gleichgestellt und nicht weisungsgebunden gewesen. Sie sei stets in der Apotheke anwesend gewesen, wenn er nicht da gewesen sei oder bei entsprechendem Arbeitsanfall gemeinsam mit ihm. Sie sei bei seiner Abwesenheit gegenüber dem Personal weisungsbefugt gewesen. Sie habe Eigenkapital investiert und sei für den Umbau der Apotheke im Jahr 2003 verantwortlich gewesen. Es sei für ihn nicht nachvollziehbar, weshalb sie steuerlich als Angestellte geführt worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 17.10.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.5.2012 zu verurteilen, den Bescheid vom 2.2.2007 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat auf ihre Bescheide verwiesen. Der klägerische Vortrag widerspreche sich mit der tatsächlichen Behandlung der Tätigkeit. Diese sei schließlich jahrelang als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis gelebt worden.

Die durch das SG mit Beschluss vom 15.11.2012 am Verfahren beteiligte Beigeladene zu 1), hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung keinen Antrag gestellt.

Das SG hat am 24.1.2013 einen Termin zur Erörterung des Sachverhaltes mit den Beteiligten durchgeführt und ihm Rahmen dessen den Kläger und die Beigeladene zu 1) angehört. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen. Im Nachgang hat es die Lohnkonten der Zeit von 2003 bis 2006, einen unverschlüsselten Versicherungsverlauf der Beigeladenen zu 1) sowie die Befreiungsakte nach [§ 6 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) beigezogen. Mit Urteil vom 19.12.2013 hat es der Klage stattgegeben und die Beklagte zur Aufhebung des Betriebsprüfungsbescheides vom 2.2.2007 verpflichtet. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 26.2.2014 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 26.3.2014 Berufung eingelegt. Ein hohes Maß an Arbeitszeitflexibilität und selbständiger Arbeitserledigung sei kein Zeichen von Selbständigkeit. Es bestehe für die Beigeladene zu 1) zudem kein unternehmerisches Risiko. Sie erhalte ein regelmäßiges Entgelt und habe sich nicht als (Mit-)Unternehmerin betätigen wollen. Das gewährte Darlehen sei nicht als Einlage gewollt gewesen und habe keiner Zweckbindung unterlegen. Dem Kläger als Inhaber der Apotheke habe die Möglichkeit oblegen, die Art und Weise der Tätigkeit zu regulieren. Die Beigeladene zu 1) sei eingegliedert in den klägerischen Betrieb tätig geworden und bereits nach dem Berufsrecht nicht zur Leitung der Apotheke befugt gewesen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 19.12.2013 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend und wiederholt und vertieft seinen bisherigen Vortrag. Ergänzend verweist er darauf, dass eine Weisungsfreiheit der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich Zeit und Art der Tätigkeit bestanden habe. Die Beigeladene zu 1) habe das Darlehen im Übrigen für den Fortbestand und Erfolg der Apotheke gewährt.

Die Beigeladene zu 1) stellt keinen Antrag. Die weiteren am Verfahren beteiligten Beigeladenen zu 2) bis 4) (Beschluss v. 2.10.2014) haben an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen.

Der Senat hat zwei Termine zur Erörterung des Sachverhalts und der Beweisaufnahme durchgeführt. Er hat jeweils den Kläger und die Beigeladene zu 1) angehört und am 12.9.2014 Beweis erhoben durch die uneidliche Vernehmung der Zeugen B T und E G sowie am 29.4.2016 durch die uneidliche Vernehmung der Zeugen Q U und V M. Auf die jeweiligen Sitzungsniederschriften wird Bezug genommen. Zudem hat der Senat die Personalakte der Beigeladenen zu 1) und den Betriebsprüfungsbescheid vom 21.11.2014 beigezogen. Weder Kläger noch Beklagte konnten Unterlagen zum Anhörungsverfahren gegen den Betriebsprüfungsbescheid vom 2.2.2007 vorlegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, der Verwaltungsakte der Beklagten sowie auf die beigezogenen weiteren Akten, die jeweils Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 4) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit ordnungsgemäßen Terminsnachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg. Sie ist zunächst zulässig und insbesondere gemäß den [§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) und form- und fristgerecht erhoben worden ([§§ 151 Abs. 1, Abs. 3, 64 Abs. 1, 3, 63 SGG](#)). Die vollständig abgefasste Entscheidung ist der Beklagten am 26.2.2014 zugestellt worden. Ihre Berufungsschrift ist bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen am 26.3.2014 eingegangen.

