

L 5 KR 990/07

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen

S 9 KR 3628/06

Datum

13.12.2006

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 KR 990/07

Datum

19.11.2008

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

1. Die Berufung der Beigeladenen Ziff. 1 und 2 gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 13. Dezember 2006 ([S 9 KR 3628/06](#)) wird zurückgewiesen.

Die Beigeladenen Ziff. 1 und 2 tragen die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen Ziff. 4 und 5.

Der Streitwert wird für die Berufung der Beigeladenen Ziff. 1 und 2 auf 55.974,86 EUR festgesetzt.

2. Die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 und 3 gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 13. Dezember 2006 ([S 9 KR 3630/06](#)) wird zurückgewiesen.

Die Beigeladenen Ziff. 2 und 3 tragen die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten Beigeladenen Ziff. 4 und Ziff. 5.

Der Streitwert wird für die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 und 3 auf 83.547,43 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten steht im Streit, ob der Beigeladene Ziff. 1 (St. E.) und der Beigeladene Ziff. 3 (M. E.) in der Vergangenheit versicherungspflichtig beschäftigt waren.

I.

Der 1970 geborene Beigeladene Ziff. 1 (St. E.) hatte nach seinem Abitur zunächst einige Semester studiert und nach Abbruch des Studiums anschließend eine Lehre zum Zimmerer absolviert und abgeschlossen. Er ist seit dem 2. Mai 1997 im Dachdeckerbetrieb seines Vaters, der damaligen Fa. W. E. (Beigeladene Ziff. 2), tätig.

Der 1963 geborene Beigeladene Ziff. 3 (M. E.) absolvierte in der Zeit vom 1. April 1982 bis 30. April 1984 im Betrieb seines Vaters (Beigeladener Ziff. 2) eine Ausbildung zum Dachdecker. Vom 8. Mai 1984 bis 31. Dezember 1986 war er dort als Dachdeckergeselle tätig und seit dem 22. Mai 1989 ist er als Dachdeckermeister im Betrieb tätig.

Bei der Beigeladenen Ziff. 2 handelte es sich um ein Einzelunternehmen, dessen Gegenstand die Dachdecker-, Wand- und Abdichtungstechnik ist. Seit 18. April 1989 ist für diesen Betrieb W. E. (Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3) in die Handwerksrolle eingetragen. Eine Eintragung der Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 in die Handwerksrolle ist erst zum 1. Januar 2007 erfolgt. Zwischenzeitlich handelt es sich nunmehr (seit 1. Januar 2007) um die E. und Söhne GbR, an der die Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 jeweils mit 25% beteiligt sind.

An der Firma waren der Beigeladene Ziff. 1 und der Beigeladene Ziff. 3 über eine so genannte stille Gesellschaft finanziell beteiligt. Diese war zum 1. Januar 1978 mit dem Beigeladenen Ziff. 1, dem Beigeladenen Ziff. 3 sowie Barbara Appenhaus, der Schwester der Beigeladenen Ziff. 1 und 3, begründet worden. Die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 sind beide jeweils in Höhe einer Einlage von 120.000,- DM (bzw. 61.355,03 EUR) an der stillen Gesellschaft beteiligt. Darüber hinaus hatten der Beigeladene Ziff. 1, der Beigeladene Ziff. 3 sowie die Mutter der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 (Doris E.) und die Schwester der Beigeladenen (Barbara Appenhaus) mit Bürgschaftsvertrag vom 7. Juni 1994 eine selbstschuldnerische Bürgschaft für die Sicherung von Ansprüchen der Volksbank A. gegen die Fa. W. E. in Höhe von 1,1 Millionen DM

übernommen. Mit Schreiben vom 10. Juli 1996 bestätigte die Volksbank A. gegenüber der Mutter der Beigeladenen, dass diese Bürgschaft gegenstandslos geworden sei. Die Bürgschaftsurkunde wurde entwertet zurückgereicht. Nach eigenen Angaben hat der Beigeladene Ziff. 1 der Firma darüber hinaus ein Darlehen in Höhe von 16.332,62 EUR und der Beigeladene Ziff. 3 ein Darlehen in Höhe von 22.929,05 EUR gewährt (siehe jeweils Feststellungsbogen Bl. 39 der Beklagtenverwaltungsakte -VA- betreffend Beigeladenen Ziff. 1 bzw. Bl. 59 VA betreffend Beigeladenen Ziff. 3).

II.

Im August 2005 beantragte der Beigeladene Ziff. 1 (St. E.) gegenüber den betroffenen Einzugsstellen (Techniker Krankenkasse, Beklagte Ziff. 3, für den Zeitraum 2. Mai 1997 bis 31. August 1997; IKK, Beklagte Ziff. 2, für den Zeitraum vom 1. September 1997 bis 31. Dezember 2000 und mhplus Betriebskrankenkasse, Beklagte Ziff. 1, für den Zeitraum seit 1. Januar 2001) die Feststellung, dass seine Tätigkeit bei der Beigeladenen Ziff. 2 seit 2. Mai 1997 sozialversicherungsfrei sei. Er füllte hierzu den Feststellungsbogen zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung zwischen Angehörigen aus. Er gab in dem Zusammenhang u. a. an, dass ohne seine Mitarbeit eine andere Arbeitskraft hätte eingestellt werden müssen, im Falle von Arbeitsunfähigkeit für sechs Wochen im Rahmen der Lohnfortzahlung das Arbeitsentgelt fortgezahlt worden wäre, er u. a. auch Anspruch auf Weihnachtsgeld als Teil des 13. Monatsgehaltes, Urlaubsgeld mit 25 % Zuschlag gehabt habe, vom Arbeitsentgelt Lohnsteuer entrichtet und das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe gebucht worden sei (Bl. 37 VA, Beigeladener Ziff. 1). Im Rahmen der Antragstellung gab der Bevollmächtigte des Beigeladenen Ziff. 1 noch an, der Vater des Beigeladenen Ziff. 1 sei Dachdeckermeister und betreibe in vierter Generation mit seinen Söhnen den Meisterbetrieb für Dach-, Wand- und Abdichtungstechnik. Zur Vorbereitung der Unternehmensnachfolge sei der Sohn M. (Beigeladener Ziff. 3), der ebenfalls Dachdeckermeister sei, im Mai 1989 in den Betrieb eingestiegen. Ebenfalls zur Vorbereitung der Unternehmensnachfolge und zur Erweiterung der Produktpalette der Firma sei der Sohn St. (Beigeladener Ziff. 1) im Mai 1997 in den Betrieb eingestiegen. Der Beigeladene Ziff. 1 sei Zimmermann. Er allein habe die Kenntnisse für die Zimmererarbeiten und sei für diesen Produktbereich allein verantwortlich. Seither könne die Firma auch Holzbau und Dachgauben anbieten. Aus steuerlichen Gründen seien die Söhne am Betrieb bislang nur in Form einer stillen Gesellschaft beteiligt. Der Betrieb sollte aber in absehbarer Zeit auf die Söhne übertragen werden. Da der Betrieb nicht immer über die Liquidität für die Auszahlung der Gewinnanteile oder Gehälter verfüge, existierten mittlerweile mehrere Darlehen der Söhne gegenüber dem Betrieb. Im Jahr 1996 habe der Betrieb erhebliches Kapital für den Neubau des Geschäftshauses und der Werkstatt benötigt. Daher hätten u. a. die beiden Söhne (Beigeladene Ziff. 1 und 3) eine selbstschuldnerische Bürgschaft gegeben. Die Bürgschaftsurkunde sei zwischenzeitlich jedoch zurückgegeben worden.

