

## L 4 KR 5253/07

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 8 KR 10142/06  
Datum  
17.09.2007  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 KR 5253/07  
Datum  
10.10.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 17. September 2007 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000 bei der zu 1) beigeladenen B. Bürokommunikation GmbH & Co. KG nicht gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Beigeladene zu 1) ging aus dem Einzelunternehmen des Vaters des am 05. September 1966 geborenen Klägers "B. Systeme" hervor. Der Vater des Klägers gründete mit Gesellschaftsvertrag vom 17. Dezember 1991 die B. Bürokommunikation und Verwaltungs-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer er war und deren Name später in B. Bürokommunikation GmbH geändert wurde. Die B. Bürokommunikation GmbH als Komplementärin und der Vater des Klägers als Kommanditist gründeten zum 01. Januar 1992 (Eintragung in das Handelsregister beim Amtsgericht S. am 10. Dezember 1992) die Beigeladene zu 1). Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) ist der Vertrieb von Artikeln und Geräten für Bürokommunikation und Bürobedarf. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 08. Februar 1995 wurde der Kläger zum weiteren alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt. Im Februar 2001 veräußerte der Vater des Klägers seine Geschäftsanteile an diesen; seither ist dieser alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH und alleiniger Kommanditist der Beigeladenen zu 1) sowie alleiniger Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

Der Kläger ließ sich nach seinen Angaben zum Informationselektroniker ausbilden und war ab 1988 als solcher beschäftigt. Er bildete sich zuletzt u.a. zum CNE (Certified Network Engineer) weiter. Er schloss 1991 (undatiert) einen Arbeitsvertrag mit der Firma "B. Systeme", nach welchem er ab 01. August 1991 als Büroinformatik-Elektroniker angestellt wurde (§ 1 Satz 1). Der Arbeitsvertrag enthielt folgende weitere Bestimmungen:

3. Entgelt Für den Tätigkeitsbereich wird zur Zeit folgendes Entgelt bezahlt: Grundgehalt 3.500,00 DM brutto pro Monat freiwillige Zulage DM brutto pro Monat Gehalt insgesamt DM brutto pro Monat Diese freiwillige Zulage kann jederzeit widerrufen werden oder bei Gehaltserhöhung aufgerechnet werden.

4. Arbeitszeit Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt derzeit 38 Stunden, die tägliche richtet sich nach den betriebsüblich festgesetzten Zeiten.

5. Arbeitsfähigkeit Herr Oliver B. versichert, arbeitsfähig zu sein und nicht den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes zu unterliegen.

6. Nebenbeschäftigung Nebentätigkeiten sind dem Betrieb mitzuteilen. Konkurrenzarbeit ist verboten, da sie gegen die Interessen des Betriebes verstößt, und führt zur Kündigung.

7. Urlaub Der Urlaub richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen. Ein Anspruch auf erstmaligen Urlaubsantritt besteht nach sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit. Der betriebsübliche Jahresurlaub beträgt derzeit 30 Arbeitstage.

8. Arbeitsverhinderung Ist der Mitarbeiter verhindert, ist der Betrieb unverzüglich zu informieren. Bei Krankheit ist außerdem eine ärztliche Bescheinigung innerhalb von drei Tagen vorzulegen; dies gilt auch, wenn die Krankheit weniger als drei Tage dauert und der Betrieb dies

wünscht.

9. Vertragsbruch/Schlussbestimmungen Für den Fall eines Vertragsbruchs hat der Mitarbeiter dem Betrieb eine Vertragsstrafe in Höhe von 30% des monatlichen Bruttogehaltes zu zahlen. Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis müssen innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit geltend gemacht werden. Änderungen des Vertrags bedürfen der Schriftform.

Nach einer Provisionsvereinbarung (Stand 01. August 1991) erhielt der Kläger jährlich eine Provision aus EDV-Umsätzen. In einer weiteren Provisionsvereinbarung vom 01. September 1999 für die EDV-Mitarbeiter ist der Kläger neben zwei weiteren Mitarbeitern der Beigeladene zu 1) als EDV-Mitarbeiter mit Provisionsanspruch genannt.