Die Berufung der Beklagten ist zudem begründet. Denn das SG hat die gegen den Bescheid vom 17.10.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.5.2012, mit welchem die Rücknahme des Betriebsprüfungsbescheides vom 2.2.2007 abgelehnt worden ist, zulässig erhobene Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ([§ 54 Abs. 1, 4 i.V.m. § 56 SGG](#)) zu Unrecht als begründet erachtet. Die streitigen Bescheide erweisen sich vielmehr als rechtmäßig und beschweren den Kläger damit nicht im Sinne von [§ 54 Abs. 1 Satz 2 SGG](#) in seinen Rechten, denn der Kläger hat keinen Anspruch auf Rücknahme des Betriebsprüfungsbescheides der Beklagten vom 2.2.2007 nach [§ 44 SGB X](#).

I. Zwar sind die formellen Anspruchsvoraussetzungen des [§ 44 SGB X](#) erfüllt. Der Kläger hat zunächst einen Antrag gestellt. Ein erneutes Anhörungsverfahren ist durch die Beklagte zwar nicht mehr durchgeführt worden, jedoch ist dieser Mangel nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB X](#) durch die Durchführung des Widerspruchsverfahrens geheilt worden.

II. Jedoch liegen die materiellen Anspruchsvoraussetzungen nicht vor. [§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) bestimmt, dass ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen ist, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass dieses Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist.

Ob ein früherer Bescheid rechtswidrig ist, entscheidet sich anhand seines Verfügungssatzes. Im Verfahren nach [§ 44 SGB X](#) werden nicht nur einzelne Begründungselemente überprüft sondern der gesamte Verwaltungsakt. Der Wortlaut von [§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) umfasst sowohl Fehler des Verfahrens- als auch des materiellen Rechts (Steinwedel in: Kassler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB X, 90. Ergänzungslieferung 2016, § 44 Rdnr. 39). Grundsätzlich sind jedoch Fehler im Verwaltungsverfahren bei [§ 44 SGB X](#) unbeachtlich. Dies entspricht dem Sinn und Zweck des [§ 44 SGB X](#). Insbesondere darf ein Betroffener nicht über diese (Wieder-) Einräumung eine ihm materiell-rechtlich nicht zustehende Position erlangen (Steinwedel in: Kassler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, a.a.O., § 44 Rdnr. 39ff; BSG, Urteil v. 22.3.1989, [7 RAr 122/87](#), juris). Die Beklagte hat indes in dem Bescheid vom 2.2.2007 weder das Recht unrichtig angewandt noch ist sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen.

1. Ermächtigungsgrundlage für die Feststellung der Versicherungspflicht ist [§ 28p Abs. 1 Satz 5](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitsgebern.

2. Der Bescheid vom 2.2.2007 ist formell rechtmäßig ergangen. Insbesondere ist der Bescheidbegründung - durch den Kläger unwidersprochen - zu entnehmen, dass die Beklagte ein Anhörungsverfahren durchgeführt und der Kläger von seinem Anhörungsrecht im Rahmen einer Stellungnahme Gebrauch gemacht hat.

3. Der Bescheid ist auch materiell rechtmäßig. Nach [§ 28e Abs. 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die bei ihm Beschäftigten, d.h. die für einen versicherungspflichtigen Beschäftigten zu zahlenden Beiträge zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung ([§ 28d](#) Sätze 1 und [2 SGB IV](#)), zu entrichten. Der - hier streitigen - Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V], [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch [SGB XI], [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]).

a) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach

Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, 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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige 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 selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), juris; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; Urteil v. 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbstständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, das heißt den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#); BSG, Urteil v. 19.8.2015, [B 12 KR 9/14 R](#), jeweils juris).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.). Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse 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 hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#); Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), jeweils juris).

b) Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Angehörigen besteht (BSG, Urteil v. 5.4.1956, [3 RK 65/55](#), SozR Nr. 18 [§ 164 SGG](#); BSG, Urteil v. 17.12.2002, [B 7 AL 34/02 R](#), USK 2002-42; BSG, Urteil vom 10.5.2007, [B 7a AL 8/06 R](#), USK 2007-53), wobei es jeweils auf die Umstände des Einzelfalls ankommt (Senat, Urteil v. 29.2.2012, [L 8 R 166/10](#), juris). Größere Freiheiten des als Arbeitnehmer tätigen Familienangehörigen im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern sind dabei unschädlich (BSG, Urteil v. 31.7.1963, [3 RK 46/59](#), SozR Nr. 39 zu § 165 RVO; vgl. zu Ehegatten BSG, Urteil v. 10.5.2007, [a.a.O.](#)). Entscheidend für die Beurteilung der Eingliederung und der Weisungsgebundenheit ist insbesondere, ob die Arbeitskraft im Dienst des Unternehmers eingesetzt und dabei Aufgaben erfüllt werden, die sich aus der Organisation oder der direkten Anweisung des Arbeitgebers ergeben (Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 146; Senat, Urteil v. 29.2.2012, [a.a.O.](#); jeweils m.w.N.; Senat, Urteil v. 15.1.2014, [L 8 R 42/09](#), juris).

c) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze und unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht sprechen nach der Überzeugung des Senates die überwiegenden Gesichtspunkte dafür, dass die Beigeladene zu 1) im streitgegenständlichen Zeitraum im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses für den Kläger tätig geworden ist.

aa) Auszugehen ist für die Beurteilung der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für den Kläger mangels schriftlicher Verträge von den mündlich getroffenen Vereinbarungen und dem zwischen ihnen praktizierten Ablauf (vgl. BSG Urteil vom 9.1.2011, [B 12 R 1/10 R](#), SozR 4-2600 § 2 Nr. 16; Senat, Urteil v. 17.8.2016, [L 8 R 968/12](#), juris). Unter Berücksichtigung dessen ist die Beigeladene zu 1) zur Überzeugung des Senats im Streitzeitraum gegen Entgelt im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses für den Kläger tätig geworden. Dauer, Regelmäßigkeit, Umfang und Betriebsnotwendigkeit der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für den Kläger sowie die Gleichmäßigkeit der hierfür vom Kläger an die Beigeladene zu 1) gezahlten Entlohnung erlauben allein die Auslegung, dass die Beigeladene zu 1) nicht aufgrund - wie die Beteiligten nunmehr glauben machen wollen - freiwilliger Mitarbeit, sondern aufgrund einer mit Rechtsbindungswillen eingegangenen vertraglichen Verpflichtung im Unternehmen des Klägers tätig geworden ist.

(1) Für dieses Verständnis spricht zunächst, dass die Beigeladene zu 1) in einem Ausmaß tatsächlich dauerhaft und zielgerichtet in der Apotheke des Klägers tätig geworden ist, das sich nicht mit der Annahme eines unverbindlichen Gefälligkeitsverhältnisses vereinbaren lässt. Dies tat die Beigeladene zu 1) - und zwar bedarfsorientiert - zunächst mit einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 25, später von zehn Stunden. Ihre regelmäßige Anwesenheit und Tätigkeit im klägerischen Betrieb hat dabei die Zeugin M bestätigt, die als geringfügig beschäftigte Apothekerin für den Kläger im Streitzeitraum tätig war. Danach nahm die Beigeladene zu 1) die in der Apotheke anfallenden Aufgaben einer Apothekerin wahr, war u.a. im Handverkauf tätig, kümmerte sich um Bestellungen, um die weiteren Mitarbeiter und die Zusammenarbeit mit den Ärzten, erstellte Dienstpläne, tätigte Überweisungen und koordinierte Botengänge mit Medikamentenbestellungen an Kunden. Sie führte Einstellungsgespräche und beaufsichtigte Handwerker. Sie war nach der Zeugin M Ansprechpartner für das Personal bei Problemen und zwar unabhängig von ihren tatsächlichen Anwesenheitszeiten in der Apotheke.

Übereinstimmend haben daher der Kläger und die Beigeladene zu 1) auch noch im Feststellungsbogen der Beklagten angegeben, dass ohne die Mitarbeit der Beigeladenen zu 1) eine andere Arbeitskraft durch den Kläger hätte eingestellt werden müssen. Dass der Kläger davon im Berufungsverfahren Abstand genommen hat, weil die Beigeladene zu 1) neben der Tätigkeit als Apothekerin im Wesentlichen zu seiner eigenen Entlastung Leitungsaufgaben übernommen habe, für die sich die Einstellung ggf. eines Stellvertreters nicht gelohnt hätte, führt vor

dem Hintergrund der obigen Ausführungen nicht zu einem anderen Ergebnis und ist im Übrigen als verfahrensangepasster Vortrag zu bewerten.

Auch der Einwand der Beigeladenen zu 1), dass eine jahrelang ausgeübte Tätigkeit nicht auf Regelmäßigkeit angelegt gewesen sei, ist nicht nur lebensfremd, sondern auch vor dem Hintergrund ihres tatsächlichen Verhaltens und ihres eigenen Vortrags widersprüchlich. So hat sich die Beigeladene zu 1) nach ihren Angaben im Termin zur Erörterung des Sachverhaltes vor dem Senat am 12.9.2014 stets verpflichtet gesehen, den Kläger in seiner Tätigkeit in der Apotheke zu unterstützen. Zudem konnte der Senat längere Zeiträume der Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) im Streitzeitraum, außer in den Monaten Juli bis November 2003, nicht feststellen.