Ebenfalls im August 2005 beantragte auch der Beigeladene Ziff. 3 bei der Beklagten Ziff. 1 die Feststellung, dass seine Tätigkeit bei der Fa. E. sozialversicherungsfrei sei. Auch er füllte diesbezüglich einen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen aus. Seine Angaben entsprechen den oben dargestellten Angaben des Beigeladenen Ziff. 1. Er hat auch in gleicher Weise ergänzend noch entsprechend wie der Beigeladene Ziff. 1 vorgetragen.

III.

Mit Bescheiden vom 23. September 2005 stellte die Beklagte Ziff. 1 (mhplus BKK) gegenüber dem Beigeladenen Ziff. 1 fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 bei der Beigeladenen Ziff. 2 (Fa. W. E.) seit 1. Januar 2001 (Beginn der Versicherung bei der Beklagten Ziff. 1) sozialversicherungsfrei sei und gegenüber dem Beigeladenen Ziff. 3 stellte die Beklagte Ziff. 1 ebenfalls fest, dass seine Tätigkeit bei der Beigeladenen Ziff. 2 nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Zur Begründung führte die Beklagte Ziff. 1 in beiden Fällen aus, die Tätigkeit werde nicht aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeführt. Die Beigeladenen Ziff. 1 bzw. 3 seien nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert und nicht an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit gebunden. Die Mitarbeit sei durch ein gleichberechtigtes Miteinander zum Betriebsinhaber geprägt. Es sei weder ein Urlaubsanspruch noch eine Kündigungsfrist vereinbart. Die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 seien jeweils mit einem Betrag von 61.355,03 EUR am Betrieb beteiligt, darüber hinaus hätten beide eine Bürgschaft in Höhe von 561.421,07 EUR (1,1 Millionen DM) übernommen und der Beigeladene Ziff. 1 ein Darlehen in Höhe von 16.332,62 EUR bzw. der Beigeladene Ziff. 3 ein Darlehen in Höhe von 22.929,05 EUR gewährt.

Die IKK (Beklagte Ziff. 2) schloss sich mit Schreiben vom 14. Oktober 2005 (Bl. 168 VA Beklagte Ziff. 2 bezüglich Beigeladener Ziff. 1) der Beurteilung der Beklagten Ziff. 1 an, wobei bei ihr bezüglich des Beigeladenen Ziff. 1 der Zeitraum 1. September 1997 bis 31. Dezember 2000 und bezüglich des Beigeladenen Ziff. 3 der Zeitraum 1. September 1995 bis 31. Dezember 2000 betroffen war.

Die TKK (Beklagte Ziff. 3) stellte mit Bescheid vom 14. Oktober 2005 (Bl. 2/1 VA Beklagte Ziff. 3 zum Beigeladenen Ziff. 1) fest, dass der Beigeladene Ziff. 1 für den Zeitraum vom 2. Mai 1997 bis 31. August 1997 nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Hierbei führte die Beklagte Ziff. 3 bezogen auf den Beigeladenen Ziff. 1 noch aus, dafür spreche, dass kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliege, der Beigeladene Ziff. 1 keine fremde Arbeitskraft ersetze und ihm kein ortsübliches Arbeitsentgelt gezahlt werde. Darüber hinaus sei er hinsichtlich der Ausübung seiner Arbeit an keine Weisungen gegenüber dem Betriebsinhaber gebunden. Er sei nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert, sondern wirke an der Führung des Betriebes mit.

Die Bescheide der Beklagten Ziff. 1 vom 23. September 2005 und der Beklagten Ziff. 2 und Ziff. 3 jeweils vom 14. Oktober 2005 wurden zunächst der Deutschen Rentenversicherung Bund Ende November 2005 im Rahmen der geltend gemachten Erstattungsforderung hinsichtlich geleisteter Rentenversicherungsbeiträge bekannt gegeben. Bei der Klägerin, der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg, gingen die genannten Bescheide am 15. Dezember 2005 ein.

Die Klägerin legte gegenüber den beklagten Krankenkassen (Ziff. 1 bis 3) ihre Rechtsauffassung dar, wonach sie davon ausgehe, dass in den streitigen Zeiträume eine abhängige und damit rentenversicherungspflichtige Beschäftigung vorgelegen habe. Die Beigeladene Ziff. 3 hat aufgrund dessen ihre Auffassung zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Beigeladenen Ziff. 1 geändert, hält sich jedoch aufgrund des Vertrauensschutzes des Beigeladenen Ziff. 1 für an ihre Entscheidung gebunden (Schreiben der Beklagten Ziff. 3 vom 4. Juli 2006, Bl. 54 VA Beklagte Ziff. 3). Die Beklagten Ziff. 1 und Ziff. 2 sind bei ihrer Auffassung geblieben.

IV.

Daraufhin hat die Klägerin am 1. August 2006 im Falle des Beigeladenen Ziff. 1 gegen die Beklagten Ziff. 1 bis 3 Klage vor dem Sozialgericht (SG) Karlsruhe (Az. [S 9 KR 3628/06](#)) sowie bezüglich des Beigeladenen Ziff. 3 gegen die Beklagten Ziff. 1 und 2 ebenfalls Klage vor dem SG Karlsruhe erhoben (Az. [S 9 KR 3630/06](#)).