Nach dem vom Kläger in der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts Stuttgart (SG) vorgelegten Versicherungsverlauf betrug sein Gehalt von August bis Dezember 1991 insgesamt DM 20.200,00 und schwankte von 1992 bis 2000 zwischen DM 63.144,00 und DM 92.672,00 jährlich. Die leistungsorientierte Tantieme als Bestandteil hiervon sei jeweils zum Jahresabschluss vom Steuerberater festgesetzt worden. Der Kläger wurde bei der Beklagten als zuständige Einzugsstelle als gesamtsozialversicherungspflichtiger Beschäftigter angemeldet. Vom gezahlten Arbeitsentgelt wurden Gesamtsozialversicherungsbeiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung entrichtet.

Im Juni 2006 (Eingang bei der Beklagten) beantragte der Kläger die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung für die Zeit vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000, in der er als mitarbeitender Sohn im Familienunternehmen der Beigeladenen zu 1) tätig gewesen sei. Er sei weisungsfrei gewesen, sein Vater habe ihm auf Grund seiner (des Klägers) Berufserfahrung und Kundenkontakte sofort eigenverantwortlich den Aufbau der EDV-Abteilung überlassen und er habe von Beginn an über umfangreiche mündliche Handlungsvollmachten verfügt. Strategische Entscheidungen seien gemeinsam und gleichberechtigt getroffen worden. Die Übernahme der Geschäftsführung zum 08. Februar 1995 sei darin begründet gewesen, dass sich der Vater krankheitsbedingt zurückgezogen habe. Auch sei er während der gesamten Zeit am Gewinn beteiligt gewesen. Der Vater bekräftigte in einer "Bestätigung" vom 07. April 2006 diese Angaben. Da der Kläger in Teilbereichen des Unternehmens über die alleinigen Branchen- und Fachkenntnisse sowie Kundenkontakte verfügt habe, habe er starken Einfluss auf die Unternehmensrichtung und -entscheidungen gehabt. Es sei von Beginn an gemeinsames Ziel gewesen, dass der Kläger das Familienunternehmen übernehmen und fortführen werde. Dies sei bereits seit 1996 de facto so gehandhabt worden. Der Kläger reichte den Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH vom 07. April 2006 sowie einen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen (ohne Datum) ein. Im erstgenannten Feststellungsbogen wurde u.a. angegeben, die Mitarbeit sei nicht in einem besonderen Arbeitsvertrag/Dienstvertrag geregelt, die tatsächliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit richte sich nach Bedarf, er (der Kläger) unterliege nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft, er habe Personal selbstständig einstellen und entlassen können, Urlaub habe er sich nicht genehmigen lassen müssen, die monatliche gleichbleibende Vergütung betrage DM 7.679,00, er habe Anspruch auf anteilige Provision auf Waren- und Dienstleistungsumsatz, die Weiterzahlung der Vergütung im Fall einer Arbeitsunfähigkeit sei nicht geregelt, von der Vergütung seien Lohnsteuer entrichtet und die Vergütung sei als Gehalt und Betriebsausgabe verbucht worden. Im zweitgenannten Feststellungsbogen wurde angegeben, die Tätigkeit als Leiter der IT-Abteilung und Juniorchef sei auf Grund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt worden. Er sei in den Betrieb eingegliedert gewesen und ohne seine Mitarbeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Er sei nicht an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit gebunden und das Weisungsrecht werde tatsächlich nicht ausgeübt. Er könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten sowie wirke bei der Führung des Betriebs mit. Die Mitarbeit sei durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt. Urlaubsanspruch und Kündigungsfristen richteten sich nach der gesetzlichen Regelung, in der Praxis nach betrieblichen Erfordernissen. Das Arbeitsentgelt werde bei Arbeitsunfähigkeit nach der gesetzlichen Regelung fortgezahlt. Das regelmäßig gezahlte Arbeitsentgelt sei wegen der Familienzugehörigkeit höher als ortsüblich. Er erhalte eine gewinnabhängige Provision. Das Arbeitsentgelt, von dem Lohnsteuer entrichtet werde, werde auf ein privates Bankkonto, über das er verfügungsberechtigt sei, überwiesen und als Betriebsausgabe gebucht. Er habe dem Betrieb oder Betriebsinhaber keine Darlehen gewährt oder für ihn Bürgschaften/Sicherheiten übernommen. Die Betriebsstätte sei gemietet.