(2) Als Gegenleistung für die geleistete Arbeit und nicht etwa als unverbindliche Anerkennung derselben erhielt die Beigeladene zu 1) von dem Kläger ein monatliches Entgelt. Auch dieses haben beide im Feststellungsbogen der Beklagten bestätigt, in dem sie angegeben haben, dass das Arbeitsentgelt "frei vereinbart" worden sei. Dass sich der Kläger davon ohne nähere Begründung erneut im Berufungsverfahren distanziert hat, überzeugt nicht. Der Senat kann dies letztlich jedoch offen lassen, denn auch wenn die Höhe des Entgeltes nicht frei zwischen Kläger und Beigeladener zu 1) ausgehandelt worden ist, steht dies der Annahme einer einvernehmlichen synallagmatischen Leistung nicht entgegen.

(a) Der Kläger vergütete die Leistungen der Beigeladenen zu 1) monatlich und übertariflich, wobei er sich an den Entgelten für festangestellte Mitarbeiter in seiner Apotheke orientierte. Sie nahm an Gratifikationen teil und erhielt einen Zuschuss zur Kranken- und Pflegeversicherung.

(b) Das Entgelt stand der Beigeladenen zu 1) zur freien Verfügung. Es floss monatlich auf ihr Konto. Sie entschied über die jeweilige Verwendung.

(c) Die Kopplung der Zahlungen an die jeweilige Tätigkeit zeigt sich insbesondere darin, dass das monatliche Entgelt reduziert oder gar nicht entrichtet worden ist, wenn nicht gleichzeitig im entsprechenden Umfang durch die Beigeladene zu 1) Tätigkeiten in der Apotheke erfolgt sind.

(d) Der Senat konnte sich nicht im Ansatz von dem Vortrag der Beigeladenen zu 1) überzeugen, dass es sich bei dem Entgelt um eine Art der "aufgedrängten Bereicherung" gehandelt haben soll, welches sie - ohne Rechtsbindungswillen - habe akzeptieren müssen, da der Kläger darauf bestanden habe. Ob die Beigeladene zu 1) auch unentgeltlich für den Kläger tätig geworden wäre, ist vorliegend unerheblich. Denn diese Konstellation steht nicht zur Beurteilung durch den Senat. Die Beigeladene zu 1) hat stattdessen das Entgelt zur freien Verfügbarkeit vereinnahmt und damit akzeptiert. Sie ließ zu ihren Gunsten - für sie sichtbar in ihren Gehaltsabrechnungen - die Abführung von Beiträgen zum Versorgungswerk, zeitweilig der Einkommenssteuer und der Arbeitslosenversicherung durch den Kläger unbeanstandet. Dass sie auf diese Zahlungen zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes nicht angewiesen gewesen ist, hat sie im Gegenzug nicht dazu angehalten, die Zahlungen zu separieren und die - wie auch immer geartete - Rückzahlung an den Kläger zu veranlassen. Die von ihr dem Kläger zur Verfügung gestellten Beträge wurden vielmehr als Darlehen gewährt und vereinbarungsgemäß durch ihn mit jährlich zweimal knapp 8.000,00 Euro verzinst.

bb) Zudem erfolgte auch die tatsächliche Umsetzung im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung. Der Kläger meldete die Beigeladene zu 1) bei der zuständigen Einzugsstelle als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte an. Dies wurde auch nicht etwa nach dem ab November 2006 durchgeführten Anhörungsverfahren und nach Erlass des Betriebsprüfungsbescheides vom 2.2.2007 korrigiert. Auch wenn er sich diesbezüglich der Zeugin T bediente, sind deren Handlungen ihm zuzurechnen. Diese hat zudem im Rahmen ihrer Zeugeneinvernahme bekundet, dass die Beigeladenen zu 1) bereits langjährig und damit schon vor Tätigkeitsbeginn der Zeugin T als angestellte Apothekerin buchhalterisch geführt worden ist. Die der Beigeladenen zu 1) zugewendeten Entgelte wurden im streitgegenständlichen Zeitraum zeitweilig der Einkommenssteuer unterworfen und vom Kläger als Betriebsausgaben berücksichtigt, was gleichfalls starke Indizien für eine abhängige Beschäftigung sind (Senat, Urteil v. 15.1.2014, [a.a.O.](#)).

cc) Auf dieser Grundlage ist die Beigeladene zu 1) unter funktionsgerecht dienender Eingliederung in die klägerische Arbeitsorganisation entsprechend dessen Weisungen hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Tätigkeit für ihn tätig geworden.

(1) Die Beigeladene zu 1) war zunächst in die Arbeitsorganisation des Klägers eingegliedert.