Zur Begründung ihrer Klage betreffend den Beigeladenen Ziff. 1 hat die Klägerin vorgetragen, nach ihren Unterlagen habe der Beigeladene Ziff. 1 nach Abschluss der Ausbildung zum Zimmerer 1994 bis 1996 und anschließender neunmonatiger Tätigkeit im Ausbildungsberuf ab dem 2. Mai 1997 im väterlichen Dachdeckerbetrieb angefangen zu arbeiten und dort den Aufgabenbereich des Zimmerers übernommen. Die steuerrechtliche Behandlung als Arbeitsverhältnis stelle ein Indiz für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung dar. Die regelmäßig gezahlten Bruttoarbeitsentgelte, die sich in den Jahren 1997 bis 2000 im Durchschnitt auf monatlich 4.500 DM belaufen hätten, stellten einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit dar und gingen mithin über einen freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten weit hinaus. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen stehe darüber hinaus nicht entgegen, dass die Abhängigkeit innerhalb der Familie weniger stark ausgeprägt sei und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werde. Nachvollziehbar sei auch, dass der Beigeladene Ziff. 1 aufgrund besonderer Fachkenntnisse eigenverantwortlich mit bestimmten Aufgaben betraut sei. Dennoch leiste er fremdbestimmte Arbeiten, denn er sei wie die übrigen Mitarbeiter in den Betrieb eingebunden. Letztlich unterliege die Koordination aller Arbeiten und die Verantwortung gegenüber dem Kunden dem Betriebsinhaber. Der Beigeladene Ziff. 1 trage keinerlei Unternehmerrisiko, da keine eigene oder beteiligte Betriebsstätte vorhanden sei. Für eine Beurteilung als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis spreche auch, dass die bevollmächtigte Steuerberaterin gegenüber der Techniker Krankenkasse (Beklagte Ziff. 3 im Parallelverfahren) mitgeteilt habe, dass der Beigeladene Ziff. 1 zur Vorbereitung der Unternehmensnachfolge in den Betrieb eingestiegen sei. Eine rechtliche Übergabe des Betriebes sei bis heute nicht erfolgt. Weitere Indizien für die Arbeitnehmereigenschaft seien die soziale Absicherung bei Arbeitsunfähigkeit in Form von Fortzahlung des Arbeitsentgelts und die Gewährung jährlicher Sonderzuwendungen in Form von Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Die Mitunterzeichnung der selbstschuldnerischen Bürgschaft könne nicht allein ausschlaggebend für die Beurteilung einer selbständigen Tätigkeit sein, zumal die Banken regelmäßig zur Sicherung von Rückzahlungen eines Darlehens Familienangehörige mitunterschreiben ließen. Im Übrigen sei die Bürgschaft bereits am 10. Juli 1996 wieder gegenstandslos geworden. Eine Darlehensgewährung sei zwar für einen Arbeitnehmer untypisch, widerspreche aber nicht zwangsläufig der Arbeitnehmereigenschaft. Die Rechte und Pflichten des Beigeladenen Ziff. 1 als stiller Gesellschafter beschränkten sich ausschließlich auf das Innenverhältnis. Der stille Gesellschafter nehme am Verlust bis zur Höhe seiner Einlage teil. Grundsätzlich habe ein stiller Gesellschafter nur Kontrollrechte, jedoch keine Mitbestimmungsrechte. Die finanzielle Unterstützung der Einzelfirma über die stille Gesellschaft geschehe nicht aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit heraus, sondern aufgrund familiärer Beziehungen und/oder auch aus steuerlichen Gründen.

Im Wesentlichen im gleichen Sinne hat die Klägerin auch in dem Verfahren betreffend den Beigeladenen Ziff. 3 vorgetragen und ergänzend noch darauf verwiesen, dass etwa im Zeitraum vom 2. September 1991 bis 1. Dezember 1991 sowie im Zeitraum vom 23. Dezember 2004 bis 30. Dezember 2004 die Beschäftigung beim Beigeladenen Ziff. 3 durch den Bezug von Krankengeld unterbrochen worden sei. Ganz selbstverständlich seien diese Leistungen in der Vergangenheit aufgrund der vorherigen Zahlung von Beschäftigten-Pflichtbeiträgen beantragt worden. Diese Tatsache spreche für einen Motivwechsel. Von der irrtümlichen Beurteilung als Beschäftigter könne daher keine Rede sein.

Die Klägerin legte in dem Zusammenhang noch den Bescheid Beigeladenen Ziff. 4 (AOK Baden-Württemberg) vom 13. September 2006 vor, wonach diese die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 3 für den Zeitraum vom 1. September 1982 bis 15. August 1988 und vom 22. Mai 1989 bis 31. August 1995 als sozialversicherungspflichtig beurteilte.

Die Beklagte Ziff. 1 ist dem entgegen getreten und hat u. a. geltend gemacht, die steuerrechtliche Behandlung des Arbeitsentgeltes habe nur untergeordnete Indizwirkung für die Sozialversicherungspflicht. Die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 (St. E.) sei von familiärer Verbundenheit geprägt. Zu berücksichtigen sei auch, dass er seine Tätigkeit weitgehend eigenverantwortlich ausübe, da er als einziger Zimmerer im Betrieb das notwendige Fachwissen und die notwendige Erfahrung mitbringe, um die Tätigkeit auf der Baustelle und in der Werkstatt selbstständig auszuüben. Aufgrund der langjährigen Tätigkeit im Familienbetrieb sei davon auszugehen, dass er das Unternehmen in diesem Bereich wie sein eigenes führe. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass das Unternehmen erst seit der Arbeitsaufnahme des Beigeladenen Ziff. 1 auch Holzbau und Dachgauben anbieten könne. Das Weisungsrecht sei aufgrund der familiären Verbundenheit nur noch so gering ausgeprägt, dass es keinen Ausschlag zur Annahme einer Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne geben könne. Angesichts der Abhängigkeit des gezahlten Gehalts von der Ertragskraft des Unternehmens sei die Gehaltszahlung an den Beigeladenen Ziff. 1 als Unternehmerrisiko zu bewerten. Sollte das Unternehmen in Insolvenz fallen, so falle auch der Beigeladene Ziff. 1 mit seinen Gehaltsforderungen aus. Das Unternehmerrisiko bestehe schließlich auch durch das von den Beigeladenen Ziff. 1 gegebene Darlehen sowie die Beteiligung am Unternehmen durch die stille Gesellschaft.