Durch Bescheid vom 27. Oktober 2006 bestätigte die Beklagte die Versicherungspflicht des Klägers in der Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000. Er sei zwar in dem ihm zugewiesenen Bereich weisungsfrei und eigenverantwortlich tätig gewesen, jedoch sei er am Stammkapital bis Ende 2000 nicht beteiligt gewesen. Dominierender Gesellschafter-Geschäftsführer sei der Vater des Klägers gewesen, weshalb dieser bis zum 31. Dezember 2000 kein Unternehmerrisiko getragen habe. Der Vater des Klägers habe jederzeit die Möglichkeit gehabt, den Kläger mehr einzubinden. Die Höhe des monatlichen Arbeitsentgelts von DM 7.679,00 habe nicht den halben Tariflohn unterschritten.

Der Kläger erhob Widerspruch. Das Fehlen einer eigenen Kapitalbeteiligung lasse allein nicht auf eine nichtselbstständige Beschäftigung schließen. Dies gelte insbesondere im Fall von Familienbindungen. Er sei nicht nur in dem ihm zugewiesenen Bereich weisungsfrei und eigenverantwortlich tätig gewesen. Die Vergütung sei als Indiz ungeeignet. Die Frage nach der Angemessenheit des Entgelts diene allein der Abgrenzung zur bloßen familienhaften Mithilfe. Hier seien die das Gesamtunternehmen betreffenden strategischen Entscheidungen gemeinsam mit dem Vater getroffen worden, sodass die betrieblichen Aufgaben familientypisch gleichberechtigt und arbeitsteilig aufgeteilt worden seien. Von Eingliederung in das Unternehmen und einer für abhängige Beschäftigung typische Weisungsgebundenheit könne nicht gesprochen werden.

Die Widerspruchsstelle der Beklagten erließ den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 08. Dezember 2006. Der Kläger habe in Gestalt eines festen Entgelts einen angemessenen Gegenwert für seine Arbeitsleistung erhalten. Er habe auch nicht im Sinne einer Sperrminorität Gesellschafterbeschlüsse verhindern können. Danach komme es auf die im Wesentlichen bestehende Weisungsfreiheit nicht an.

Mit der am 29. Dezember 2006 zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhobenen Klage verwies der Kläger auf sein bisheriges Vorbringen.

Die Beklagte trat unter Bezugnahme auf die angefochtenen Entscheidungen der Klage entgegen.

Das SG lud durch Beschluss vom 16. Januar 2007 die B. Bürokommunikation GmbH & Co. KG (Beigeladene zu 1), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 2) und die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 3), durch weiteren Beschluss vom 06. Juni 2007 die

Pflegekasse der Beklagten (Beigeladene zu 4) zum Verfahren bei. Die Beigeladene zu 3) schloss sich dem Vorbringen und dem Antrag der Beklagten an; die übrigen Beigeladenen äußerten sich nicht.

