

## S 10 R 713/12

Land

Nordrhein-Westfalen

Sozialgericht

SG Duisburg (NRW)

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

10

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

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 17.10.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.05.2012 verurteilt, den Bescheid vom 02.02.2007 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen.

Die Beklagte trägt die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers.

Tatbestand:

Im Streit ist die Frage, ob die Beigeladene in der Zeit vom 01.01.2002 bis zum 30.06.2006 ihre Tätigkeit als Apothekerin im Apothekenbetrieb des Klägers im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübte und der Kläger verpflichtet ist, Sozialversicherungsbeiträge für die Tätigkeit der Beigeladenen in einer Gesamthöhe von 10.045,40 EUR nachzuentrichten.

Der Kläger ist seit 1977 Alleininhaber der E.- Apotheke in O ... Die Beigeladene ist die Schwester des Klägers und arbeitete in den ersten drei Jahren nach Eröffnung der Apotheke im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ganzjährig in der Apotheke. Seit 1980 war sie vorübergehend nur noch aushilfsweise, insbesondere im Rahmen von Urlaubsvertretungen, in der Apotheke tätig. Später arbeitete sie wieder regelmäßig etwa 25 Stunden pro Woche in der Apotheke des Klägers. In dieser Zeit lag der Verdienst der Beigeladenen oberhalb der für die Krankenversicherungspflicht geltenden Jahresarbeitsentgeltgrenze. In der streitigen Zeit von Januar 2002 bis Juni 2006 wurde die Beigeladene durch die Buchhaltung des Apothekenbetriebes als abhängig Beschäftigte geführt. Es wurde Lohnsteuer von ihrem Verdienst abgeführt und der Verdienst als Betriebsausgabe verbucht.

Im Jahr 2002 betrug der Jahresarbeitsverdienst der Beigeladenen 49.048,83 EUR. Da die Jahresarbeitsentgeltgrenze für die Krankenversicherungspflicht 40.500,00 EUR betrug, wurden von dem Verdienst der Beigeladenen keine Pflichtbeiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung entrichtet. Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung wurden von dem Kläger für die Beigeladene nicht abgeführt, weil die Beigeladene mit Bescheid der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte vom 09.09.1983 nach § 7 Abs. 2 Angestelltenversicherungsgesetz (AVG) wegen Mitgliedschaft im Versorgungswerk der Apothekenkammer Nordrhein für die Zeit ab dem 30.06.1983 von der Versicherungspflicht zur Rentenversicherung der Angestellten befreit worden war. Dagegen wurden vom Gehalt der Beigeladenen Beiträge zum Versorgungswerk der Apothekenkammer abgeführt.

Seit Januar 2003 war die Beigeladene in zeitlich geringerem Umfang in der Apotheke des Klägers tätig, da sie mehr Zeit für private Aktivitäten aufwenden wollte und ab dem Jahr 2005 zusätzlich erhebliche gesundheitliche Einschränkungen vorlagen. Nach Angaben des Klägers lag der zeitliche Umfang der Mitarbeit der Beigeladenen in der Zeit ab Januar 2003 bei durchschnittlich etwa 10 Arbeitsstunden pro Woche. Eine schriftliche Vereinbarung über Art und Umfang der Mitarbeit der Beigeladenen und ihren Verdienst wurde in dem streitigen Zeitraum von Januar 2002 bis Juni 2006 nicht getroffen. Die Beigeladene wurde auch in der Zeit ab Januar 2003 durch die Buchhaltung des Apothekenbetriebes als abhängig Beschäftigte geführt und es wurden neben den Beiträgen zum Versorgungswerk der Apothekenkammer Pflichtbeiträge zur Arbeitslosenversicherung abgeführt. Die Buchhaltung einschließlich der Gehaltsabrechnungen für die Mitarbeiter der Apotheke wurden nicht durch den Kläger oder einen Mitarbeiter seiner Apotheke durchgeführt, sondern von einer Angestellten seines Vaters, der ebenfalls Inhaber einer – anderen – Apotheke ist. Aus den Gehaltsabrechnungen der Beigeladenen ergeben sich folgende monatliche Bruttoverdienste:

Januar 2003 bis Juni 2003 1.982,48 EUR Dezember 2003 bis April 2004 1.982,48 EUR Mai 2004 bis Dezember 2004 991,23 EUR Januar 2005 bis Oktober 2005 1.029,18 EUR November 2005 1.893,16 EUR Dezember 2005 bis Januar 2006 1.029,18 EUR Februar 2006 1.033,12 EUR März 2006 bis Juni 2006 1.031,15 EUR.

In dem Zeitraum von Januar 2002 bis Juni 2006 arbeitete außer dem Kläger und der Beigeladenen ein weiterer Apotheker im Rahmen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses als Vollzeitarbeitskraft in der Apotheke. Darüber hinaus waren etwa sechs pharmazeutisch-technische Assistentinnen bzw. pharmazeutisch-kaufmännische Assistentinnen versicherungspflichtig tätig, wobei es sich überwiegend um Vollzeitarbeitskräfte handelte. Die Beigeladene beendete ihre Tätigkeit in der Apotheke zum 31.08.2007.

Zwischen dem Kläger als Inhaber der E.- Apotheke und der Beigeladenen wurde am 01.10.2001 ein Darlehensvertrag geschlossen, mit dem sich die Beigeladene verpflichtete, einen Darlehensbetrag in Höhe von 43.800,00 DM zur Verfügung zu stellen. Der Vertrag sieht vor, dass der Darlehensbetrag zur Stärkung der Liquidität nach Absprache und Einigung der Vertragsparteien erhöht werden kann und dass das erhaltene Darlehen mit 6 v.H. zu verzinsen ist, wobei zweimal jährlich, zum 30.06. und 31.12., die Zinsleistungen zu erbringen ist. Die Beigeladene zahlte in den folgenden Jahren weitere Darlehensbeträge an den Kläger, so dass sich die Darlehensschuld bis zum 31.07.2013 auf 313.748,96 EUR erhöhte. Die Darlehensbeträge wurden ausschließlich für Investitionen in den Apothekenbetrieb, insbesondere für Umbaumaßnahmen und die Neueinrichtung der Apotheke verwendet, die in den Jahren 2003 und 2004 durchgeführt wurden und Kosten in Höhe von 700.000,00 EUR verursachten. Die Zinsen werden regelmäßig zweimal jährlich an die Beigeladene gezahlt.