In dem Zusammenhang hat die Beklagte Ziff. 1 hinsichtlich des Beigeladenen Ziff. 3 noch darauf verwiesen, dass seine Tätigkeit ebenfalls weitgehend eigenverantwortlich von ihm ausgeübt werde und er auch als Dachdeckermeister die erforderlichen Kenntnisse hierfür habe. Es sei auch hier davon auszugehen, dass das Weisungsrecht im Rahmen der familiären Verbundenheit nur noch so gering ausgeprägt sei, dass es keinen Ausschlag zur Annahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung geben könne.

Die Beklagte Ziff. 3 hat noch ergänzend vorgetragen, da der Beigeladene Ziff. 1 lediglich von 2. Mai 1997 bis 31. August 1997 Mitglied bei ihr gewesen sei, sei ihre Entscheidung mit Bescheid vom 14. Oktober 2005, dass er seit dem 2. Mai 1997 selbstständig tätig gewesen sei, für die Zeit ab dem 1. September 1997 mangels sachlicher Unzuständigkeit zwingend aufzuheben. Weiter hat sie ausgeführt, ob die Klägerin die versicherungsrechtliche Situation des Beigeladenen Ziff. 1 zutreffend beurteile, solle einstweilen nicht näher vertieft werden. Jedenfalls könne die Beklagte Ziff. 3 die Entscheidung aus verfahrensrechtlichen Gründen gegenüber dem Beigeladenen Ziff. 1 nicht zurücknehmen.

Im Verfahren betreffend den Beigeladenen Ziff. 1 hat der Bevollmächtigte für den Beigeladenen Ziff. 1 und die Beigeladene Ziff. 2 zum einen schon Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage geäußert. Des Weiteren hat der Bevollmächtigte geltend gemacht, das Finanzamt ziehe die Ernsthaftigkeit auch mündlich abgeschlossener Arbeitsverträge nur dann in Zweifel, wenn überhaupt Zweifel angebracht seien. Da im vorliegenden Fall jedoch über Jahre hinweg Lohnabrechnungen erstellt worden seien, aus denen sich die korrekte Steuer ergebe und auch der Nachweis der tatsächlichen Zahlung gegeben sei, seien keine Zweifel geäußert worden. Auch die Ausführungen der Klägerin zur Darlehensgewährung und zur Hingabe von Bürgschaften seien nicht überzeugend. Die von der Klägerin geschilderte Praxis der Banken habe

durch die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) erhebliche Einschränkungen erfahren, sodass gerade Banken Gefahr liefen, unwirksame Verträge mit mithaftenden Darlehensnehmern oder Bürgen zu schließen, wenn diese kein eigenes Interesse an der Darlehensgewährung hätten. Außerdem sei die erhaltene Vergütung im Übrigen nicht angemessen. Vielmehr seien höchstens zwei Drittel der tatsächlich geleisteten Arbeit vergütet worden. Dies spiegele das unternehmerische Handeln des Beigeladenen Ziff. 1 wieder. Aus der Verbuchung als Betriebsausgabe könne darüber hinaus nichts hergeleitet werden. Auch Bezüge von Vorständen einer Aktiengesellschaft oder Geschäftsführer einer Gesellschaft würden im Rahmen der Bilanz als Betriebsausgabe gebucht. Eine Eintragung in die Handwerksrolle sei bisher nicht erfolgt. Eine solche sei erst nach Übergabe des Betriebes auf den Beigeladenen Ziff. 1 bzw. Beigeladenen Ziff. 3 vorgesehen. Zur Zeit sei eine Eintragung in die Handwerksrolle nicht veranlasst worden, da diese unnötige Kosten in Höhe von 600 EUR bedingen würde.

Das SG hat beide Klage gemeinsam verhandelt und im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2006 die Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 angehört bzw. als Zeugen vernommen. Wegen des Inhalts ihrer Angaben wird auf das Protokoll insoweit Bezug genommen.

V.

Mit Urteilen vom 13. Dezember 2006 hat das SG bezüglich des Beigeladenen Ziff. 1 den Bescheid der Beklagten Ziff. 1 vom 23. Dezember 2005 aufgehoben, soweit er die Versicherungsfreiheit des Beigeladenen Ziff. 1 in der gesetzlichen Rentenversicherung seit 1. Januar 2001 feststellt, den Bescheid der Beklagten Ziff. 2 vom 14. Oktober 2005 aufgehoben, soweit sich die Beklagte Ziff. 2 darin der Feststellung der Beklagten Ziff. 1 hinsichtlich der Rentenversicherungsfreiheit des Beigeladenen Ziff. 1 anschließt, den Bescheid der Beklagten Ziff. 3 vom 14. Oktober 2005 aufgehoben, soweit er die Rentenversicherungsfreiheit des Beigeladenen Ziff. 1 im Zeitraum 2. Mai 1997 bis 31. August 1997 feststellt, und festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 bei der Fa. W. E. (Beigeladene Ziff. 2) seit 2. Mai 1997 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung ist. Das SG hat die Beklagte Ziff. 1 weiter verurteilt, bisher noch nicht eingezogene Rentenversicherungsbeiträge für den Beigeladenen Ziff. 1 einzuziehen und die seit 1. Januar 2001 eingezogenen Beiträge an die Klägerin weiterzuleiten. Das SG hat ferner betreffend den Beigeladenen Ziff. 3 ebenfalls den Bescheid der Beklagten Ziff. 1 vom 23. September 2005 aufgehoben, soweit er die Versicherungsfreiheit des Beigeladenen Ziff. 2 in der gesetzlichen Rentenversicherung feststellt, den Bescheid der Beklagten Ziff. 2 vom 14. Oktober 2005 aufgehoben, soweit sich die Beklagte Ziff. 2 darin der Feststellung der Beklagten Ziff. 1 hinsichtlich der Rentenversicherungsfreiheit des Beigeladenen Ziff. 3 anschließt, und festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 3 in der Fa. E. (Beigeladene Ziff. 2) seit 1. September 1995 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung ist. Ferner hat das SG die Beklagte Ziff. 1 verurteilt, bisher noch nicht eingezogene Rentenversicherungsbeiträge für den Beigeladenen Ziff. 3 einzuziehen und die seit 1. Januar 2001 eingezogenen Beiträge an die Klägerin weiterzuleiten.