Durch Urteil vom 17. September 2007 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, der Kläger sei dem streitigen Zeit nicht an der Beigeladenen zu 1) beteiligt gewesen. Mithin habe er keine maßgeblichen unternehmenspolitischen Entscheidungen treffen oder maßgeblich beeinflussen können. Dem Vater als alleinigem Anteilsinhaber habe in jedem Fall Letztentscheidungsbefugnis zugestanden. Weisungsfreiheit im Rahmen des eigenen Aufgabenbereichs sei auch für eine herausgehobene Stellung als leitender Angestellter typisch. Dass er einem solchen gleichgestellt gewesen sei, ergebe sich aus der Provisionsvereinbarung (Stand 01. September 1999), wonach er vergleichbare Provisionen erhalten habe wie zwei andere EDV-Mitarbeiter. Ein bloßes Provisionseinkommen sei einem Verlustrisiko nicht gleichzusetzen. Im Übrigen wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Gegen das am 11. Oktober 2007 zugestellte Urteil hat der Kläger am 06. November 2007 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt er vor, das SG habe es unterlassen zu prüfen, ob die bestehenden vertraglichen Vereinbarungen in der Praxis tatsächlich auch umgesetzt worden seien. Denn maßgeblich seien die tatsächlichen Verhältnisse, die die zu beurteilende Tätigkeit prägten, wenn und soweit sie nur nicht zwingenden gesetzlichen Vorgaben widersprächen. Es sei rechtsfehlerhaft, sich im Wesentlichen, wenn nicht sogar ausschließlich, an den schriftvertraglichen Vorgaben zu orientieren. Sein Vater sei als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) seiner früheren Tätigkeit (dem Handel mit Büromaschinen) nachgegangen, wobei der Umsatz in diesem Bereich immer weiter zurückgegangen sei. Er (der Kläger) habe mit zwei weiteren geschulten Kollegen den gesamten Kundenstamm seines in Insolvenz gegangenen früheren Betriebs mitgebracht und sei seinem eigenen Bereich (Netzwerkebau und -administration, Softwarehandel im Wirtschaftsbereich u.ä.) nachgegangen. Hierdurch sei der Umsatz der Beigeladenen zu 1) binnen eines Jahres von DM 300.000,00 auf DM 1,2 Millionen gestiegen. Die Übertragung der Gesellschaftsanteile erst zum Januar 2001 sei darin begründet gewesen, dass ein möglichst umsatzschwaches Jahr wie das Jahr 2000 abgewartet werden sollte, um die Übertragungskosten geringer zu gestalten. Ebenso sei die Übernahme der formellen Organschaft bereits vor Februar 1995 nicht opportun gewesen, um gleichgerichtete Begehrlichkeiten der im Übrigen absolut gleichgestellten übernommenen Kollegen aus dem alten Betrieb von vornherein auszuschließen. Der Vater habe längst jeden Einfluss verloren und weitestgehend keinen Anteil am Unternehmen mehr genommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 17. September 2007 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 27. Oktober 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 08. Dezember 2006 festzustellen, dass er vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000 bei der Beigeladenen zu 1) nicht gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie vermag dem Berufungsvorbringen des Klägers keine neuen Gesichtspunkte zu entnehmen.

Die Beigeladenen haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

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

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist in der Sache nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil die Klage zu Recht abgewiesen und dargelegt, dass der Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 08. Dezember 2006 rechtmäßig ist. Der Kläger hat seine Tätigkeit im Unternehmen der Beigeladenen zu 1) vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000 als gesamtsozialversicherungspflichtig Beschäftigter ausgeübt.

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die nach [§ 28i Abs. 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle war im hier streitigen Zeitraum vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000 die Beklagte als Trägerin der Krankenversicherung. Da sie auf die entsprechende Anfrage des Klägers ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung der Sozialversicherungspflicht eingeleitet hat, scheidet das Anfrageverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) aus, für das die Beigeladene zu 3) zuständig wäre. Deren Zuständigkeit für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht, die eine Zuständigkeit der Beklagten ausschliesse, ergibt sich für den vorliegenden Fall noch nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Artikel 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I, S. 2954](#)). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder Geschäftsführer der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Nach [§ 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1](#) Buchstabe d SGB IV, eingefügt mit Wirkung vom 30. März 2005 durch Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d des Gesetzes zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht (Verwaltungsvereinfachungsgesetz) vom 21. März 2005 ([BGBl. I, S. 818](#)), müssen die Meldungen enthalten für jeden Versicherten insbesondere bei der Anmeldung die Angabe, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte oder Lebenspartner, seit 01. Januar 2008 auch als Abkömmling (erweitert durch Artikel 15 des Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetzes vom 19. Dezember 2007, [BGBl. I, S. 3024](#)) besteht. Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren ist bei Abkömmlingen damit erst bei Anmeldungen durchzuführen, die ab dem 01. Januar 2008 bei den Einzugsstellen erfolgen. Die Anmeldung des Klägers erfolgte vor dem 01. Januar 2008, nämlich mit Beginn der jetzigen Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) zum 01. August 1991.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs ([SGB VI], bis zum 31. Dezember 1991 [§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1](#) des Angestelltenversicherungsgesetzes), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des

Sozialgesetzbuch (SGB III) bis zum 31. Dezember 1997 § 168 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes) sowie ab 01. Januar 1995 in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 16).