(a) Alleiniger Unternehmensinhaber bzw. Träger des Unternehmens war der Kläger als eingetragener Kaufmann. Die Beigeladene zu 1) ist nicht Mitinhaberin des Betriebes geworden. Entsprechende Vereinbarungen wurden nicht vorgetragen und im Rahmen des Feststellungsbogens der Beklagten sogar ausdrücklich verneint. Gleichfalls ergeben sich keine Anhaltspunkte für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zur Errichtung einer Innengesellschaft in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes gemäß den §§ 705 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Zwar ist auch ein konkludenter Vertragsschluss grundsätzlich möglich (vgl. Bundesgerichtshof [BGH], Urteil v. 30.6.1999, [XII ZR 230/96](#), [NJW 1999, 2962](#)), jedoch fehlt es an einem darauf gerichteten schlüssigen Verhalten des Klägers und der Beigeladenen zu 1). Nach eigenem Bekunden wollte die Beigeladene zu 1) keine Mitunternehmerschaft begründen.

(b) Die Beigeladene zu 1) nahm die oben beschriebenen Tätigkeiten als Apothekerin im Wege des arbeitsteiligen Zusammenwirkens mit dem Kläger als Inhaber und seinen weiteren Mitarbeitern wahr. Insofern war sie in die betrieblichen Abläufe des klägerischen Unternehmens eingebunden und aufgrund der im Beschäftigungsverhältnis bestehenden Bevollmächtigung durch den Kläger ermächtigt, den weiteren Mitarbeitern Anweisungen zu erteilen. An Grenzen stießen sowohl ihr Zuständigkeitsbereich als auch ihre Bevollmächtigung, wenn es um die vertragliche Verpflichtung des Klägers ging. Denn bereits nach dem Vortrag des Klägers war die Beigeladene zu 1) nicht befugt, im Rahmen von Arbeitsverträgen Mitarbeiter zulasten des Klägers zu verpflichten. Zwar war sie in der Lage, Einstellungsgespräche zu führen, die Verträge schloss hingegen der Kläger ab, der auch gegenüber der Buchhaltung die Gehälter mitteilte. Anhaltspunkte dafür, dass sie als selbständige Apothekerin - ohne Mitunternehmerin zu sein - in diesem Zusammenhang nach außen im eigenen Namen und mit eigenen Betriebsmitteln auftrat, ergeben sich bereits aus dem Vortrag des Klägers und der Beigeladenen zu 1) nicht im Ansatz.

(2) Die Beigeladene zu 1) unterlag dabei einem Weisungsrecht des Klägers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Tätigkeit.

(a) Der Annahme eines solchen stehen zunächst Berufsausübungsvorschriften nicht entgegen. Zwar verpflichtet die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke, die vorliegend im Übrigen nicht der Beigeladenen zu 1), sondern dem Kläger erteilt worden ist, nach § 7 Satz 1 Apothekengesetz (ApoG) i.V.m. § 2 der Apothekenbetriebsordnung zur persönlichen Leitung in eigener Verantwortung. Das sagt allerdings entgegen der offensichtlichen Ansicht des Zeugen U nichts darüber aus, dass der Beruf des Apothekers grundsätzlich nur selbständig ausgeübt werden kann. Gleiches gilt für Regelungen in den Berufsordnungen für Apotheker, die durch die Apothekerkammern erlassen werden, und wonach Apotheker in pharmazeutischen Fragen frei und eigenverantwortlich entscheiden (z.B. § 3 der Berufsordnung für Apotheker der Apothekerkammer Westfalen-Lippe [Stand 11/2013]). Denn auch eine (partielle) Entscheidungs- und Gestaltungsbefugnis bei der Ausgestaltung einer Tätigkeit führt regelmäßig nicht zur Selbständigkeit im Sinne einer unternehmerischen Tätigkeit. Eine eigenständige Arbeitsweise ist damit kein Synonym für eine zur Versicherungsfreiheit führende Selbständigkeit (Senat, Urteil v. 6.4.2016, [L 8 R 355/14](#)). Vielmehr ist es gerade auch für eine abhängige Beschäftigung typisch, dass der Grad der Eigenständigkeit der Ausführung mit der Qualifikation des Mitarbeiters und seiner Verantwortung wächst (Senat, Urteil v. 14.10.2015, [L 8 R 480/12](#); Senat, Urteil v. 11.5.2016, [L 8 R 975/12](#), jeweils juris),

(b) Der Ort der Tätigkeit ergab sich aus der Natur der Sache. Im Gegenzug verfügte die Beigeladene zu 1) im streitigen Zeitpunkt aber auch nicht über eine eigene Betriebsstätte.