Das SG hat zur Begründung in beiden Verfahren ausgeführt: 1. Zunächst sei die von der Klägerin als kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage erhobene Klage statthaft. Die Klägerin sei auch klagebefugt, weil sie als Rentenversicherungsträger durch die angefochtenen Bescheide beschwert sei soweit die Beklagten die Rentenversicherungsfreiheit der Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 festgestellt hätten. Es sei hier zwar möglicherweise fraglich, ob die Beklagten der Klägerin den angefochtenen Verwaltungsakt jeweils überhaupt im Sinne des [§ 37 Abs. 1 SGB X](#) bekannt gegeben hätten. Jedenfalls aber sei die Klägerin schon dadurch beschwert, dass aufgrund der angefochtenen Bescheide die Beklagte Ziff. 1 als Einzugsstelle seither keine Rentenversicherungsbeiträge der Beigeladenen mehr eingezogen habe. Das BSG habe auch an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach die übrigen Versicherungsträger Verwaltungsakte der Einzugsstellen hinsichtlich Versicherungspflicht und Beitragshöhe mit der Aufhebungsklage anfechten könnten (Urteil vom 1. Juli 1999 - [B 12 KR 2/99 R](#) - in SozR 3-2400 § 28 h Nr. 9, [BSGE 84, 136](#) ff.; BSG Urteil vom 27. September 1961, [BSGE 15, 118](#) ff. SozR Nr. 2 zu § 1399 RVO). Der Durchführung eines Vorverfahrens habe es im Übrigen gemäß [§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) nicht bedurft. Die Anfechtungsklage sei auch nicht wegen Versäumung der Klagfrist unzulässig. Offen bleiben könne hier letztlich, ob überhaupt eine wirksame Bekanntgabe der angefochtenen Bescheide gegenüber der Klägerin erfolgt sei, denn jedenfalls hätten die Bescheide gegenüber der Klägerin keine zutreffende Rechtsbehelfsbelehrung mit dem Hinweis auf die gemäß [§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGG](#) sofort gegebene Klagemöglichkeit enthalten, sodass bei Annahme einer Bekanntgabe im Sinne des [§ 37 Abs. 1 SGB X](#) die Jahresfrist des [§ 66 Abs. 2 SGG](#) gelaufen sei. Die Jahresfrist sei bei Klageerhebung am 1. August 2006 im Übrigen auf jeden Fall gewahrt gewesen, da die Beklagte Ziff. 2 der Klägerin die angefochtenen Bescheide erstmals am 14. Dezember 2005 übersandt habe. Die mit der Anfechtungsklage kombinierte Feststellungsklage sei ebenfalls zulässig. Das für die Erhebung der Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse gemäß [§ 55 Abs. 1 SGG](#) liege vor, weil die Klägerin Einfluss auf Entscheidungen der Einzugsstelle über die Versicherungs- und Beitragspflicht haben müsse (Hinweis auf Urteil des BSG vom 1. Juli 1999 [aaO](#)).

2. Das SG hat die Klagen auch als begründet erachtet, da die angefochtenen Bescheide insoweit rechtswidrig seien, als sie die Versicherungsfreiheit der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 in der gesetzlichen Rentenversicherung festgestellt hätten. Der Beigeladene Ziff. 1 sei nach Auffassung des SG seit Aufnahme der Beschäftigung bei der Beigeladenen Ziff. 2 am 2. Mai 1997 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung, da er eine abhängige Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt im Sinne von [§ 7 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) ausübe. Ebenso sei der Beigeladene Ziff. 3 seit Aufnahme der Beschäftigung bei der Beigeladenen Ziff. 2 als Dachdeckermeister am 22. Mai 1989 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung, da er auch über den 21. Mai 1989 hinaus eine abhängige Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ausübe. Das SG hat im Weiteren darauf verwiesen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BSG eine Beschäftigung voraussetze, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig sei (zuletzt BSG Urteil vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -). Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei das der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert sei und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege (BSG Urteil vom 25. Januar 2006 [aaO](#)). Demgegenüber sei die selbständige 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 (Verweis auf Urteil des BSG vom 25. Januar 2006). Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig sei, hänge davon ab, welche Merkmale überwiegen würden. Maßgebend sei dabei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Soweit die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen abweichen würden, würden die letzteren den Ausschlag geben (mit Hinweis auf weitere Rechtsprechung des BSG sowie auch den Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts - BVerfG - vom 20. Mai 1996 - 1 BVR 21/96 - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#) zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung). Nach den genannten Grundsätzen sei auch bei einem Beschäftigungsverhältnis zwischen Familienangehörigen die Arbeitnehmereigenschaft zu prüfen und auszuschließen, dass der Familienangehörige Mitunternehmer sei oder seine Tätigkeit lediglich eine familienhafte Mithilfe darstelle (mit Hinweis auf Urteil des BSG vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses stehe grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen

weniger stark ausgeprägt sei und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werde (BSG aaO). Die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und familienhafter Mithilfe (mit Hinweis auf Urteil des BSG bereits vom 18. Mai 1960 - [3 RK 21/56](#) - in [BSGE 12, 153](#)) setze neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass der Beschäftigte ein Entgelt erhalte, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstelle, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehe. Weitere Abgrenzungskriterien seien, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden sei, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliege, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt werde, und schließlich, ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetze. Letztlich ist das SG nach Durchführung der erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände zu dem Ergebnis gelangt, dass hier die Indizien überwiegend für eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 sprächen. Der Beigeladene Ziff. 1 übe nach den Angaben seines Vaters, des Geschäftsführers der Fa. W. E., seine eigenen Angaben sowie den Angaben seines Bruders, des Beigeladenen Ziff. 3, typische Aufgaben eines abhängig beschäftigten mitarbeitenden Geschäftsleiters und Dachdeckermeisters aus. Er beziehe hierfür ein regelmäßiges monatliches Gehalt, das nach seinen eigenen Angaben sich auf derzeit etwa 2.000 EUR netto monatlich belaufe. Nichts anderes gelte für den Beigeladenen Ziff. 3, der nach den Angaben ebenfalls seines Vaters, seinen eigenen Angaben sowie den Angaben des Beigeladenen Ziff. 1 typische Aufgaben eines abhängig beschäftigten mitarbeitenden Geschäftsleiters und Zimmerermeisters ausübe. Auch er erhalte nach seinen eigenen Angaben ein Gehalt in Höhe von etwa 2.000 EUR netto monatlich. Bezüglich beider Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 habe im Übrigen der Vater der Beigeladenen in diesem Zusammenhang im Rahmen der mündlichen Verhandlung betont, dass er es für wichtig halte, dass seine Söhne ein festes Gehalt bezögen. Die Gewährung eines regelmäßigen Arbeitsentgeltes sei nach Auffassung des SG ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Durch die Regelmäßigkeit der Gehaltszahlungen gingen die Beigeladenen nämlich nicht das Risiko ein, ihre Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen. Folglich seien sie insoweit keinem Unternehmerrisiko ausgesetzt, wie es jedoch für eine selbstständige Tätigkeit typisch wäre. Aus der Höhe der den Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 gewährten Arbeitsentgelten lasse sich der Schluss ziehen, dass die Tätigkeit der Beigeladenen nicht nur eine sozialversicherungsfreie familienhafte Mithilfe darstelle. Auch wenn dieses Gehalt nicht die Höhe des Gehaltes eines vergleichbaren fremden Beschäftigten erreichen sollte, so gehe es doch über bloße Unterhaltsleistungen, wie freie Kost, Wohnung und Taschengeld deutlich hinaus. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, dass ein leistungsentsprechendes Entgelt bei Beschäftigungsverhältnissen innerhalb der Familie auch durch die Zahlung der Hälfte des sonst üblichen Tariflohnes gegeben sein kann (mit Hinweis auf LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26. Februar 2004 - [L 1 AL 57/02](#) -), stelle das genannte Entgelt ein über die Gewährung bloßer Unterhaltsleistungen hinausgehendes Gehalt für die Tätigkeit der Beigeladenen in der Fa. E. dar und sei mithin als leistungsentsprechend anzusehen. Für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses spreche darüber hinaus, dass die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 von dem ihnen jeweils gezahlten Gehalt Lohnsteuer entrichtet haben und im Weiteren dieses Gehalt auch als Betriebsausgabe der Fa. W. E. verbucht worden sei. Dem Umstand, dass die Beigeladenen ihre Arbeit als Geschäftsleiter und Zimmerer bzw. Dachdeckermeister in der Fa. W. E. selbst einteilen konnten und auch im Rahmen der praktischen Arbeitsausführung, der Bestellung von Material, der Verhandlung mit Architekten, dem Umgang mit nicht zur Familie gehörenden Arbeitnehmern und ähnlichen Dingen mehr keinen Weisungen unterliegen würden, sei vorliegend keine entscheidende, gegen eine abhängige Beschäftigung sprechende Bedeutung beizumessen (Hinweis auf Urteil des BSG vom 18. Dezember 2001, [B 12 KR 10/01 R](#) -). Es handele sich nämlich bei den von den Beigeladenen Ziff. 1 und 3 verrichteten Beschäftigungen um so genannte Dienste höherer Art, die im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet würden, wenn sie fremdbestimmt blieben, wenn sie also in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgingen. Dies sei nach den Feststellungen des SG der Fall. Dafür spreche zum einen bereits die fehlende Einräumung wichtiger juristischer Befugnisse. Die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 seien beispielsweise nicht einmal vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Sie seien auch nicht Geschäftsführer, sodass wesentliche Kompetenzen etwa im Rahmen von Vertragsabschlüssen dem Vater der Beigeladenen (Beigeladener Ziff. 2) vorbehalten blieben. Mit ausschlaggebend für diese Überzeugung, dass die Tätigkeit der Beigeladenen in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehe, seien für das SG gerade die Schilderungen der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 persönlich sowie ihres Vaters zu den tatsächlichen Abläufen in der Firma. Diesen Schilderungen sei zu entnehmen, dass der Beigeladene Ziff. 1 selbst für den Bereich der Zimmerei arbeite, der Beigeladene Ziff. 3 hingegen für den Bereich der Dachdeckerarbeiten zuständig sei. Jeder der beiden Brüder sei folglich gewissermaßen als Bereichsleiter des jeweiligen Unternehmensteils anzusehen. Für ihre jeweiligen Bereiche seien sowohl der Beigeladene Ziff. 1 als auch der Beigeladene Ziff. 3 eigenständig verantwortlich. Dies betreffe allerdings zur Überzeugung des SG vornehmlich den Bereich der praktischen Ausführungen der Arbeiten sowie den Bereich der Arbeitsorganisation. Gewichtige unternehmerische Entscheidungen würden demgegenüber nach der Überzeugung des SG weiterhin vom Geschäftsführer der Firma, dem Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 zu einem gewichtigen Teil vorgegeben. Auffällig seien in diesem Zusammenhang die Aussagen der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 zur Frage der Gewinn- und Verlustbeteiligung an der Fa. E. gewesen. Der Beigeladene Ziff. 1 habe in dem Zusammenhang ausgeführt, er könne zu der Frage, inwiefern er an Gewinn und Verlust der Firma beteiligt sei, eigentlich keine Angaben machen, da er damit nicht betraut sei. Was diese Dinge angehe, da habe sein Vater "schon mehr Ahnung" als er selbst. Auch der Beigeladene Ziff. 3 habe zur Frage des Gerichts nach Gewinn- und Verlustbeteiligung nur die pauschale Angabe machen können, dass sein Bruder und er an Gewinn und Verlust "gleichermaßen beteiligt" seien. Würden jedoch die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 die Firma so eigenverantwortlich führen, wie ihr Vater und sie selbst es dem SG darzustellen bemüht gewesen seien, so wäre aus Sicht des SG zu erwarten gewesen, dass vertiefte Kenntnisse darüber vorlägen, inwiefern die Beteiligung an Gewinn und Verlust der Firma erfolge. Schließlich sei die Gewinn- und Verlustbeteiligung der Kernbereich unternehmerischer und damit selbstständiger Tätigkeit. Dafür, dass nach wie vor der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 wichtige unternehmerische Entscheidungen vorgebe, spreche auch der von diesem angegebene typische Tagesablauf, wonach der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 hierzu angegeben hatte, "dass wir gegen 7:00 Uhr bzw. im Winter 7:30 Uhr morgens anfangen". Der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 selbst gehe morgens mit in die Firma, damit er wisse, auf welchen Baustellen sich seine Söhne aufhielten. Hätte sich der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 jedoch bereits tatsächlich so stark aus dem Betrieb zurückgezogen, wie er selbst und seine beiden Söhne dies betonten, wäre es für das SG nicht nachvollziehbar, weshalb er dann all morgendlich ebenfalls mit in den Betrieb gehe, um darüber informiert zu sein, wer sich auf welcher Baustelle aufhalte. Dies dokumentiere vielmehr, dass der Beigeladene Ziff. 2 nach wie vor die Geschicke der Firma maßgeblich mitbestimme. Auch die rechtliche Gestaltung der Unternehmensverhältnisse spräche dafür. Es handle sich nach wie vor um eine Einzelfirma, deren Geschäftsführer allein der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 sei. Der Vater übertrage zwar seinen beiden Söhnen mehr und mehr Unternehmensverantwortung und in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich gewähre er ihnen auch eine große Freiheit, eine vollständige Betriebsübergabe und insbesondere eine Übertragung der Unternehmensverantwortung an die Beigeladenen habe jedoch bisher nach Überzeugung des SG nicht stattgefunden. Dies bestätigten auch die Angaben des Vaters der Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3. Ebenfalls typisch für einen abhängig Beschäftigten in leitender Position sei auch, dass die Wochenarbeitszeit einen Umfang von 40 Wochenstunden weit überschreiten könne, ohne dass diese Tatsache für sich genommen das Vorliegen selbstständiger Tätigkeit begründen könnte. Eine Beteiligung an Gewinn und Verlust, wie sie für eine selbstständige Tätigkeit erforderlich wäre, sei zur Überzeugung des SG selbst unter Berücksichtigung der von Seiten der Beigeladenen Ziff. 1