Die Beigeladene übte in der Apotheke alle Tätigkeiten einer Apothekerin aus. Sie war im Verkauf und der Beratung der Kunden sowie der Bestellung und Abrechnung von Medikamenten tätig. Darüber hinaus war sie für die Personalangelegenheiten zuständig, insbesondere für die Einstellung von Personal einschließlich der Durchführung der Vorstellungsgespräche und der Vertragsverhandlungen, für die zeitliche Einteilung des Personals, für Verhandlungen bei Gehaltserhöhungswünschen des Personals und für Probleme, die bei den einzelnen Mitarbeitern im zwischenmenschlichen Bereich und im Zusammenhang mit Erkrankungen auftraten. Der Kläger überließ diese Angelegenheiten der Beigeladenen, weil sie nach seiner Einschätzung in diesen Bereichen besondere Stärken hatte. Nach Angaben des Klägers wurden die Aufgaben in der Apotheke zwischen ihm und der Beigeladenen grundsätzlich danach aufgeteilt, wo jemand besondere Stärken hatte. Die Beigeladene verfügte über einen Generalschlüssel für die Apotheke. Sie führte häufig die Kassenabrechnungen durch und brachte häufig abends die Tageseinnahmen zur Bank, wobei sie umfassende Kontovollmacht besaß. Sie verhandelte mit den Geschäftsbanken, wenn dort Probleme auftraten, und führte Besprechungen mit Ärzten durch, wenn sich im Zusammenhang mit der Ausstellung und der Abrechnung von Rezepten Probleme ergaben. Sie beauftragte eigenständig Handwerker, wenn dies erforderlich war. Sie hatte gemeinsam mit dem Kläger alle Verhandlungen mit den Innenarchitekten und Handwerkern geführt, die im Zusammenhang mit dem Umbau und der Neueinrichtung der Apotheke in den Jahren 2003 und 2004 notwendig waren. Die schriftlichen Verträge mit den Handwerkern und den Architekten wurden dagegen ausschließlich von dem Kläger als Inhaber der Apotheke unterschrieben.

Die Beigeladene hatte keine festen Arbeitszeiten und richtete ihre Anwesenheitszeiten in der Apotheke vorrangig nach ihren sonstigen Verpflichtungen und danach aus, wann sie Zeit für die Mitarbeit hatte. Hinsichtlich ihrer Anwesenheitszeiten bedurfte es keiner vorherigen Absprache mit dem Kläger, d.h. die Beigeladene konnte grundsätzlich ihre Anwesenheitszeiten in der Apotheke von ihren Bedürfnissen abhängig machen. Aus diesem Grund war sie sehr unregelmäßig in der Apotheke anwesend, wobei sie dem Kläger regelmäßig entweder am Tag vorher oder bereits früher ankündigte, wann sie kommen würde. Ausnahmsweise kam sie auch unangekündigt zur Mitarbeit in die Apotheke. In der Regel arbeitete sie gemeinsam mit einem anderen Apotheker zusammen, d.h. entweder mit dem Kläger oder mit dem angestellten Apotheker. Ausnahmsweise kam es vor, dass der Kläger sie bat, ihn während seiner urlaubsbedingten Abwesenheit zu vertreten. Falls sie die Vertretung nicht übernahm, wurde die Vertretung von dem angestellten Apotheker oder einer anderen externen Vertretungskraft übernommen.

Die Beigeladene bezog während des streitigen Zeitraumes neben ihrem Gehalt eine Witwenrente, mit der sie nach ihren Angaben sehr gut auskam, so dass sie auf den Verdienst aus der Tätigkeit für den Kläger nicht angewiesen war. Danach übte sie die Tätigkeit weniger aus finanziellen Gründen aus, sondern deshalb, weil ihr die Arbeit sehr viel Spaß machte und sie sich mit der Apotheke seit dem ersten Tag verwurzelt und deshalb in besonderer Weise dafür verantwortlich fühlte. Die Beigeladene hatte die Apotheke im Jahre 1977 gemeinsam mit dem Kläger geplant und gegründet, wobei der Kläger nach außen hin immer Alleinunternehmer der Apotheke war. Zwischen dem Kläger und der Beigeladenen gab es keine Absprache hinsichtlich einer Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall. Ein Urlaubsgeld wurde nicht gezahlt. Ein Weihnachtsgeld wurde in dem streitigen Zeitraum einmalig im November 2005 gezahlt.

Der Kläger wurde bis zur Jahresmitte 2007 von dem Steuerberaterbüro Th. in sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Angelegenheiten betreut. Wegen einer Störung des Vertrauensverhältnisses kam es Mitte 2007 zu einem Wechsel des Steuerberaters.

Am 05.09.2006 wurde in dem Apothekenbetrieb des Klägers eine Betriebsprüfung durch die Beklagten, bezogen auf den Prüfzeitraum 01.01.2002 bis 30.06.2006 durchgeführt. Mit Bescheid vom 02.02.2007 wurden, bezogen auf die Tätigkeit der Beigeladenen, Sozialversicherungsbeiträge in einer Gesamthöhe von 10.045,40 EUR nacherhoben. Für die Zeit vom 01.01.2003 bis zum 30.06.2006 wurden Pflichtbeiträge für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung in einer Gesamthöhe von 7.690,28 EUR geltend gemacht, da die Beigeladene in diesem Zeitraum mit ihren Arbeitsentgelten in Höhe von 13.877,36 EUR (2003), 15.859,76 EUR (2004), 13.214,14 EUR (2005) und 6.186,90 EUR (Januar bis Juni 2006) die Jahresarbeitsentgeltgrenze durchgehend unterschritten habe. Nur im Jahr 2002 habe das erzielte Jahresarbeitsentgelt in Höhe von 49.048,83 EUR über der Jahresarbeitsentgeltgrenze gelegen, so dass Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung bestanden habe. Darüber hinaus wurden, bezogen auf die Tätigkeit der Beigeladenen für den Zeitraum Januar 2002 bis September 2002 und für November 2002 Beiträge zur Arbeitslosenversicherung in einer Gesamthöhe von 2.355,12 EUR nacherhoben, weil der Kläger in dem Zeitraum von Januar 2002 bis September 2002 keine und im November 2002 zu geringe Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet habe.

In der Begründung des Bescheides wurde ausgeführt, dass ein Mitarbeiter des Steuerberaterbüros Th.-I. im Rahmen der Anhörung telefonisch Einwände gegen die beabsichtigte Nachforderung geltend gemacht habe verbunden mit dem Antrag auf sozialversicherungsrechtliche Überprüfung des Beschäftigungsverhältnisses der Beigeladenen. Der Mitarbeiter sei seitens der Beklagten aufgefordert worden, die Einwände schriftlich geltend zu machen und eine Bevollmächtigung durch den Kläger nachzuweisen. Mit Schreiben vom 11.12.2006 sei geltend gemacht worden, dass kein Arbeitsvertrag und keine Regelungen über Arbeitszeit, Urlaubsansprüche und Lohnfortzahlung bestünden, so dass ein Antrag auf Überprüfung der Sozialversicherungspflicht gestellt worden sei. Daraufhin habe die Beklagte dem Steuerberaterbüro Th.-I. am 21.12.2006 einen Fragebogen zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht übersandt, der trotz beantragter und gewährter Fristverlängerung bis zum 02.02.2007 nicht zurückgesandt worden sei. Daher sei davon auszugehen, dass der Kläger von seinem Anhörungsrecht keinen Gebrauch machen wollte. Für eine versicherungspflichtige Beschäftigung der Beigeladenen

spreche, dass der Kläger als Arbeitgeber die Tätigkeit als versicherungspflichtig gemeldet habe und ab Januar 2003 an die zuständige Einzugsstelle Beiträge zur Arbeitslosenversicherung und an die berufsständische Versorgungskasse Beiträge zur Rentenversicherung nachgewiesen habe. Somit sei davon auszugehen, dass der Kläger die Tätigkeit der Beigeladenen seit Beginn als abhängige Beschäftigung beurteilt habe. Für eine abhängige Beschäftigung spreche zudem, dass das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe verbucht und vom Arbeitsentgelt Lohnsteuer gezahlt worden sei. Bei der Prüfung des Finanzamtes Oberhausen-Nord sei es hinsichtlich des Zeitraumes Januar 2000 bis Juni 2003 zu keinen Beanstandungen hinsichtlich der zu beurteilenden Beschäftigung gekommen. Ein Statusfeststellungsverfahren sei ebenfalls nicht beantragt worden, so dass davon auszugehen sei, dass kein Zweifel an der Beurteilung als abhängige Beschäftigung vorgelegen hätte. Bei einem regelmäßigen, gleichbleibenden Gehalt liege zudem kein echtes Unternehmerrisiko vor. Im Fall einer über Jahre hinweg unbeanstandeten Zahlung von Beschäftigten-Pflichtbeiträgen sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung schon die Behauptung, dass erst nach Jahren Zweifel am Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses aufgekommen seien, wenig glaubhaft. Der Bescheid der Beklagten wurde bestandskräftig und der Nachforderungsbetrag von dem Kläger gezahlt.

Am 09.11.2010 fand in dem Apothekenbetrieb des Klägers eine weitere Betriebsprüfung statt. Mit Bescheid der Beklagten vom 10.12.2010 wurden, bezogen auf die Tätigkeit der Beigeladenen, für die Zeit ab 01.07.2006 Sozialversicherungsbeiträge in einer Gesamthöhe von 3.579,54 EUR nacherhoben. Gegen diesen Bescheid erhob der Prozessbevollmächtigte des Klägers Widerspruch und trug zur Begründung mit Schriftsatz vom 16.03.2011 vor, die Beigeladene sei nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses für den Kläger tätig geworden. Vielmehr sei sie gleichberechtigt mit dem Kläger in der Apotheke tätig und in keinster Weise weisungsgebunden gewesen. Der Umfang der Tätigkeit der Beigeladenen für die Apotheke sei ausschließlich von ihrem eigenen Willen abhängig gewesen. Sie habe im Zusammenhang mit dem Umbau der Apotheke ganz erhebliches Eigenkapital in die Apotheke des Klägers investiert. Alle Entscheidungen bezüglich der Apotheke seien zwischen dem Kläger und der Beigeladenen abgesprochen worden. Zudem sei die Beigeladene den anderen Angestellten der Apotheke gegenüber in jeder Hinsicht weisungsbefugt gewesen. Aus diesen Gründen sei auch der im Zusammenhang mit der vorherigen Betriebsprüfung vom 05.09.2006 ergangene Beitragsbescheid vom 02.02.2007 falsch gewesen, so dass dessen Überprüfung nach [§ 44 SGB X](#) beantragt werde.

Auf Nachfrage der Beklagten, aus welchen Gründen gegen den Bescheid vom 02.02.2007 seitens des Klägers kein Widerspruch erhoben worden sei und warum die Beigeladene seit Beschäftigungsbeginn vom Kläger wie ein Arbeitnehmer eingestuft worden sei, führte der Prozessbevollmächtigte des Klägers aus, dass es sich um eine Fehlleistung des damaligen Steuerberaters gehandelt habe, die nicht nachvollziehbar sei. Über den damaligen Steuerberater sei die gesamte Abwicklung der Betriebsprüfung im Jahr 2006 erfolgt. Nach dem Wechsel des Steuerberaters im Jahr 2007 sei der Kläger von dem neuen Steuerberater darauf aufmerksam gemacht worden, dass es sich bei der Tätigkeit der Beigeladenen um eine selbständige Tätigkeit gehandelt habe. Aus diesem Grunde sei der Prozessbevollmächtigte des Klägers nunmehr beauftragt worden, gegen den neuen Beitragsbescheid Widerspruch zu erheben und eine Überprüfung des früheren Beitragsbescheides zu beantragen.

Am 17.10.2011 erging ein Bescheid der Beklagten, mit dem die Rücknahme des Bescheides vom 02.02.2007 abgelehnt wurde, weil die Überprüfung ergeben habe, dass weder das Recht unrichtig angewandt noch von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen worden sei. Die Beigeladene unterliege der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung, da nach den Feststellungen der Beklagten die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwiegen würden. Die volle Inanspruchnahme der Arbeitskraft, besonders während der Abwesenheit des Klägers oder bei entsprechendem Arbeitsanfall, spreche für eine abhängige Beschäftigung. Die freie Einteilung der Arbeitszeit entspreche sicherlich dem besonderen Umstand, dass die Beigeladene als Schwester des Klägers im Betrieb arbeite. Der Umstand, dass die Abhängigkeit – insbesondere unter Verwandten – weniger stark ausgeprägt sei und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werde, stehe der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen. Die Zahlung von laufenden Bezügen sei ein wesentliches Merkmal für das Bestehen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses. Nach den übersandten Lohnunterlagen sei vom Kläger Lohnsteuer entrichtet und das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe gebucht worden, was ein Indiz für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellen würde, zumal der Kläger steuerlich beraten worden sei. Bei der Prüfung durch das Finanzamt O.-Nord bezüglich des Zeitraumes Januar 2000 bis Juni 2003 sei es zu keinen Beanstandungen hinsichtlich der zu beurteilenden Beschäftigung der Beigeladenen gekommen. Im Falle der über Jahre hinweg unbeanstandeten Zahlung von Beschäftigten-Pflichtbeiträgen sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung schon die Behauptung, dass erst nach Jahren Zweifel am Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses aufgekommen seien, wenig glaubhaft. Werde der Betrieb regelmäßig von einem Steuerberater – wie bei dem Kläger – betreut, sei diese Behauptung kaum nachvollziehbar und es bedürfe besonderer Umstände des Einzelfalles, die eine solche Fehleinschätzung wahrscheinlich und schlüssig machen würde. Diese Umstände seien bei dem Kläger nicht gegeben und auch nicht geltend gemacht worden. Entscheidend für die Gesamtbeurteilung sei auch, dass der Beigeladenen bis heute keine normale Rechtsposition eines Betriebsinhabers bzw. Betriebsmitinhabers innerhalb des Betriebes eingeräumt worden sei. Der Umstand, dass der Betrieb 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 selbständige Tätigkeit der Beigeladenen vorliege. Schließlich sei auch ein Unternehmerrisiko der Beigeladenen nicht erkennbar.

Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger am 07.11.2011 über seinen Prozessbevollmächtigten Widerspruch. Zur Begründung wurde ausgeführt, eine volle Inanspruchnahme der Arbeitskraft der Beigeladenen liege nicht vor, da diese nur sporadisch in der Apotheke tätig sei. Die Beigeladene finanziere ihren Lebensunterhalt ganz überwiegend aus eigenen Quellen und betrachte ihre Tätigkeit in der Apotheke mehr oder weniger als Zubrot. Ein Arbeitsvertrag habe nicht bestanden. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Beigeladene über die Darlehen vielmehr Geld in die Apotheke investiert habe als der Kläger. Das Darlehen sei in keinster Weise abgesichert.

Mit Bescheid der Beklagten vom 11.05.2012 wurde der Widerspruch zurückgewiesen. Ergänzend wurde zur Begründung ausgeführt, es sei von einem Weisungsrecht des Klägers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung der Beigeladenen auszugehen. Das Arbeitsverhältnis der Beigeladenen möge durchaus im Innenbereich durch familienhafte Rücksichtnahme gekennzeichnet gewesen sein, weshalb das Weisungsrecht verfeinert gewesen sei. Möglicherweise sei die eine oder andere Unternehmensentscheidung auch nach Rücksprache mit der Beigeladenen gefällt worden. Hierdurch werde jedoch ein ansonsten bestehendes, nur durch die familiären Bindungen modifiziertes Weisungsrecht des Klägers als Inhaber der Einzelfirma nicht ausgeschlossen. Dementsprechend sei die eigenverantwortliche Ausführung gewisser Arbeiten durch die Beigeladene, etwa bei Abwesenheit des Klägers, kein Anzeichen dafür, dass dem Kläger kein Weisungsrecht zugekommen sei. Aus dem vorgelegten Darlehensvertrag zwischen der Beigeladenen und dem Kläger als Inhaber der Apotheke ergebe sich kein unternehmerisches Risiko der Beigeladenen.

Gegen diesen Bescheid hat der Kläger am 08.06.2012 Klage erhoben. Der Kläger ist der Auffassung, ein Anspruch auf Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen bestehe nicht, weil die Beigeladene in dem streitigen Zeitraum von Januar 2002 bis Juni 2006 nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses für ihn tätig geworden sei. Die Beigeladene sei in keinsten Weise weisungsgebunden, sondern mit dem Kläger innerhalb der Apotheke gleichgestellt gewesen. Die Beigeladene sei, wie der Kläger, gegenüber dem anderen Personal in der Apotheke in jeder Hinsicht weisungsbefugt gewesen. Hinsichtlich des einzustellenden Personals sei sie entscheidungsbefugt gewesen. Die Kassenabrechnungen habe sie stets selbständig erledigt. Sie habe mehr Eigenkapital in die Apotheke investiert als der Kläger selbst, weshalb sie den Umbau der Apotheke geplant und die ausführenden Unternehmen beauftragt und kontrolliert habe. Die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten seien von dem betreuenden Steuerberaterbüro erledigt worden. Warum die Beigeladene als sozialversicherungspflichtige Angestellte geführt worden sei, sei für den Kläger nicht nachvollziehbar. Nach dem Wechsel in der Steuerberatung sei er darauf hingewiesen worden, dass aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten von einer abhängigen Beschäftigung der Beigeladenen nicht die Rede sein könne.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 17.10.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.05.2012 zu verurteilen, den Bescheid vom 02.02.2007 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Beigeladene sei im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung für den Kläger tätig gewesen. Die Beigeladene habe zwar eine erhebliche Darlehenszahlung erbracht, die in den Apothekenbetrieb des Klägers eingeflossen sei. Das Einbringen solcher hohen Summen berge unbestritten ein privates finanzielles Risiko für die Beigeladene als Darlehensgeberin, stelle aber kein Unternehmerrisiko dar. Da der Kläger die Beigeladene als dem Grunde nach versicherungspflichtig abgerechnet habe, sei davon auszugehen, dass er selbst die Beschäftigung seit Beginn als abhängig beurteilt habe. Auch die Beigeladene selbst scheine an der vorgenommenen Abrechnung ihrer Person und der dieser Abrechnung zugrunde liegenden versicherungsrechtlichen Beurteilung keine Zweifel gehabt zu haben. Insgesamt sprächen nach dem Sachverhalt gleichgewichtige Merkmale für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit wie auch für eine abhängige Beschäftigung. Aufgrund der langjährigen unbeanstandeten Beitragszahlung sei daher von einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen.

Das Gericht hat sich vom Kläger die die Beigeladene betreffenden Gehaltsabrechnungen für den Zeitraum von Januar 2003 bis Juni 2006 vorlegen lassen. Das Gericht hat ferner im Termin vom 24.01.2013 eine Anhörung des Klägers und der Beigeladenen zu den Einzelheiten der Tätigkeit der Beigeladenen durchgeführt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift vom 24.01.2013 (Blatt 38 – 46 der Gerichtsakte) Bezug genommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte und der das Betriebsprüfungsverfahren betreffenden Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet.

Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG), da die Beigeladene in dem streitigen Zeitraum vom 01.01.2002 bis zum 30.06.2006 die Tätigkeit als Apothekerin in dem Apothekenbetrieb des Klägers nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübte und damit keine Beiträge zur Arbeitslosen-, zur Kranken- und zur Pflegeversicherung nachzuentrichten sind.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Krankenversicherung, Pflege- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht bzw. Beitragspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#); [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#); [§ 25 Abs. 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine Beschäftigung 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. Auch bei Diensten höherer Art muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, d.h. die Dienstleistung muss zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen 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 frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 8](#)). Maßgeblich ist die zwischen den Beteiligten praktizierte Rechtsbeziehung und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Ausgangspunkt der Prüfung sind dabei jeweils die vertraglichen Vereinbarungen, soweit solche bestehen (LSG NRW, Urteil vom 29.02.2012, [L 8 R 166/10](#)). Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Diese Grundsätze gelten auch, wenn es um die Beurteilung der Tätigkeiten naher Verwandter oder des Ehegatten des Betriebsinhabers geht (grundlegend: [BSGE 3, 30](#) ff). Dabei ist bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem selbständigen Dienstverhältnis die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Abhängigkeit unter Verwandten oder Eheleuten im allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht des Verwandten oder Ehegatten möglicherweise mit gewissen Einschränkungen

ausgeübt wird (BSG vom 30.01.1990, [11 RAr 47/88](#); BSG vom 21.04.1993, [11 RAr 67/92](#) mwN). Auch wenn das Weisungsrecht aufgrund eines verwandtschaftlichen Verhältnisses hinsichtlich der Art und Weise, in der Weisungen erteilt werden, Modifikationen unterworfen ist, und bei Diensten höherer Art von vornherein eingeschränkt ist, darf es bei Zugrundelegung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht vollständig entfallen (BSG vom 21.04.1993, [11 RAr 67/92](#)). Ferner kann sich bei den Tätigkeiten von nahen Angehörigen oder Ehegatten die Notwendigkeit der Abgrenzung zu einer – nicht versicherungspflichtigen – Tätigkeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit ergeben. Auch die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und familienhafter Mithilfe hängt von der höchstrichterlichen Rechtsprechung von den gesamten Umständen des Einzelfalles ab. Danach wird ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis anzunehmen sein, wenn der Beschäftigte auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen ist, er in den Betrieb nach Art eines Arbeitnehmers eingegliedert und dementsprechend dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers – wenn auch in abgeschwächter Form – unterworfen ist und schließlich für seine Tätigkeit Arbeitsentgelt bezieht. Für die Feststellung, ob die dem mitarbeitenden Verwandten gewährten Leistungen Entgelt, d.h. einen Gegenwert für die geleistete Arbeit, darstellen, ist insbesondere die Höhe der gewährten Leistungen sowie ihr Verhältnis zu Umfang und Art der im Betrieb verrichteten Tätigkeit von Bedeutung (BSG vom 19.02.1987, [12 RK 45/85](#); BSG vom 17.12.2002, [B 7 AL 34/02 R](#)) und zu prüfen, ob das Entgelt über einen gegebenenfalls gewährten Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für eine Gefälligkeit hinausgeht.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Gerichts unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles fest, dass die Beigeladene in der Zeit vom 01.01.2002 bis zum 30.06.2006 ihre Tätigkeit als Apothekerin in dem Apothekenbetrieb des Klägers im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt hat, da die für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Umstände die dagegen sprechenden Umstände deutlich überwiegen.

Da ein schriftlicher Arbeitsvertrag nicht vorliegt und nach den übereinstimmenden Angaben des Klägers und der Beigeladenen nicht abgeschlossen worden ist, sind die tatsächlich praktizierten Verhältnisse der Beurteilung zugrunde zu legen. Die Beigeladene unterlag hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung keinem Weisungsrecht des Klägers, d.h. auch nicht einem aufgrund des nahen Verwandtschaftsverhältnisses abgeschwächten Weisungsrecht. Die Arbeitszeit der Beigeladenen richtete sich nicht nach den Vorgaben des Klägers, sondern im Wesentlichen nach den Belangen der Beigeladenen. Es beruhte auf ihrer persönlichen Entscheidung, dass sie ab Januar 2003 nur noch in deutlich geringerem zeitlichen Umfang in dem Apothekenbetrieb des Klägers mitarbeitete, wobei für sie maßgeblich war, dass sie sich ihren persönlichen Angelegenheiten mehr widmen wollte und aus gesundheitlichen Gründen kürzertreten musste. Hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit der Beigeladenen gab es keine feststehende Vereinbarung, so dass die Beigeladene nach den übereinstimmenden Angaben des Klägers und der Beigeladenen sehr unregelmäßig in dem Apothekenbetrieb mitarbeitete. Die Beigeladene machte ihre Anwesenheitszeiten der Apotheke vorrangig von ihren persönlichen Bedürfnissen und anderweitigen Verpflichtungen abhängig. In der Regel sagte sie dem Kläger spätestens am Tag vorher Bescheid, ob und wann sie am nächsten Tag in der Apotheke mitarbeiten würde. Diese von dem Kläger und der Beigeladenen übereinstimmend geschilderte flexible Handhabung ist vor dem Hintergrund glaubhaft, dass der Kläger auf die Anwesenheit einer zusätzlichen Apothekerin nicht zwingend angewiesen war, weil ein weiterer Apotheker als Vollzeitarbeitskraft als Angestellter in der Apotheke mitarbeitete, so dass die vorgeschriebene Anwesenheitspflicht eines Apothekers in der Regel durch die Tätigkeit des Klägers und des angestellten Apothekers erfüllt werden konnte. Daher kam es nur ausnahmsweise – insbesondere bei der urlaubsbedingten Abwesenheit des Klägers – vor, dass sich die Notwendigkeit der Anwesenheit der Beigeladenen als Apothekerin ergab. Auch für diesen Fall hatte die Beigeladene die Entscheidungsfreiheit, ob sie die urlaubsbedingte Vertretung des Bruders übernahm oder ob sie dies wegen anderweitiger Verpflichtungen nicht tat. Insoweit bot sich als Alternative die vermehrte Mitarbeit des angestellten Apothekers oder die Beauftragung einer externen Vertretungskraft an. Solche Freiheiten hinsichtlich der Arbeitszeit gehen über verwandtschaftsbedingte Rücksichtnahmen deutlich hinaus und sprechen für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit.

Die Beigeladene unterlag auch hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung keinem Weisungsrecht des Klägers. Soweit die Beigeladene selbständig alle Tätigkeiten verrichtet hat, die typischerweise zum Aufgabenbereich einer Apothekerin gehören, wie insbesondere der Verkauf von Medikamenten, die Bestellung von Medikamenten, die Beratung von Kunden sowie die Rücksprachen bei Ärzten wegen vorgelegter Rezepte, ist dies nicht als Indiz für eine selbständige Tätigkeit zu werten, sondern Folge des Umstandes, dass es sich bei Tätigkeiten einer Apothekerin um Dienste höherer Art handelt, die durch Eigenständigkeit in der Arbeitsausführung geprägt sind. Aber auch bei Diensten höherer Art muss bei Zugrundelegung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, d.h. die Dienstleistung muss zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Dies ist vorliegend jedoch zu verneinen. Die Beigeladene und der Kläger gaben die Ordnung des Apothekenbetriebes gemeinsam vor, so dass ein – wenn auch abgeschwächtes – Über- und Unterordnungsverhältnis nicht gegeben war. Der Kläger hat dies anschaulich dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er darauf hinwies, er und die Beigeladene hätten sich die Aufgaben hinsichtlich der Leitung der Apotheke danach aufgeteilt, wo der Einzelne jeweils besondere Stärken gehabt habe. Dies spricht für ein gleichrangiges und gleichberechtigtes Zusammenarbeiten in der Führung des Apothekenbetriebes. Dementsprechend übernahm die Beigeladene Verantwortung für Aufgabenbereiche, die typischerweise dem Inhaber eines Apothekenbetriebes zukommen und einer selbständigen Tätigkeit entsprechen. Dazu gehört insbesondere die alleinige Verantwortlichkeit für die Einstellung von Personal einschließlich der Durchführung der Vorstellungsgespräche, für die Einteilung des Personals, für die Entscheidung über kurzfristige Personalfreistellungen, für die Verhandlungen über Gehaltserhöhungen und für die Regelung von Personalproblemen sonstiger Art. Darüber hinaus verhandelte die Beigeladene bei auftretenden Problemstellungen eigenständig mit Banken, beauftragte bei Bedarf eigenständig Handwerker, hatte umfassende Kontovollmachten für die Geschäftskonten, führte Kassenabrechnungen selbständig durch und brachte die Tageseinnahmen häufig selbst zur Bank. Die Beigeladene hat die Aufgabenverteilung und ihren Verantwortungsbereich dahingehend umschrieben, dass sie letztlich die Befugnis hatte, alles zu machen, was für den Apothekenbetrieb wichtig war, dass sie sich für alles verantwortlich fühlte und tatsächlich auch für alles verantwortlich war. Dementsprechend war sie nicht in einer von dem Kläger vorgegebenen Ordnung des Betriebes tätig, sondern sie war in die Führung und Leitung des Betriebes gleichrangig eingebunden, was ein wesentliches Indiz für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit darstellt. Dies wird untermauert durch die Angabe des Klägers, er habe die im Zusammenhang mit dem Umbau und der Neueinrichtung der Apotheke in den Jahren 2003 und 2004 notwendigen Verhandlungen mit den Handwerkern und den Innenarchitekten immer gemeinsam mit der Beigeladenen geführt.

Der Umstand, dass die Beigeladene ihre Tätigkeit überwiegend in den Räumen des Apothekenbetriebes ausführte, ist nicht Konsequenz eines diesbezüglichen Weisungsrechtes des Klägers, sondern der Tätigkeit einer im Verkauf tätigen Apothekerin, immanently weil die Kunden den Apothekenbetrieb aufsuchen, um Medikamente zu erwerben und um sich beraten zu lassen. Soweit es Aufgaben gibt, die auch außerhalb des Apothekenbetriebes zu erledigen sind, nahm die Beigeladene diese Aufgaben aufgrund eigenen Entschlusses und nicht

aufgrund diesbezüglicher Anweisungen des Klägers wahr. Dazu gehören beispielsweise Besprechungen mit Ärzten, die ihre Praxis im gleichen Haus hatten, wenn Probleme im Zusammenhang mit den vorgelegten Rezepten auftraten, oder die Durchführung von Verhandlungen mit Geschäftsbanken, wenn diese notwendig wurden.

Eine durch den Kläger vorgegebene organisatorische Eingliederung der Beigeladenen in die betrieblichen Abläufe der Apotheke fand nicht statt. Dem stand nicht nur entgegen, dass die Beigeladene selbständig entschied, welche Aufgaben sie während ihrer Anwesenheit wahrnahm und in ihrer Entscheidungsfreiheit durch den Kläger nicht eingeschränkt wurde. Da sie ihre Anwesenheitszeiten in der Apotheke in der Regel ohne vorherige Absprache mit anderen von ihren eigenen persönlichen Verpflichtungen und Bedürfnissen abhängig machte, wurde sie auch nicht über einen Dienstplan mit vorab vereinbarten Anwesenheitszeiten organisatorisch in die betrieblichen Abläufe eingebunden. Eine Ausnahme ergab sich insoweit lediglich für die urlaubsbedingten Abwesenheitszeiten des Klägers, wenn die Beigeladene – freiwillig – eine entsprechende Vertretung des Klägers übernommen hatte.

Der Umstand, dass die Beigeladene dem Kläger als Inhaber des Apothekenbetriebes für Umbaumaßnahmen und Investitionen in die Apotheke ein Darlehen in einer Größenordnung von insgesamt 313.748,96 EUR gewährte, stellt ein weiteres Indiz für eine selbständige Tätigkeit der Beigeladenen in dem Sinne dar, dass die Übernahme einer Darlehensverpflichtung in diesem Umfang als nicht arbeitnehmertypisch anzusehen ist (vgl. BSG vom 17.05.2001, [B 12 KR 34/00 R](#); LSG NRW vom 04.07.2012, [L 8 R 670/11](#); LSG Berlin-Brandenburg vom 25.06.2002, [L 10 AL 224/00](#)). Ob der Hingabe eines Darlehens indizielle Bedeutung für eine selbständige Tätigkeit zukommt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dabei ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Darlehensgewährung nicht auf den Fall der Not oder der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Apothekenbetriebes beschränkt war (vgl. BSG vom 17.05.2001, [B 12 KR 34/00 R](#)). Ferner ist zu berücksichtigen, dass bei einer Darlehensgewährung für einen Apothekenbetrieb in diesem Umfang ein erheblich gesteigertes Interesse der Beigeladenen an dem Fortbestand und dem wirtschaftlichen Erfolg des Apothekenbetriebes besteht, das über das Interesse eines Arbeitnehmers an dem Fortbestand des Betriebes und damit seines Arbeitsplatzes sowie über das grundsätzlich zugrunde zu legende gesteigerte Interesse eines Familienangehörigen an dem wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens hinausgeht (vgl. LSG Saarland vom 15.02.2012, [L 2 KR 73/11](#) mwN). Das gesteigerte Interesse an dem Fortbestand des Apothekenbetriebes und ihr entsprechendes finanzielles Engagement wurde von der Beigeladenen nachvollziehbar damit begründet, dass sie die Apotheke gemeinsam mit dem Kläger geplant und mit ihm zusammen gegründet hatte und sich mit dem Betrieb seit dem ersten Tag besonders verwurzelt fühlte. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Gewährung des Darlehens zum Zwecke der Durchführung der Umbaumaßnahmen und der Neueinrichtung der Apotheke der Beigeladenen zwar in rechtlicher Hinsicht keine unternehmerische Position eingeräumt hat, dass ihr aber faktisch eine erhebliche Einflussnahme dadurch ermöglicht wurde, dass nach Angaben des Klägers sämtliche Verhandlungen mit den Handwerkern und den Innenarchitekten gemeinsam mit der Beigeladenen durchgeführt wurden. Insgesamt sprechen die hier vorliegenden Einzelfallumstände für die indizielle Bedeutung der Darlehensgewährung hinsichtlich der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit der Beigeladenen.

Diesen gewichtigen, für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit sprechenden, Umständen stehen die Gesichtspunkte entgegen, dass die Beigeladene aufgrund der Zahlung eines feststehenden monatlichen Entgeltes kein Unternehmerrisiko zu tragen hatte und der Kläger von dem Verdienst der Beigeladenen Lohnsteuer einbehielt, Pflichtbeiträge zur Arbeitslosenversicherung und Rentenversicherungsbeiträge zum berufsständischen Versorgungswerk abführte sowie die gezahlten Entgelte als Betriebsausgaben verbuchte.

Die Zahlung eines feststehenden monatlichen Gehaltes spricht für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, zumal die Höhe der Vergütung unter Zugrundelegung der vom Kläger angegebenen durchschnittlichen 10 Arbeitsstunden der Beigeladenen pro Woche als Zahlung eines angemessenen Arbeitsentgeltes und nicht als Anerkennung für Gefälligkeiten der Beigeladenen anzusehen ist (vgl. zur Abgrenzung zur familienhaften Mithilfe: BSG vom 23.06.1994, [12 RK 50/93](#)). Aus den vorgelegten Gehaltsabrechnungen der Beigeladenen ergibt sich, dass in dem streitigen Zeitraum einmalig im Jahr 2005 eine Zahlung von Weihnachtsgeld erfolgte (November 2005), während eine Zahlung von Urlaubsgeld nicht vorgenommen wurde und eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nicht vereinbart war.

Da der Beigeladenen als Gegenleistung für ihre Tätigkeit ein feststehendes regelmäßiges Entgelt zustand, das ihr unabhängig vom wirtschaftlichen Betriebsergebnis gezahlt wurde, trug sie kein Unternehmerrisiko. Nach den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sachlichen und personellen Mittel also ungewiss ist (BSG vom 25.01.2001, [B 12 KR 17/00 R](#); BSG vom 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#)). Da die Beigeladene weder Mitgesellschafterin noch Mitunternehmerin des Apothekenbetriebes war, trug sie in ihrer Person kein Unternehmerrisiko. Ein Unternehmerrisiko wurde auch nicht durch die Darlehensgewährung begründet. Eine Darlehensgewährung ist zwar eine für Arbeitnehmer nicht typische Übernahme von Risiken, die aber lediglich ein bloßes Haftungsrisiko, nicht aber ein Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinne darstellt, weil es an einer Gewinnchance fehlt (vgl. LSG NRW vom 02.05.2013, [L 16 KR 32/12](#); Sächsisches LSG vom 22.11.2013, [L 1 KR 76/10](#)). Das Bestehen oder Nichtbestehen eines Unternehmerrisikos ist jedoch nicht schlechthin entscheidend für die Frage der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit oder einer abhängigen Beschäftigung, sondern nur im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten (BSG vom 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#)).