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

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

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

Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die streitige Zeit vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000 nach den abgeschlossenen Verträgen, insbesondere nach dem im Jahre 1991 geschlossenen Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beigeladenen zu 1). Trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung der Tätigkeit überwiegen aus den im Folgenden darzulegenden Gründen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Schon das Vertragsverhältnis aufgrund des im Jahre 1991 geschlossenen Arbeitsvertrags zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) erlaubt eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Dieser Arbeitsvertrag enthält typische Regelungen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Nach dem Arbeitsvertrag erhielt der Kläger ein regelmäßiges monatliches Bruttoentgelt DM 3.500,00. Hinzu kamen die Provisionsansprüche aufgrund der Provisionsvereinbarungen Stand 01. August 1991 und 01. September 1999, auf die im Übrigen auch die anderen Beschäftigten der Beigeladenen zu 1) Anspruch hatten. Eine Bestimmung, dass die Vergütungsbestandteile insgesamt oder auch nur einzelne von der Ertragslage der Beigeladenen zu 1) abhängig sind, enthalten weder der Arbeitsvertrag noch die Provisionsvereinbarungen. Der Arbeitsvertrag ferner enthält Regelungen zur wöchentlichen Arbeitszeit (38 Stunden) und zum Urlaubsanspruch des Klägers (30 Arbeitstage).

Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen zu dem Arbeitsvertrag rechtlich nicht ernst gemeint ([§ 118](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches [BGB]) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts ([§ 117 BGB](#)) abgegeben worden wären. Es mag sein, dass für den Abschluss des Arbeitsvertrags andere als sozialversicherungsrechtliche Gründe maßgebend waren. Dies erfordert es aber nicht, ihn bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition des Klägers, die Wirkungen eines wirksamen Vertrags nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 20). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.). Schon aus diesem Grund vermag auch die Behauptung, der Vertrag sei nicht gelebt worden, nicht durchzugreifen. Des Weiteren ist im vorliegenden Fall eine formlose Abbedingung der entsprechenden Abreden des schriftlichen Arbeitsvertrags durch schlüssiges Verhalten auch nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da sich die vertraglichen Vereinbarungen erschöpfend aus diesem Vertrag ergeben und Vertragsänderungen nach Nr. 9 Satz 3 des Arbeitsvertrags der Schriftform bedürfen, eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarung also unwirksam ist.

Darüber hinaus ist die Tätigkeit des Klägers vom 01. August 1991 bis 31. Dezember 2000 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt worden. Der Kläger erhielt zunächst ein regelmäßiges monatliches Bruttoentgelt von DM 3.500,00 zuzüglich Provisionen bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38 Stunden und einem Urlaubsanspruch von "betriebsüblich" 30 Arbeitstagen. Dies entspricht der Regelung bei abhängig Beschäftigten. Das monatliche Bruttoentgelt stellt nicht nur ein geringfügiges Taschengeld dar, sondern vielmehr den Gegenwert für die Arbeit, die der Kläger im Unternehmen der Beigeladenen zu 1) verrichtete. Aus dem Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe verbucht wurde, wurden Steuern und Gesamtsozialversicherungsbeiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung abgeführt. Die Verbuchung des gezahlten Arbeitsentgelts als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist jedoch ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (vgl. schon BSG [SozR Nr. 22 zu § 165 RVO](#)). Es hat kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger prüfen zu lassen, auch nicht nach der Bestellung zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 08. Februar 1995.