und 3 gewährten Sicherheiten gegenüber der Firma sowie durch die Beteiligung an der Firma im Rahmen einer stillen Gesellschaft nicht gegeben. Zwar sei die Gewährung von Sicherheiten sowie die Gewährung selbstschuldnerischer Bürgschaften in erheblicher Höhe für einen abhängig beschäftigten Arbeitnehmer für sich genommen untypisch. Hierbei sei jedoch zu berücksichtigen, dass ein Beschäftigungsverhältnis innerhalb der Familie nicht in allen Teilaspekten mit dem eines fremdbeschäftigten Arbeitnehmer verglichen werden könne. Auch die Rechtsprechung betone in dem Zusammenhang, dass die Gewährung von Sicherheiten nicht aus sich heraus zwingend zur Einordnung der Tätigkeit als Selbständiger führen könne, sondern lediglich ein Indiz für das Vorliegen selbständiger Arbeit darstelle (Hinweis auf LSG Schleswig, Urteil 16. Dezember 2003 - [L 1 KR 110/02](#) -). Dafür, dass der Geschäftsführer der Firma, der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3, seine beiden Söhne derzeit noch nicht vollständig an Gewinn und Verlust seiner Firma beteiligen wolle, spreche auch seine Aussage zu der Frage, warum noch nicht überlegt worden sei, eine GmbH zu gründen. In dem Zusammenhang habe dieser nämlich angegeben, es seien ja auch noch ziemlich viele Schulden auf dem Neubau, die er seinen Söhnen nicht aufladen wolle. Auch die Tatsache, dass die Kontakte zum Steuerberater allein über den Vater bzw. die Ehefrau des Beigeladenen Ziff. 2, die im Unternehmen die Buchhaltung offenkundig mache, erfolgten, spräche gegen eine unternehmerische Tätigkeit der Beigeladenen Ziff. 1 und 3. Andernfalls wäre zu erwarten gewesen, dass sie jedenfalls neben der Ehefrau des Beigeladenen Ziff. 2 den Kontakt mit dem Steuerberater hätten.

Aus der Beteiligung der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 an der Firma im Rahmen einer stillen Gesellschaft lasse sich zur Überzeugung des SG ebenfalls nichts für eine etwaige selbständige Tätigkeit der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 ableiten. Hierbei sei zunächst zu berücksichtigen, dass die stille Gesellschaft unter Beteiligung der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 bereits zum 1. Januar 1978 errichtet worden sei. Zu diesem Zeitpunkt hätte sich selbst der 1963 geborene (ältere) Beigeladene Ziff. 3 noch nicht einmal in der Berufsausbildung befunden. Schon allein hieraus lasse sich der Schluss ziehen, dass der Beigeladene Ziff. 3 zum Zeitpunkt der Gründung der stillen Gesellschaft in keiner Weise an der Leitung der Geschicke der Fa. W. E. beteiligt gewesen sei, erst recht nicht der damals erst acht Jahre alte Beigeladene Ziff. 1. Der unternehmerische Einsatz von Eigenkapital könne im Übrigen aufgrund der Gründung der stillen Gesellschaft im Jahr 1978 aus Sicht des SG auch deshalb nicht angenommen werden, weil mit Gründung der stillen Gesellschaft lediglich die Anteile des Großvaters den Beigeladenen Ziff. 1 und 3 und ihrer Schwester übertragen wurden. Auch die Erhöhung der Einlagen im Rahmen der stillen Gesellschaft ab 1. Januar 1994 könne überwiegend nicht als der unternehmerische Einsatz von Eigenkapital gewertet werden. Das Kapital habe zwar nach den Angaben des Vaters der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 aus Bausparverträgen der Söhne gestammt, die zum damaligen Zeitpunkt fällig geworden seien. Nach den weiteren Angaben seien aber diese Bausparverträge wiederum aus den Einnahmen der Söhne aus der stillen Gesellschaft finanziert worden. Der übrige Teil zur Erhöhung der Einlage habe aus Erbschaften der Söhne von Seiten der Vorfahren der Mutter der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 gestammt. Im Übrigen ergebe sich auch aus den handelsrechtlichen Vorgaben zum Wesen einer stillen Gesellschaft ([§ 230 ff. HGB](#)), dass aus der Beteiligung an einer stillen Gesellschaft nicht geschlussfolgert werden könne, dass unternehmerische Mitverantwortung an der Außengesellschaft bestehe.

Insgesamt ist das SG daher zu der Überzeugung gelangt, dass die Voraussetzungen für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit bei den Beigeladenen Ziff. 1 und 3 nicht vorgelegen hätten und daher die Bescheide der Beklagten Ziff. 1 und 3 aufzuheben gewesen seien. Einen Vertrauensschutz nach [§ 45 SGB X](#) könnten die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 nicht geltend machen, da [§ 45 SGB X](#) nach [§ 49 SGB X](#) im vorliegenden Verfahren nicht gelte, weil die die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 begünstigenden Verwaltungsakte, die von der Klägerin als Dritte angefochten worden seien, während des sozialgerichtlichen Verfahrens aufgehoben und der Klage stattgegeben worden sei. [§ 49 SGB X](#) diene der Wahrung der Rechte des Drittbetroffenen. Bei einer Anfechtung der Bescheide durch ihn verdiene der Begünstigte, da er mit der Einlegung von Rechtsbehelfen durch andere Personen oder Stellen rechnen müsse, keinen Vertrauensschutz.