(c) Zwar verfügte die Beigeladene zu 1) in zeitlicher Hinsicht über diverse Freiheiten. Der Kläger nahm im Rahmen des familiären Miteinanders auf ihre Belange und Prioritäten Rücksicht. Allerdings ist im Gegenzug zu beachten, dass sie lediglich in Teilzeit tätig gewesen ist, nämlich zunächst ca. 25 und ab 2003 nur ca. zehn Wochenstunden im Durchschnitt. Es ist indessen nicht ungewöhnlich, dass auch der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechtes auf Wünsche des Arbeitnehmers eingeht. Insbesondere bei Teilzeitkräften kann der Arbeitgeber nicht damit rechnen, dass sie im selben Ausmaß wie eine Vollzeitkraft zur Verfügung stehen (Senat, Urteil v. 20.4.2016, [L 8 R 1136/13](#), juris m.w.N.). An dem Umstand, dass die Beigeladene zu 1) ihre Anwesenheitszeiten betriebsdienlich an einer von fremder Hand vorgegebenen Ordnung orientiert und bedarfsabhängig tätig geworden ist, ändert dies indessen nichts.

(d) Die Art und Weise der Tätigkeit ergab sich zunächst aus der oben beschriebenen Aufgabenzuweisung und der eigenen Kompetenz der Beigeladenen zu 1) aufgrund ihrer Qualifikation als Apothekerin. Zwar nahm die Beigeladene zu 1) Leitungsaufgaben wahr. Aber auch weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbständigen (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), jeweils juris).

Unerheblich ist dabei, ob der Kläger in seiner Rolle als Betriebsinhaber in der täglichen Arbeitsroutine von seinem Weisungsrecht tatsächlich keinen Gebrauch gemacht hat oder ob die Beigeladene zu 1) ihren Bereich allein verantwortlich und regelmäßig ohne Weisungen ausgeführt hat bzw. die Ausübung des Weisungsrechtes aufgrund familiärer Rücksichtnahme abgeschwächt war. Maßgeblich ist, dass der Kläger als Betriebsinhaber insoweit die alleinige abstrakte Rechtsmacht hatte. Diese entfiel auch nicht dadurch, dass "in guten Zeiten" Arbeitgeberrechte gegenüber der Beigeladenen zu 1) als Schwester faktisch nicht ausgeübt wurden. Im Konfliktfall konnte auf diese Befugnisse jederzeit wieder zurückgegriffen werden, insofern geschäftlich übertragene Vollmachten widerrufen, Weisungs- und Kündigungsrechte ausgeübt werden. Es ist daher konsequent und im Hinblick auf größtmögliche Rechtssicherheit geboten, eine von Anfang an bestehende Rechtsmacht auch dann als ein für abhängige Beschäftigung sprechendes Kriterium zu berücksichtigen, wenn von ihr konkret (noch) kein Gebrauch gemacht wurde (Senat, Urteil v. 15.1.2014, [a.a.O.](#)). Andernfalls hinge die versicherungsrechtliche Beurteilung im Wesentlichen davon ab, ob die Tätigkeit aus Sicht des Rechtmachtsinhabers beanstandungsfrei ausgeübt wurde. Zurückhaltende Weisungen sind zudem unter Familienangehörigen typisch und stehen als dementsprechende Begleiterscheinungen der Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen. Ansonsten würde die Entscheidung des Gesetzgebers Arbeitsverhältnisse im familiären Bereich zuzulassen, faktisch unterlaufen. Derartige Umstände sind bei engen Verwandten nämlich so gut wie stets anzutreffen (Senat, Urteil v. 15.1.2014, [a.a.O.](#)).

dd) Die Beigeladene zu 1) war zudem verpflichtet, die Tätigkeit höchstpersönlich auszuüben. Nach der Rechtsprechung des BSG haben Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung in der Regel höchstpersönlich zu erbringen und dürfen sich hierbei nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 8/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 19](#)), so dass daraus grundsätzlich ein Indiz für ein Arbeitsverhältnis folgt (BSG Urteil v. 17.12.2014, [B 12 R 13/13 R](#), [SozR 4-2400 § 28p Nr. 4](#); BSG, Urteil v. 31.3.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), [USK 2015-21](#)).

ee) Wesentliche Merkmale, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen und im Rahmen der Gesamtabwägung dermaßen überwiegen, dass nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist, sind nicht ersichtlich.

(1) Zunächst verfügte die Beigeladene zu 1) nicht über eine eigene Betriebsstätte in Bezug auf ihre Tätigkeit in der klägerischen Apotheke.

(2) In Bezug auf die ausgeübte Tätigkeit unterlag die Beigeladene zu 1) auch keinem maßgeblichen unternehmerischen Risiko. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), [USK 2008-45](#)) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Erforderlich ist ein Risiko, das über das Risiko hinausgeht, für den Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen (Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 3. Auflage, § 7 Rdnr. 94). Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [a.a.O.](#); BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#); Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), juris).

(a) Die Beigeladene zu 1) erhielt eine monatliche, erfolgsunabhängige Vergütung, sodass sie ihre Arbeitskraft nicht mit der Gefahr des Verlustes einsetzte. Nach unbestrittener Auskunft des Klägers wurde sie übertariflich und in Anlehnung an die Gehälter seiner weiteren Mitarbeiter vergütet.

(b) Die beiden nicht besicherten Darlehn stellen zwar ein erhebliches Haftungsrisiko dar. Indessen gewähren Darlehen typischerweise keine unternehmerische Position im eigentlichen Sinne, denn durch sie erhöhen sich nicht die rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die

Gesellschaft (BSG, Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), juris; Senat, Urteil v. 20.4.2016, [L 8 R 761/15](#)). So war es auch im Fall der Beigeladenen zu 1), der trotz Gewährung der Darlehn gerade keine gesteigerte Einflussnahme in Bezug auf ihre Tätigkeit bei dem Kläger eingeräumt wurde. Zudem wurden die Darlehen verzinst und auf diesem Wege ihre Valutierung vergütet.

(c) Soweit die Beigeladene zu 1) keinen Anspruch auf Urlaubsgeld und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hatte, gilt nichts anderes, denn die Überbürdung sozialer Risiken ist allenfalls Rechtsfolge einer rechtsirrigen Einschätzung und eröffnet zudem keine unternehmerischen Chancen.

(d) Die Verfügbarkeit über die eigene Arbeitskraft in einem gewissen Umfang ist zwar anzunehmen. Allerdings sind flexible Absprachen auch bei Teilzeitarbeitsverhältnissen nicht ungewöhnlich. Das gilt umso mehr als die Beigeladene zu 1) ab einem gewissen Zeitpunkt nur noch in einem Umfang von lediglich zehn Wochenstunden tätig wurde.

d) Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich. Insgesamt zeigt die Bewertung und Gewichtung der relevanten Abgrenzungsmerkmale unter Berücksichtigung der durch den Senat festgestellten, tatsächlich praktizierten Rechtsbeziehung, dass diese im gesamten Streitzeitraum im Wesentlichen der einer abhängigen Beschäftigung entsprach, wogegen Aspekte, die für eine selbstständige Tätigkeit stehen, nicht in einem im Rahmen der Gesamtabwägung überwiegenden Umfang vorhanden waren.

e) Die Höhe der Nachforderung ist ebenfalls nicht zu beanstanden. In der Kranken-, Pflege-, und Arbeitslosenversicherung ist grundsätzlich bei der Beitragsbemessung bei versicherungspflichtig Beschäftigten das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ([§ 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 57 Abs. 1 SGB XI](#), [§ 342 SGB III](#)). Arbeitsentgelt sind nach [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.

(1) Bedenken gegen die Höhe der Nachforderung und deren Berechnung wurden nicht erhoben.

(2) Im Jahr 2002 wurden 2.355,12 Euro für die Beigeladene zu 4) nacherhoben. Dabei hat die Beklagte berücksichtigt, dass der Kläger das Entgelt der Beigeladenen zu 1) nach dem Recht der Arbeitsförderung bereits anteilig verbeitragt hatte. Aus diesem Grund hat sie ihrer Berechnung nicht das tatsächliche Jahresentgelt der Beigeladenen zu 1) von 49.048,83 Euro sondern lediglich i.H.v. 36.232,54 Euro zugrunde gelegt, was zu einer Beitragsnachforderung von nur 2.355,11 Euro führte (Beiträge zur AV i.H.v. 6,5% aus 49.048,83 Euro: 3.188,17 Euro, abzgl. der bereits erfolgten Zahlung i.H.v. 833,06 Euro).

(3) Die Beklagte hat auch zu Recht angenommen, dass die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1.1.2003 bis zum 30.6.2006 nicht aufgrund eines Überschreitens der JAE-Grenze in der gesetzlichen Krankenversicherung und akzessorisch in der sozialen Pflegeversicherung versicherungsfrei gewesen ist.

Nach [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) i.d.F. vom 23.12.2002 waren Arbeiter und Angestellte versicherungsfrei, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die JAE-Grenze nach den [§ 6 Abs. 6 oder 7 SGB V](#) überstieg. Das Entgelt der Beigeladenen zu 1) i.H.v. 49.048,83 Euro überschritt zwar im Jahr 2002 die JAE-Grenze, die bei 40.500,00 Euro lag ([§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6, 7 SGB V](#) i.d.F. vom 16.2.2001 75% der Beitragsbemessungsgrenze). Wird die JAE-Grenze überschritten, endet die Versicherungspflicht erst mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie überschritten wird. Das gilt jedoch dann nicht, wenn das Entgelt die vom Beginn des nächsten Kalenderjahres an geltende JAE-Grenze nicht übersteigt, [§ 6 Abs. 4 Satz 1, 2 SGB V](#) (i.d.F. vom 16.2.2001 und 23.12.2002). Letzteres war hier der Fall. Da das Entgelt zum 1.1.2003 deutlich von 3.816,29 Euro auf nunmehr monatlich 1.652,07 Euro absank und somit nur noch ein Jahresentgelt i.H.v. maximal 19.824,84 Euro zzgl. Sonderzahlung zu erwarten gewesen ist (tatsächlich wurden lediglich 13.877,36 Euro erzielt) war ein erneutes Überschreiten der JAE-Grenze, die 2003 bei 45.900,00 Euro bzw. 41.400,00 Euro lag, bereits zum Jahreswechsel prognostisch nicht zu erwarten.

f) Die Forderung ist zudem nicht verjährt. Nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Nach [§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) verjähren Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind.

(1) Die Forderungen für die Jahre 2003 bis 2006 waren bei Bekanntgabe des Bescheides vom 2.2.2007 nicht verjährt. Durch diesen Bescheid ist die 30jährige Verjährungsfrist des [§ 52 Abs. 2 SGB X](#) in Lauf gesetzt worden.

(2) Auch die Nachforderung für das Jahr 2002 war bei Erlass des Bescheides vom 2.2.2007 nicht verjährt. Nach [§ 25 Abs. 2 Satz 2 SGB IV](#) ist die Verjährung nämlich für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt. Dies gilt nicht, wenn die Prüfung unmittelbar nach ihrem Beginn für die Dauer von mehr als sechs Monaten aus Gründen unterbrochen wird, die die prüfende Stelle zu vertreten hat (Satz 3). Die Hemmung beginnt mit dem Tag des Beginns der Prüfung beim Arbeitgeber oder bei der vom Arbeitgeber mit der Lohn- und Gehaltsabrechnung beauftragten Stelle und endet mit der Bekanntgabe des Beitragsbescheides, spätestens nach Ablauf von sechs Kalendermonaten nach Abschluss der Prüfung (Satz 4).

Nach [§ 25 Abs. 2 Satz 4 SGB IV](#) endet die Hemmung grundsätzlich mit der Bekanntgabe des Beitragsbescheides ([§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#), [§ 37 Abs. 2 SGB X](#)), spätestens aber sechs Kalendermonate nach Abschluss der Prüfung. Den Abschluss der Prüfung markiert zwar grundsätzlich das so genannte Schlussgespräch, das die Funktion einer Anhörung i.S.d. [§ 24 SGB X](#) hat. Erfolgt eine Anhörung allerdings - wie vorliegend auch - auf schriftlichem Wege, endet die Hemmung mit der Beendigung des Anhörungsverfahrens (vgl. Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, [§ 25 SGB IV](#), Rdnr. 57). Die Prüfung begann am 5.9.2006. Dem Bescheid zufolge wurde trotz Schlussbesprechung am 5.9.2006 unter dem 21.11.2006 ein Anhörungsschreiben mit einer Stellungnahmefrist bis zum 1.12.2006 versandt.

Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird entsprechend [§ 209 BGB](#) in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet. Die Hemmung beginnt mit dem Tag, an dem sich der Hemmungstatbestand verwirklicht hat, und endet mit dem Tag, an dem er weggefallen ist bzw. mit dem Tag, der ausdrücklich im Gesetz bezeichnet wird. Dabei werden der Tag, an dem der Hemmungsgrund entsteht, der Tag, an dem er entfällt, und die Tage dazwischen nicht in die Verjährung eingerechnet, die um 0 Uhr des folgenden Tages weiterläuft (OLG Köln v. 10.06.2008, [9 U 144/07](#), juris, Rdnr. 47). Die Hemmung endete mithin mit Ablauf des 1.12.2006. Die Verjährungsfrist lief dann noch 57 Tage

über den 31.12.2006 hinaus und damit bis zum 26.2.2007. Der Bescheid wurde am 2.2.2007 erlassen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auch für das Berufungsverfahren auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. den [§§ 154 Abs. 1, 3, 163 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

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

V. Der Streitwert bestimmt sich gemäß [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 52 Abs. 1, 3](#) Gerichtskostengesetz.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2017-06-23