Das gezahlte Entgelt war unabhängig von der Ertragslage und dem Gewinn der Beigeladenen zu 1). Mithin war nicht beabsichtigt - abgesehen von leistungsorientierten Tantiemen -, den Kläger über das von ihm bezogene Entgelt auch nur ansatzweise und geringfügig am Gewinn oder Verlust des Unternehmens zu beteiligen, zumal dies, wie dargelegt, auch im Arbeitsvertrag nicht vereinbart war. Damit aber war der Kläger nicht am - im Sinne des vom Senat regelmäßig wesentlich gewichteten Kriteriums - Unternehmerrisiko beteiligt. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - RdNr. 26). Wenn in finanzieller Hinsicht eine formale Beteiligung - hier an der Gesellschaft - fehlt, setzt die Annahme eines Unternehmerrisikos jedenfalls voraus, dass eine für eine abhängige Beschäftigung unübliche Vereinbarung oder tatsächliche Handhabung der Gestalt und Zahlung der Vergütung bestünde, die den Schluss zuließe, dass möglicherweise bei entsprechend schlechter wirtschaftlicher Lage des Unternehmens die Vergütungsforderung in der bisherigen Höhe nicht durchgesetzt werden könne. Dies ist bei einer gleichbleibenden und vom Ertrag des Unternehmens unabhängigen Vergütung nicht der Fall. Dass der zukünftige längerfristige Erfolg des Unternehmens von den Fähigkeiten und dem Engagement des Klägers abhing, unterscheidet die Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die sich unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge für das Fortkommen des Unternehmens einsetzen.

Gegenüber diesen fixen Entgeltbedingungen vermag der Kläger seinen Anteil an den unternehmerischen Dispositionen nicht entscheidend ins Feld zu führen. Zwar mag das Gedeihen der Beigeladenen zu 1) insbesondere nach der Übernahme der alleinigen Geschäftsführung mit dem 08. Februar 1995 tatsächlich wesentlich auf seinem Arbeitseinsatz beruht haben. All dies hat sich aber im Rahmen der Unternehmerschaft des Vaters vollzogen, der auch alleiniger Träger des Insolvenzrisikos geblieben ist. Der Vater als alleiniger Kommanditist und alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH hatte es in der Hand, als alleiniger Unternehmer hindernd in die Freiheiten des Klägers einzugreifen und diesen damit im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn der Vater aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers dies weitgehend unterlassen hat, unterscheidet sich die Situation nicht wesentlich von derjenigen eines geschäftsführenden Minderheitsgesellschafters, dem von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht freie Hand gelassen wird (vgl. hierzu BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Dass wegen der familiären Beziehungen auf die Regelung typisch arbeitsrechtlicher Fragen wie Entgeltfortzahlung oder Kündigung verzichtet wird, vermag nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen. Größere Freiheiten von Familienangehörigen sind bei der hier ganz im Vordergrund stehenden Vereinbarung eines festen Entgelts ohne Gewinn- oder Verlustrisiko unschädlich (vgl. nochmals bereits BSG [SozR Nr. 22 zu § 165 RVO](#)).

Unter diesen Umständen kommt es auf den Hinweis, die Übertragung der Gesellschaftsanteile auf den Kläger erst zum Januar 2001 sei darin begründet gewesen, dass wegen der Übertragungskosten ein möglichst Umsatzschwaches Jahr abgewartet werden sollte, nicht wesentlich an. Erst (und nicht schon mit der Übernahme der Geschäftsführung im Februar 1995) mit diesem Übertragungsakt wurde zum Ausdruck gebracht, dass der Kläger das Risiko des Misserfolgs der Beigeladenen zu 1) mittragen sollte. Bis dahin hat der Vater die alleinige Rechtsmacht inne gehabt. Er allein hat mit seinen Anteilen für die Verbindlichkeiten des Unternehmens gehaftet. Er hatte auch die tatsächliche Rechtsmacht, unabhängig davon, ob er hiervon Gebrauch gemacht hat, andere unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Deshalb ist ein Ausnahmefall, dass trotz fehlender Kapitalbeteiligung an einer GmbH ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht anzunehmen ist, nicht gegeben. Der Kläger konnte die Geschäfte der Beigeladenen zu 1) nicht nach eigenem Gutdünken führen.

Das Kriterium der Weisungsgebundenheit hilft nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. So ist insbesondere die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei hochqualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Hierzu gehört die Leitung eines Bereichs eines Unternehmens, wie dies der Kläger im Betrieb des Beigeladenen zu 1) im EDV-Bereich ausübte. Zudem kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Auch der selbstständige Auftragnehmer (z.B. Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu seinem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

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

Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-10-19