VI.

Die Beigeladenen Ziff. 1 und 2 haben gegen das ihren Bevollmächtigten am 26. Januar 2007 und die Beigeladenen Ziff. 2 und 3 gegen das ihren Bevollmächtigten am 1. Februar 2007 jeweils mit Empfangsbekanntnis zugestellte Urteil am 26. bzw. 28. Februar 2007 jeweils Berufung eingelegt (Az. [L 5 KR 990/07](#) und L 5 KR 1120/07).

Mit Beschluss vom 11. April 2007 hat der Senat die beiden Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden (fortgeführt unter dem Az. [L 5 KR 990/07](#)).

Zur Begründung tragen die Bevollmächtigten der Beigeladenen Ziff. 1 bis Ziff. 3 vor, zunächst werde nochmals gerügt, dass ihrer Auffassung nach die erhobene Klagen der Klägerin unzulässig seien. Insbesondere könne hier nicht nach Auffassung der Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 im Hinblick auf die unterbliebene Rechtsbehelfsbelehrung auf die Jahresfrist des [§ 66 Abs. 2 SGG](#) abgestellt werden. Bei Behörden untereinander sei eindeutig, dass diese aufgrund ihres Wissensvorsprungs über Rechtskenntnisse und auch über Kenntnisse der einzuhaltenden Rechtsmittelfristen verfügten. Vorliegend sei die Klägerin deswegen nach Auffassung der Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 durchaus in der Lage gewesen, innerhalb der üblichen Rechtsmittelfrist von einem Monat ab Kenntnis von den belastenden Bescheiden Klage zu erheben. Dies habe sie nicht getan. Vor allem im Hinblick auch auf den bestehenden Vertrauensschutz der Beigeladenen Ziff. 1 bis Ziff. 3 sei es zwingend sachgerecht hier auf die Monatsfrist abzustellen. Die insoweit erstinstanzlich zitierte Rechtsprechung des BSG sei nach Auffassung der Beigeladenen im Hinblick auf den Vertrauensschutz und die notwendige Rechtssicherheit auf die Verfahren der vorliegenden Art nicht anzuwenden. Auch in der Sache selbst sei die Entscheidung des SG nicht anzuerkennen. So nehme das SG fälschlicherweise an, dass für die Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 aufgrund der Zahlung eines Arbeitsentgeltes kein Risiko am Unternehmen bestanden habe. Dies sei falsch. Zum einen bestehe eine Gewinnbeteiligung am Unternehmen aufgrund der stillen Beteiligung. Des Weiteren liege der Nettolohn des Beigeladenen Ziff. 1 erst seit Erlass der ursprünglichen Bescheide der Beklagten Ziff. 1 bis Ziff. 3 in der genannten Höhe von ca. 2.000 EUR monatlich. Zuvor habe das Einkommen deutlich niedriger, im Schnitt überschlägig bei 1.600 EUR betragen. Im Übrigen verkenne das SG in dem Zusammenhang auch, dass aus den vorgelegten Unterlagen hervorgehe, dass bei fehlender Liquidität im Unternehmen auch Gehaltszahlungen ausgeblieben seien. Dies sei dokumentiert durch die Darlehensbeteiligungen der Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3. Es werde praktisch so gehandhabt, dass bei ausbleibenden Gehaltszahlungen aufgrund fehlender Liquidität im Unternehmen diese bilanztechnisch als Darlehen eingebucht würden. Rechtsirrig nehme das SG auch an, dass eine leistungsentsprechende Vergütung gezahlt worden sei. Gerade hier hätten sowohl der Beigeladene Ziff. 1 als auch Ziff. 3 klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die von ihnen getätigte Arbeitsleistung weit über das eines üblichen Angestellten hinausgehe und sich auch am Wochenende abspiele. Die durchschnittliche Arbeitszeit liege zwischen 50 und 60 Stunden. Bei einer derartigen Arbeitsleistung könne von einer leistungsentsprechenden Vergütung nicht mehr die Rede sein. Allein das Argument, dass für die Beschäftigungsverhältnisse Lohnsteuer gezahlt werde, entbehre nicht von einer weitergehenden Überprüfung. Das SG habe sich nicht ansatzweise mit der

Argumentation der Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 auseinander gesetzt. Wie das SG darüber hinaus zu der Feststellung komme, dass der Beigeladene Ziff. 1 bzw. der Beigeladene Ziff. 3 weisungsgebunden sein sollten, entziehe sich voll und ganz ihres Verständnisses. Hinsichtlich des Selbstkontrahierungsverbots nach [§ 181 BGB](#) sei seitens des Bevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen worden, dass eine formelle (also schriftliche) Befreiung nicht vorliege, aber tatsächlich dieses so gehandhabt werde. Dies habe offensichtlich das SG falsch aufgefasst. Es verkenne darüber hinaus auch, dass der Beigeladene Ziff. 2 ausdrücklich erklärt habe, dass die Beigeladenen Ziff. 1 bzw. Ziff. 3 nicht an Weisungen gebunden seien. Die Arbeitseinteilung, Art und Umfang der Ausführung sowie die Gestaltung sei ihnen völlig frei überlassen. Diese Art und Weise der Tätigkeitsausübung sei gerade eben maßgeblich zur Verneinung einer abhängigen Beschäftigung. Außerdem habe der Beigeladene Ziff. 2 ausdrücklich erklärt, dass er sich vor etwa fünf bis sechs Jahren aus dem Betrieb zurückgezogen habe und nur noch in dem geringen, beschriebenen Umfang im Betrieb mithelfe. Ausdrücklich habe er auch erklärt, dass er in Verhandlungen über Projekte seiner Söhne nur dann eingebunden werde, wenn diese aufgrund anderweitiger Tätigkeiten nicht abkömmlich seien. Ansonsten würden alle Tätigkeiten von den Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 ausgeführt. Auch die Ausführungen zur steuerrechtlichen Beteiligung am Unternehmen verkenne das SG. Es sei zwar zutreffend, dass der Beigeladene Ziff. 1 im Rahmen der Befragung durch das SG erklärt habe, er sei mit Fragen über Gewinn und Verlust und den damit zusammenhängenden steuerrechtlichen Fragen nicht betraut. