

## L 4 KR 3981/04

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Mannheim (BWB)  
Aktenzeichen  
S 10 KR 1766/04  
Datum  
09.08.2004  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 KR 3981/04  
Datum  
24.11.2006  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 09. August 2004 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob der Kläger vom 01. März 1991 bis 31. Dezember 2001 versicherungspflichtig in der Rentenversicherung (RV) und in der Arbeitslosenversicherung (AV) beschäftigt war.

Der am 1969 geborene Kläger besuchte die Schule bis zur Elften Klasse. Anschließend begann er im September 1988 eine Ausbildung als Einzel- und Großhandelskaufmann in einem Farbengroßhandelsgeschäft in H ... Er wechselte während der Lehre in den damals von seinem Vater K. Sch. (K. Sch.) als Einzelfirma geführten Betrieb, "Farben Sch." in S., wo der Kläger im Februar 1991 diese erfolgreich abschloss. Vom 01. März 1991 bis zum 31. Dezember 2001 war der Kläger bei der zuständigen Einzugsstelle, die ab 01. Januar 1994 die Beklagte war, als versicherungspflichtiger Groß- und Einzelhandelskaufmann für die RV und die AV angemeldet mit den im Versicherungsverlauf vom 21. Januar 2005 aufgeführten Entgelten. Nach der Abrechnung der Brutto-Netto-Bezüge für Oktober 2001 betrug der Gesamt-Brutto-Lohn 6.924,- DM (davon Gehalt: 6.640,- DM und Direktversicherung 284, DM). Der Kläger war seit 01. Januar 1994 privat krankenversichert. Er hat die Einkünfte in der genannten Zeit als solche aus nicht selbstständiger Arbeit (Brutto-Arbeitslohn) versteuert. Bei der Firma Farben Sch. wurden die Einkünfte des Klägers als Betriebsausgaben abgesetzt. Das Farbengeschäft war 1964 von der Mutter des Klägers, U. Sch. (U. Sch.), geboren am 1942, in H. gegründet worden. K. Sch., geboren am 1939, war zunächst nach einer Banklehre im Bankgewerbe versicherungspflichtig beschäftigt. Nach der Verlegung des Farbengeschäfts nach S. und der Heirat der Eltern war K. Sch. seit März 1967 Betriebsinhaber. U. Sch. war nach den Angaben des Klägers von 1969 bis 30. Juni 1999 in der Firma tätig, ohne dass Beiträge zur RV abgeführt worden seien; jedoch seien sonstige Beiträge für sie geleistet worden. Sie habe die gesamten kaufmännischen Arbeiten des Betriebs verrichtet. Mit Bescheid vom 21. April 1975 hatte die damalige Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (jetzt Deutsche Rentenversicherung Bund - DRVB -, im Folgenden einheitlich DRVB genannt) bei K. Sch. die Versicherungspflicht in der RV als Selbstständiger ab Dezember 1974 festgestellt. Mit Bescheid vom 20. Juli 1989 bewilligte die DRVB K. Sch. Rente wegen Berufsunfähigkeit (BU) ab 01. Januar 1989 (monatlicher Zahlbetrag zunächst 810,99 DM). Die Gewährung von Rente wegen Erwerbsunfähigkeit (EU) war damals abgelehnt worden, weil K. Sch. die selbstständige Tätigkeit noch nicht aufgegeben hatte. Bei der Rentenantragstellung bei der DRVB hatte K. Sch. unter dem 25. Januar 1989 angegeben, seine Tätigkeit habe in der Vergangenheit in der Geschäftsführung bestanden. Jetzt sei er nur noch gelegentlich, höchstens zwei Stunden täglich, tätig. Er könne die Arbeit, die das Geschäft von ihm fordere, nicht mehr erfüllen. Er habe eine Person zur Einarbeitung als Nachfolger eingestellt. Im Rahmen der Rentennachprüfung gab K. Sch. gegenüber der DRVB am 11. Juni 1991 an, er sei noch im eigenen Geschäft tätig und arbeite täglich drei Stunden; er übe die Aufsicht aus. Er arbeite unentgeltlich. Für den Kläger war im Mai 1991 die Befreiung vom Wehrdienst bzw. die Zurückstellung beantragt worden, da er im väterlichen Geschäft als Einzelhandelskaufmann tätig und das Geschäft derart strukturiert sei, dass es die Einstellung einer weiteren Ersatzkraft nicht trage und die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Betriebs eintreten würde. Der Kläger war daraufhin zunächst bis zum 30. September 1992 vom Wehrdienst zurückgestellt worden. Ab 01. Januar 2002 ist der Kläger Betriebsinhaber der Firma Farben Sch ... Sein Vater bezieht seit 01. Juli 2004 Regelaltersrente (vgl. Bescheid der DRVB vom 17. Juni 2004).

Unter Vorlage verschiedener Unterlagen, darunter eines vom Kläger ausgefüllten Feststellungsbogens zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen vom 19. August 2003, beantragte der Kläger bei der Beklagten mit Schreiben vom 16. September 2003 zwecks Erstattung der geleisteten Beiträge die Feststellung, dass er von März 1991 bis Dezember 2001 nicht der Versicherungspflicht zur RV und AV unterlegen habe. Er trug vor, nach Abschluss seiner kaufmännischen Ausbildung sei er ab 01.

März 1991 als faktischer Geschäftsführer tätig; er habe die verantwortliche Leitung des Betriebs, der ihm zum 01. Januar 2002 überschrieben worden sei, übernommen gehabt. Seine Tätigkeit sei aufgrund von familienhaften Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu seinem Vater geprägt gewesen. Es habe kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorgelegen. Die Gestaltung sei von dem betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens bestimmt gewesen. Die Arbeitszeit sei frei vereinbart und gestaltet worden. Die tatsächliche Arbeitszeit habe weit über der durchschnittlich tariflichen Leistung gelegen, wobei keine Überstundenvergütung gewährt worden sei. Die Urlaubsansprüche seien frei bestimmt und im Unternehmerinteresse realisiert worden. Nicht wahrgenommene Urlaubstage seien nicht abgegolten worden. Er sei in der Lage gewesen, eine eigene Unternehmerinitiative zu entfalten und durch den Umfang seines Arbeitseinsatzes den Erfolg seiner Tätigkeit zu beeinflussen. Er sei nicht in die vorgegebene Arbeitsorganisation eingegliedert gewesen und habe nicht den Weisungsrecht eines Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Ort und Art seiner Beschäftigung unterlegen. Seine Tätigkeit in der Firma habe er frei bestimmten und gestalten können. Nach einer Würdigung der Gesamtumstände sprächen die tatsächlichen Verhältnisse mehr gegen als für eine abhängige Beschäftigung. Er habe immer auf der Unternehmenseite des Betriebs gestanden. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2003 und 7. November 2003 wies die Beklagte den Kläger darauf hin, er habe vom 01. Januar 1994 bis 31. Dezember 2001 der Sozialversicherungspflicht unterlegen. Er sei im Betrieb seines Vaters gegen ein Festgehalt beschäftigt und damit Arbeitnehmer gewesen. Die Rechtsprechung zur Familien-GmbH finde hier keine Anwendung. Er habe den Betrieb erst am 01. Januar 2002 übernommen und sei frühestens ab diesem Zeitpunkt Unternehmer. Für die Zeit davor sei der Kläger eindeutig als Arbeitnehmer zu beurteilen. Dieses sei offensichtlich auch vom Betrieb so gesehen worden, denn es seien nicht nur die entsprechenden Beiträge abgeführt, sondern auch die dazugehörenden Meldungen abgegeben worden. Dagegen wandte der Kläger erneut ein, dass eine Eingliederung in den Betrieb und eine Weisungsgebundenheit nicht bestanden habe. Es könne auch nicht die Rede davon sein, dass er anstelle einer fremden Arbeitskraft tätig geworden sei. Das Entgelt für seine Leistung von mehr als 6.000,- DM pro Monat habe im Übrigen weit über dem tarif- und dem ortsüblichen Arbeitsentgelt gelegen. Seine Tätigkeit sei davon bestimmt gewesen, Substanz und Ertrag des später zu übernehmenden Betriebs zu stärken. Seine Lebensplanung sei von Anfang an auf die Übernahme des Betriebs gegangen. Er habe die selbstständige Leitung des Betriebs im Vorgriff auf die später beabsichtigte Übertragung des Geschäfts übernommen. Den Anmeldungen und Entgeltmeldungen komme hier keine entscheidende Bedeutung zu. Dadurch sei kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis gegründet worden.

Mit Bescheid vom 04. Dezember 2003 stellte die Beklagte gegenüber K. Sch. fest, die Tätigkeit des Klägers in seinem Betrieb von 1994 bis 2001 sei eine versicherungspflichtige Beschäftigung gewesen, weshalb der Kläger der Versicherungspflicht zur RV und zur AV unterlegen habe. Der Kläger habe für seine Beschäftigung regelmäßige Gehaltsbezüge erhalten und der Arbeitgeber habe die Beiträge daraus abgeführt. Auch als faktischer Geschäftsführer hätte er in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Denn auch Dienste höherer Art schlossen eine abhängige Beschäftigung nicht aus. Es mangle beim Kläger an einer Arbeitgeberstellung. Davon erhielt auch der Kläger mit Schreiben vom 04. Dezember 2003 Kenntnis. Dem Feststellungsbescheid stimmte die Bundesagentur für Arbeit (BA) mit Bescheid vom 15. Juni 2004 zu. Gegen den Bescheid vom 04. Dezember 2003 legte der Kläger Widerspruch ein, mit dem er geltend machte, aus der Anmeldung ergebe sich keine abhängige Beschäftigung. Es habe sich bei ihm auch nicht um Dienste höherer Art gehandelt. Es habe bei ihm eine absolute Eigenständigkeit bestanden. Grenzen für die Entfaltung seien nicht vorhanden gewesen; sie seien auch nicht gewollt gewesen. Er habe auch ein erhebliches eigenes Unternehmerrisiko getragen. Erst aufgrund seiner Tätigkeit sei der Fortbestand des Unternehmens gewährleistet gewesen, indem er sich vom Wehrdienst habe freistellen lassen. Das Motiv des Vaters für die Mitarbeit sei aus dem Interesse erwachsen, Substanz und Ertrag des Betriebs im Hinblick auf die später beabsichtigte Übergabe zu stärken. Vor diesem Hintergrund habe er, der Kläger, Umstände in Kauf genommen, die familienfremde Angestellte gewiss nicht akzeptiert hätten. Sein Vater sei aufgrund der BU nicht in der Lage gewesen, den Betrieb alleine weiterzuführen. Er sei auf ihn angewiesen gewesen. Er habe ihm keine Weisungen erteilen können und auch nicht wollen. Er habe sich vielmehr wie ein Unternehmer geriert, habe sich über die Maßen eingebracht und arrangiert zum Wohle des Betriebs. Aufgrund der engen elterlichen Verbundenheit habe er auf einen erheblichen Teil des ihm zustehenden Urlaubs verzichtet, nicht abzugeltende Überstunden geleistet und ihm arbeitsvertraglich zustehende Rechte nicht wahrgenommen. In wirtschaftlich schlechten Zeiten sei im Übrigen sein Gehalt reduziert worden, da er mehr am Fortbestand der Firma interessiert gewesen sei. Er sei in den Betrieb hineingewachsen und es sei von Anfang an die Übernahme durch ihn zu einem späteren Zeitpunkt geplant gewesen. Er sei in besonderen Maße vom Wohl und Wehe der Firma abhängig gewesen und habe alles unternommen, um den Betrieb voranzubringen. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass er dem Betrieb ein Darlehen über 90.000,- DM gewährt habe. Auch die Darlehensgewährung begründe ein starkes Interesse des Darlehensgebers an den Geschicken der Firma. Ferner beantwortete der Kläger mit Schreiben vom 28. Februar 2004 ihm von der Beklagten gestellte Fragen. Der Widerspruch blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid des bei der Beklagten gebildeten gemeinsamen Widerspruchsausschusses vom 19. Mai 2004). Im Widerspruchsbescheid wurde ausgeführt, es habe ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen. Wesentliches Indiz dafür sei, dass der Kläger kein eigenes Unternehmerrisiko getragen habe. Ihm sei monatliches Arbeitsentgelt ausgezahlt worden, unabhängig davon, in welcher wirtschaftlichen Situation sich der Betrieb befunden habe. Selbst als es den Angaben des Klägers zufolge dem Betrieb schlechter gegangen sei, sei ein Monatsgehalt gezahlt worden. Erst mit der Übergabe der Firma zum 01. Januar 2002 habe der Kläger ein Unternehmerrisiko zu tragen. Da sein Vater bis dahin Alleininhaber der Firma gewesen sei, somit mit seinem Privatvermögen gehaftet habe, habe er das alleinige Unternehmerrisiko getragen. Die vom Kläger angeführten Entscheidungen zur Familien-GmbH seien hier nicht anwendbar. Bei der Beurteilung von beschäftigten Familienangehörigen gehe es darum, inwieweit diese Familienangehörigen in den Betrieb eingegliedert seien, ob diese anstelle einer fremden Arbeitskraft gegen Entgelt beschäftigt würden oder ob lediglich eine familiäre Mithilfe vorliege, die nicht zur Sozialversicherungspflicht führe. Soweit der Kläger geltend gemacht habe, ein übertarifliches Gehalt erhalten zu haben, führe das nicht dazu, dass insoweit kein angemessenes Arbeitentgelt gezahlt worden sei. Die Sozialversicherungspflicht trete unabhängig von der Höhe des gezahlten Arbeitsentgelts ein.

Deswegen erhob der Kläger am 21. Juni 2004 Klage beim Sozialgericht (SG) Mannheim. Er reichte verschiedene Unterlagen ein und wiederholte im Wesentlichen seine Begründung im Antrags- bzw. Widerspruchsverfahren. Er sei seit 01. Januar 1989 bei der Firma Farben Sch. beschäftigt. Das nötige Fachwissen habe er schon besessen, da er als Sohn in den Betrieb hineingewachsen sei und schon immer familienhaft mitgeholfen habe. Er habe den Betrieb bereits zu diesem Zeitpunkt faktisch geführt, da sein Vater aufgrund der BU keine zwei Stunden täglich im Betrieb habe arbeiten können. Nach Abschluss seiner kaufmännischen Ausbildung im elterlichen Betrieb sei er ab 01. März 1991 als faktischer Geschäftsführer tätig gewesen. Er habe eigenverantwortlich die Leitung des Betriebs übernommen. Es sei immer beabsichtigt gewesen, dass er den Betrieb im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge habe übernehmen sollen, da sein Bruder studiert habe. Lediglich nach außen hin sei sein Vater bis zum 31. Dezember 2001 noch offiziell Betriebsinhaber gewesen. Von einer selbstständigen Erwerbstätigkeit des Vaters sei schon im Jahre 1989 niemand mehr ausgegangen. Er habe den Vater weitgehend in den Bereichen ersetzt, die er krankheitsbedingt nicht mehr oder nicht mehr vollständig habe ausfüllen können. Sein Vater sei von ihm abhängig gewesen.

Betriebswirtschaftlich sei die Stelle, die er inne gehabt habe, nicht ersetzbar gewesen. Es könne nicht davon die Rede sein, dass er anstelle einer fremden Arbeitskraft beschäftigt worden sei. Das wirtschaftliche Risiko, das er getragen habe, habe darin gelegen, dass er im fraglichen Zeitraum insgesamt 90.000,- DM in den Betrieb eingebracht habe. Dieses würde ein normaler Arbeitnehmer niemals tun und daraus ergebe sich ein erhebliches unternehmerisches Risiko. Im Übrigen sei gerichtlich entschieden worden, dass es bei Kindern eines Unternehmers allein im Hinblick auf ihre gesetzliche Erbenstellung bereits lebensfremd wäre, vom Fehlen eines Unternehmersrisikos auszugehen. Es habe im Betrieb zwischen seinem Vater und ihm ein gleichberechtigtes Nebeneinander bestanden. Er habe die Höhe seines Entgelts selbst bestimmt. Die Fahrzeugeinkäufe für die Firma und für sich habe er eigenverantwortlich vorgenommen. Er habe keinen Weisungen unterlegen.

Die Beklagte trat der Klage unter Vorlage ihrer Verwaltungsakten entgegen.

Im Termin vom 09. August 2004 hörte das SG den Kläger an und vernahm K. Sch. als Zeugen. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen. Mit Urteil vom 09. August 2004, das dem Prozessbevollmächtigten des Klägers gegen Empfangsbekanntnis am 18. August 2004 zugestellt wurde, wies das SG die Klage ab. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 13. September 2004 schriftlich Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Er trägt vor, sein Vater sei 1989 bereits körperlich und wirtschaftlich auf seine Mitarbeit angewiesen und von ihm abhängig gewesen. Dies bestätige auch sein Freistellungsantrag bei der Bundeswehrverwaltung. Ohne seine Mitarbeit wäre die wirtschaftliche Grundlage für die Familie hinfällig geworden. Er habe alle Entscheidungen, die den Geschäftsbetrieb betroffen hätten, allein treffen können, selbst wenn diese dem Willen des Vaters zuwider gelaufen wären. Obwohl sein Vater damit nicht einverstanden gewesen sei, habe er hochpreisige Dienstwagen für sich, nämlich einen Porsche und einen Jaguar, bestellt. Auch habe er eine Computeranlage mit Zubehör angeschafft. Er habe ein Unternehmersrisiko in der Form getragen, dass er von seinem Privatkonto Zahlungen auf das Firmenkonto für Ausgaben der Firma geleistet habe, immer wenn etwas angeschafft worden sei. Es habe ihm gegenüber kein Direktionsrecht gegeben. Er habe schon früh die Verantwortung in der Firma übernehmen müssen; als Nachfolger sei er bereits 1989 eingearbeitet worden. Am 01. Februar 2000 habe er dem Betrieb die erste Rate eines Darlehens über 18.226,- DM gewährt. Ebenfalls habe er aus seinem Privatvermögen für einen Firmenwagen Zahlungen geleistet. Es müsse für ihn der Rechtsgedanke angewendet werden, dass dann, wenn ein Familienangehöriger als Beschäftigter die Geschicke des Familienunternehmens maßgeblich mitbestimme, dieser nicht abhängig beschäftigt sei, auch dann nicht, wenn er keine Anteile am Unternehmen halte. Die Mitarbeit in Gleichstellung zum Betriebsinhaber begründe kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, sondern schließe ein solches aus. Es sei nicht lebensfremd, wenn der Sohn, der den Betrieb von klein auf gekannt habe, eine gehobene Stellung einnehme, erst recht dann, wenn der Vater so dringend auf die Mitarbeit des Sohnes angewiesen sei. Seine Lebensplanung habe auf die erfolgreiche Führung des väterlichen Betriebs abgezielt. Es hätten keine Verträge existiert, nicht einmal ein Arbeitsvertrag. Dies sei nicht für notwendig gehalten worden. Die Rechtsprechung spreche der nachfolgenden Generation die Unternehmereigenschaft zu. Der Umstand, dass seine monatliche Gehaltszahlungen als Betriebsausgaben verbucht und bis Ende 2001 von ihm die Einkünfte als solche aus nicht selbstständiger Erwerbstätigkeit versteuert worden seien, sei für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend. Das Kriterium der steuerlichen Behandlung der Vergütung sei untauglich, da Steuer- und Sozialversicherungsrecht nicht deckungsgleich seien. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass er jahrelang die Sozialversicherungspflicht hingenommen oder sie anfänglich auch gewollt hätte. Sobald er von der Überprüfungsmöglichkeit gehört habe, habe er diese veranlasst. Insoweit sei die Initiative von ihm ausgegangen. Darauf, dass es bei den Betriebsprüfungen zu keiner Beanstandung gekommen sei, könne sich die Beklagte nicht berufen. Das Bundessozialgericht (BSG) habe festgestellt, dass auch in kleinen Betrieben keine Pflicht zu einer umfassenden Überprüfung aller Beschäftigten bestehe und selbst für den Fall der Überprüfung eines Beschäftigten keine Verpflichtung zur Feststellung einer zu Unrecht erfolgten Beitragszahlung bestehe. Hinsichtlich des Umfangs der Tätigkeit seines Vaters sei auch zu berücksichtigen, dass dieser Nachweise für den Umlagebeitrag der Berufsgenossenschaft für den Einzelhandel abzugeben gehabt habe, aus denen hervorgehe, dass er zwischen 1995 und 2001 pro Jahr lediglich zwischen 30 und 60 Tagen gearbeitet habe. Der Kläger hat verschiedene Unterlagen eingereicht.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 09. August 2004 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 04. Dezember 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Mai 2004 festzustellen, dass er in der Zeit vom 01. März 1991 bis 31. Dezember 2001 nicht versicherungspflichtig in der Renten- und Arbeitslosenversicherung beschäftigt war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angegriffene Entscheidung und die streitbefangenen Bescheide für zutreffend. Das Bestehen eines unternehmerischen Risikos sei dann als wesentliches Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit zu werten, wenn diesem Risiko größere Freiheiten in der Gestaltung des Arbeitsablaufs und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüberstünden. Unterlagen, aus denen hier hervorgehe, dass der Kläger als einziger grundsätzlich alle Rechtsgeschäfte in Eigenverantwortung für den Betrieb getätigt habe, seien nicht vorgelegt worden, beispielsweise sei in dem Kaufvertrag über den Jaguar K. Sch. als Käufer angegeben. Die Argumentation des Klägers, in analoger Anwendung der Rechtsprechung zur Familien-GmbH sozialversicherungsfrei zu sein, könne nicht nachvollzogen werden. Auch die wirtschaftliche Abhängigkeit sei als Indiz bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen. Der Kläger habe bis Ende 2001 kein Unternehmersrisiko zu tragen gehabt. Er habe ein monatliches Arbeitsentgelt erhalten, unabhängig davon, in welcher wirtschaftlichen Situation sich der Betrieb befunden habe. Selbst als es nach seinen Angaben den Betrieb schlechter gegangen sei, sei ihm ein monatliches Gehalt gezahlt worden. Bis Ende 2001 sei der Vater Alleininhaber der Firma gewesen und habe mit seinem Privatvermögen gehaftet. Er habe somit das alleinige Unternehmersrisiko zu tragen gehabt. Erst ab 2002 habe der Kläger das wirtschaftliche Risiko des Betriebs übernommen. Im Jahre 1995 sei eine Betriebsprüfung bezüglich der Meldungen und der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge durchgeführt worden. Es sei der Zeitraum bis Dezember 1994 geprüft worden. Weder von der Firma noch vom Prüfer sei die damalige versicherungsrechtliche Beurteilung beanstandet worden. Bis zur Übertragung der Firma habe man keine Überprüfung des Versicherungsverhältnisses beantragt. Dies sei erst geschehen, nachdem der Kläger über die Agentur für Arbeit habe prüfen lassen, ob bei einem Eintritt von Arbeitslosigkeit ein Anspruch auf Arbeitslosengeld bestehe. Es ergebe sich die Frage, warum nicht bereits früher eine

Überprüfung des Versicherungsverhältnisses beantragt worden sei. Es müsse davon ausgegangen werden, dass sich der K. Sch. bis Ende 2001 noch als Inhaber des Betriebs angesehen habe.

Mit Beschluss vom 26. Oktober 2004 hat der Berichterstatter des Senats zu dem Verfahren die DRVb, Beigeladene zu 1), die Bundesagentur für Arbeit (BA), Beigeladene zu 2), sowie K. Sch., Beigeladener zu 3), beigeladen. Die Beigeladene zu 1) hat sich dem Vorbringen der Beklagten angeschlossen, jedoch keinen Antrag gestellt. Die Beigeladenen zu 2) und 3) haben sich im Verfahren nicht geäußert und ebenfalls keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten sowie der Gerichtsakten beider Rechtszüge, ferner der Akte L 3 RA 2325/04 und L 3 RA 2653/04 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist statthaft und zulässig; sie ist jedoch nicht begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 04. Dezember 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Mai 2004 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Er war in der Zeit vom 01. März 1991 bis 31. Dezember 2001 versicherungspflichtig in der RV und AV. Ob die begehrte Feststellung schon deswegen teilweise wegen fehlendem Feststellungsinteresse unzulässig war, weil ein Erstattungsanspruch wegen zu Unrecht entrichteter Beiträge nur für nach [§ 27 Abs. 2 Satz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) nicht verjährte Zeiten erhoben werden könnte, bzw. deswegen teilweise unzulässig war, weil die Beklagte nur über die Zeit ab 01. Januar 1994 entschieden hat, lässt der Senat dahingestellt. Das SG hat jedenfalls zu Recht entschieden, dass der Kläger in den genannten Versicherungszweigen bis zum 31. Dezember 2001 versicherungspflichtig beschäftigt war. Die gesetzlichen Regelungen und die Beurteilungsmaßstäbe hat das SG zutreffend dargelegt, sodass darauf nach [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug genommen wird.

Auch der Senat gelangt aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände zu der Feststellung, dass die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung während der gesamten streitigen Zeit sprechen, überwiegen. Insoweit hat Versicherungsfreiheit weder unter dem Gesichtspunkt einer bloßen familienhaften Mitarbeit des Klägers in der Firma Farben Sch., deren Inhaber bis zum 31. Dezember 2001, der Beigeladene zu 3) war, noch wegen einer selbstständigen Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt einer Gleichordnung im Rahmen einer Innengesellschaft mit dem Beigeladenen zu 3) bestanden.

Eine lediglich familienhafte Mitarbeit des Klägers im Geschäft seines Vaters, für die Beitragspflicht zu verneinen wäre, scheidet aus, zumal der Kläger eine laufende monatliche Vergütung, die ersichtlich übertariflich vereinbart war, erhalten hat, die auch als Betriebsausgabe verbucht wurde und von der ebenfalls Lohn- bzw. Einkommenssteuer wegen Einkommens aus unselbstständiger Arbeit abgeführt wurde (vgl. BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO). Der Senat vermag auch nicht festzustellen, dass der Kläger in der streitigen Zeit, d.h. sogleich nach dem Ende seiner Lehre als Einzelhandelskaufmann, als er 22 Jahre alt war und erst über eine geringe Erfahrung im Farbengeschäft, im Vergleich zu dem in dieser Branche seit 1967 tätigen Beigeladenen zu 3), verfügte, aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Vater und Sohn faktisch schon wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Firma Farben Sch. als Betrieb, in dem Farben, Tapeten und Teppichböden an Malerbetriebe und an sonstige Privatpersonen verkauft wurden, nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne dass ihn der Beigeladene zu 3) daran hinderte. Dagegen spricht, dass der Beigeladene zu 3) Betriebsinhaber bis Ende 2001 geblieben war, obwohl er durchaus die Möglichkeit gehabt hätte, aufgrund der Aufgabe seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit an sich schon vorher statt der gewährten BU-Rente eine Rente wegen EU bewilligt zu erhalten. Er nahm jedoch erst nach der Geschäftsübergabe ab 01. Juli 2004 dann Regelaltersrente in Anspruch. Im Hinblick darauf, dass der Beigeladene zu 3) seinem Vortrag nach in dem Berufungsverfahren L 3 RA 2653/04 gegenüber der Beigeladenen zu 1) im Schreiben vom 11. Juni 1991 angegeben hatte, noch im eigenen Betrieb tätig zu sein, täglich dort drei Stunden zu arbeiten und die Aufsicht auszuüben, ergibt sich, dass der Beigeladene zu 3) in der streitigen Zeit die Geschäftsführung nicht etwa schon aus der Hand gegeben hatte und nur formal Geschäftsinhaber geblieben war. Dagegen spricht nicht die Gewährung von Rente wegen BU bereits seit 01. Januar 1989, die die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit zuließ, und auch nicht das Bestehen eines Grades der Behinderung (GdB) von 80. Auch die vom Kläger vorgelegten Nachweise für die Berechnung des Umlagebeitrags zur Berufsgenossenschaft für den Einzelhandel des Beigeladenen zu 3) belegen für die streitige Zeit Arbeitstage des Beigeladenen zu 3) in seinem Betrieb, und zwar zwischen 1995 und 2001 den Umfang von 30 bis 55 Tagen pro Jahr, wobei der Beigeladene zu 3) allerdings bei seiner Anhörung durch das SG angegeben hatte, in der streitigen Zeit nur jeweils 10 Wochen pro Jahr, d.h. jeweils zweieinhalb Monate, Urlaub gemacht zu haben. Schließlich ergibt auch die Auflistung der Steuerberater Sozietät S. und S. vom 19. Februar 2004, dass der Beigeladene zu 3) jedenfalls in den Jahren 1994 bis 2001 Einkünfte auf dem Gewerbebetrieb (Gewinn) bezogen hat. Dieser Gewinn bestimmte sich, wie der Beigeladene zu 3) angegeben hat, nach der Ertragslage des Geschäfts. Daraus bestätigt sich, dass dieser bis 2001 das Unternehmerrisiko allein getragen hat. Er war es auch, der allein für die Geschäftsschulden haftete. Insoweit vermag sich der Senat nicht davon zu überzeugen, dass der Beigeladene zu 3) schon vor 2002 in der streitigen Zeit nur noch in die Firma reingeschaut und gefragt habe, ob er etwas helfen könne. Auch aus den vom Kläger vorgelegten Unterlagen zur Befreiung vom Wehrdienst (Befreiungs- bzw. Rückstellungsantrag vom 02. Mai 1991) lässt sich nicht herleiten, dass der Kläger in der streitigen Zeit im Hinblick auf sein damaliges Alter bereits faktisch wie ein Alleininhaber die Einzelfirma Farben Sch. geführt hat. Denn in dem Antrag vom 02. Mai 1991 ist lediglich von einer Tätigkeit des Klägers im Geschäft des Vaters und von seiner Beschäftigung neben einem weiteren Verkäufer, der Beschäftigung der Ehefrau des Beigeladenen zu 3) mit Buchhaltungsarbeiten und der Beschäftigung eines Teppichbodenverlegers die Rede. Auch diese Diktion lässt nicht den Schluss zu, dass der Kläger in der streitigen Zeit ab 01. März 1991 sich nicht in die vom Beigeladenen zu 3) weiterhin vorgegebene Betriebsordnung, sondern in eine von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebs eingefügt hat. Er war nicht schon damals für sein eigenes Unternehmen tätig als dessen Kopf und Seele. Dem steht der Umstand, dass schon damals die spätere Übergabe des väterlichen Betriebs an den Kläger im Wege der vorweggenommenen Erbfolge geplant gewesen sein mag, die dann jedoch erst 2002 verwirklicht wurde, nicht entgegen. Der Beigeladene zu 3) hatte die Einzelfirma im Jahre 1967 von seiner Ehefrau übernommen und seitdem geführt. Er war bis Februar 1991 auch Auszubildender des Klägers im Rahmen der von ihm im väterlichen Betrieb beendeten Lehre. Der Beigeladene zu 3) hatte die Firma nicht etwa deswegen übernommen, um später einmal die wirtschaftliche Existenz des Klägers zu sichern. Auch ab 01. März 1991 ging es ihm noch um die eigene Existenzsicherung, zumal er aus dem Betrieb bis 2001 noch Gewinn erwirtschaftet hat und die Überschreibung des Betriebs erst 2002 realisiert wurde. Insofern lässt sich nicht feststellen, dass bereits im März 1991 die Interessen des Klägers und die des Beigeladenen zu 3) weitgehend deckungsgleich waren.

Zwar stellt der Senat hier durchaus in Rechnung, dass im Falle des Klägers die verwandtschaftlichen Beziehungen zum Vater und auch die

Absicht der späteren Betriebsübergabe zu einer milderen Form des Über- und Unterordnungsverhältnisses und zu einer freieren Gestaltung des Beschäftigungsverhältnisses mit größeren Freiheiten führte. Dies gilt auch für die Arbeitszeit und für den Urlaub. In diesem Sinne ist auch die Erteilung einer Kontovollmacht für den Kläger hinsichtlich des Kontos des Vaters zu werten. Daraus, dass der Kläger, möglicherweise gegen den Willen des Beigeladenen zu 3) bzw. ohne dessen ausdrückliche Zustimmung, um diese Fahrzeuge auch für den Betrieb zu nutzen, 1993, 1997 und 2000 hochpreisige PKWs gekauft hat, für die er jedoch jeweils teilweise selbst wiederum Zahlungen aus seinem Privatvermögen geleistet hat, und ferner daraus, dass er 1996 und 1999 für die Firma auf deren Kosten PCs gekauft hat, ergibt sich nicht, dass der Kläger auch in allen anderen Angelegenheiten, die den laufenden Geschäftsbetrieb betrafen, wie ein Alleininhaber nach Gutdünken aufgetreten ist. Die einzelnen genannten Geschäfte, die der Kläger getätigt hat, rechtfertigen nicht die Annahme, dass der Kläger generell im Namen der Firma ein Alleinvertretungsrecht hatte und dieses auch ausgeübt hat.

Für die abhängige Beschäftigung spricht auch entscheidend, dass der Kläger seit 01. März 1991 ein monatliches Gehalt bezogen hat, das im Wesentlichen unabhängig von der Ertragslage des Geschäfts und unabhängig von der Höhe des vom Beigeladenen zu 3) erzielten Gewinns war. Zwar wurde nach dem Vorbringen des Klägers eine Überstundenvergütung nicht gewährt, aber die monatlichen Bezüge wurden ersichtlich auch bei Urlaub und Krankheit bezahlt. Die durchschnittlichen monatlichen Bruttobezüge stiegen von DM 5.777,78 im Jahre 1991 auf DM 7.406,00 im Jahre 1998 und lagen dann 1999 bei DM 7.110,00, 2000 bei DM 6.110,00 und 2001 bei DM 7.193,33. Es lässt sich danach nicht feststellen, dass der Kläger etwa die Höhe seiner Bezüge in ähnlicher Weise bestimmen konnte, wie ein Einzelkaufmann die Höhe seiner Entnahmen bestimmen kann. Im Hinblick auf diese monatlichen Zahlungen, auch in Gegenüberstellung zu dem niedrigeren Gewinn des Beigeladenen zu 3), folgt, dass der Kläger keine Teilhabe am Unternehmensrisiko in dem Sinne getroffen hat, dass bei ihm der Erfolg seines persönlichen Arbeitseinsatzes, den er mit 60 Stunden pro Woche angegeben hat, jeweils ungewiss war. Dass sein persönlicher Arbeitseinsatz auch dadurch mit bestimmt gewesen sein mag, schließlich 2002, als die Firmenübergabe durchgeführt wurde, eine florierende Firma, die gut aufgestellt war, zu übernehmen, begründet nicht die Tragung eines aktuellen Unternehmensrisikos. Auch der Umstand, dass der Kläger geltend macht, er habe dem Beigeladenen zu 3) im Februar 2000 die erste Rate eines Darlehens über DM 18.226,00 gewährt, rechtfertigt nicht die Annahme, dass der Kläger jedenfalls ab diesem Zeitpunkt im Hinblick auf die Rückzahlung des Darlehens bereits ein wesentliches Unternehmensrisiko getragen hat. Als Indiz für die abhängige Beschäftigung wertet der Senat hier auch, dass der Kläger seit 01. März 1991 bei der zuständigen Einzugsstelle als versicherungspflichtiger Groß- und Einzelhandelskaufmann für die RV und die AV angemeldet war. Damit korrespondierend wurden die Bezüge des Klägers einerseits bei der Firma als Betriebsausgaben angesetzt und andererseits vom Kläger im Rahmen der Lohn- bzw. Einkommenssteuer als Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit versteuert. Insoweit geht der Senat davon aus, dass die erwähnte Anmeldung auch den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen hat. Es überzeugt nicht, dass der Kläger insoweit nachträglich zu der Anmeldung und Führung als abhängig Beschäftigter bis zur Betriebsübergabe angegeben hat, dass dies nur deswegen so geschehen sei, weil man das damals nicht anders gewusst habe. Auch die vom Kläger vorgetragene Erklärung für den trotz früherer Betriebsprüfungen erst im September 2003 gestellten Überprüfungsantrag hinsichtlich des Bestehens von Sozialversicherungspflicht, dass er die Information erhalten habe, im Falle einer etwaigen BU wohl keine Leistungen aus der RV beanspruchen zu können, ergibt nicht, dass die Anmeldung im Jahre 1991 aufgrund von falschen Vorstellungen vorgenommen worden war.

Danach war die Berufung zurückzuweisen.

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

Gründe für eine Revisionszulassung liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2006-11-30