Der Umstand, dass von dem Verdienst der Beigeladenen Lohnsteuer einbehalten wurde und das gezahlte Entgelt als Betriebsausgabe verbucht wurde, ist als ein für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses sprechender Umstand zu werten, da in dieser Art der Verbuchung bzw. Versteuerung ebenso wie durch die Abführung der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung und der Beiträge zum berufsständischen Versorgungswerk die Vorstellung zum Ausdruck kommt, dass es sich um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis handelt. Eine mehr als indizielle Bedeutung kommt diesem Umstand jedoch nicht zu, weil die Versicherungspflicht der Tätigkeit der Beigeladenen als solche jeder privatrechtlichen Disposition entzogen ist und im Rahmen der Berücksichtigung aller Einzelfallumstände im Rahmen einer rechtlichen Würdigung festzustellen ist (vgl. BSG vom 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#)). Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich auch bei einer langjährigen unbeanstandeten Zahlung von Pflichtbeiträgen zur Sozialversicherung nicht eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne, dass es des Nachweises besonderer Umstände des Einzelfalles bedarf, die eine entsprechende Fehleinschätzung der Beteiligten wahrscheinlich und schlüssig machen, mit der Folge, dass von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen sei, wenn dieser Nachweis nicht gelinge.

Vorliegend liegen darüber hinaus besondere Umstände vor, die die indizielle Bedeutung des Gesichtspunktes, dass die Tätigkeit der Beigeladenen in Bezug auf die Lohnsteuerabführung, die Verbuchung der Entgelte als Betriebsausgabe und die Abführung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung und zum berufsständischen Versorgungswerk wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis behandelt worden ist,

deutlich abschwächen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es eine entsprechende arbeitsvertragliche Regelung zwischen dem Kläger und der Beigeladenen nicht gibt. Der Kläger wurde in steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten in dem streitigen Zeitraum von Januar 2002 bis Juni 2006 von dem Steuerberaterbüro Th.-I. betreut. Zwar muss sich der Kläger das Verhalten des von ihm bevollmächtigten Steuerberaters zurechnen lassen, soweit es um das Kennen und Kennen müssen von Umständen im Zusammenhang mit Willenserklärungen ankommt ( [§ 166 Abs. 1 BGB](#) ). Der Steuerberater hatte jedoch bereits im Rahmen der am 05.09.2006 durchgeführten Betriebsprüfung substantiiert geltend gemacht, dass eine sozialversicherungspflichtige Überprüfung des Beschäftigungsverhältnisses der Beigeladenen vorgenommen werden müsse, da die Beigeladene in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit frei sei, kein Arbeitsvertrag bestehe und es weder Regelungen über Arbeitszeit noch über Urlaubsansprüche und Lohnfortzahlungen gebe. Nachdem der Kläger wegen Störung des Vertrauensverhältnisses im Jahre 2007 einen Wechsel des Steuerberaters vorgenommen hatte, wurde er durch diesen darauf hingewiesen, dass die Beigeladene seiner Auffassung nach nicht im Rahmen eines abhängigen und versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses tätig sei, so dass er dem Kläger sowohl die Überprüfung der entgegenstehenden sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung, bezogen auf den Zeitraum von Januar 2002 bis Juni 2006, als auch der später vorgenommenen sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung der Beklagten für den Zeitraum von Juli 2006 bis August 2007 nahelegte. Daraus ergibt sich, dass der Kläger selbst die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht vornahm und dass auch seitens der den Kläger betreuenden Steuerberater erhebliche Zweifel am Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses der Beigeladenen bestanden. Zudem ergibt sich durch den Umstand, dass ein Wechsel in der Steuerberatung stattgefunden hat, ein nachvollziehbarer Grund für die Tatsache, dass der Kläger erst im Jahre 2010 eine Überprüfung der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung geltend machte. Unter Heranziehung dieser Einzelfallumstände kommt dem Gesichtspunkt, dass von dem Verdienst der Beigeladenen faktisch Lohnsteuer- und Beitragsabzüge vorgenommen wurden und eine Verbuchung der Entgelte als Betriebsausgaben erfolgte, keine maßgebliche indizielle Bedeutung zu.

Entgegen der Auffassung der Beklagten stellt der Umstand, dass die Beigeladene und der Kläger keine Personengesellschaft gegründet haben und die Beigeladene keine Mitunternehmerin des Apothekenbetriebes war, kein Kriterium dar, das für eine abhängige Beschäftigung spricht. Die Gründung einer Personengesellschaft ist für die Mitarbeit einer selbständig tätigen Apothekerin zwar möglich, aber nicht Voraussetzung für eine selbständige Tätigkeit in einem Apothekenbetrieb (vgl. BSG vom 30.01.1990, [11 RAr 47/88](#)). Vorliegend war alleine zu prüfen, ob die Beigeladene ihre Tätigkeit selbständig als freie Mitarbeiterin oder eingeordnet in eine fremdbestimmte Ordnung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses verrichtet hat. Dementsprechend kann es nicht als Indiz gegen die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit gewertet werden, wenn keine Personengesellschaft gegründet wird.

Insgesamt überwiegen aufgrund des fehlenden Weisungsrechts des Klägers hinsichtlich der Arbeitszeit, der Art und Weise der Arbeitsausführung und des Ortes der Arbeitsausführung, aufgrund der fehlenden Einordnung in eine fremdbestimmte Ordnung, aufgrund der Übernahme wesentlicher Führungs- und Leitungsaufgaben in dem Apothekenbetrieb und im Hinblick auf die Darlehensgewährung und das damit verbundene erhebliche Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Apothekenbetriebes die für eine selbständige Tätigkeit der Beigeladenen sprechenden Umstände deutlich die dagegen stehenden Umstände.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) iVm [§ 154 Abs. 1](#), [162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Da die Beigeladene keinen Antrag gestellt hat, waren der Beklagten insoweit keine Kosten aufzuerlegen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2014-04-30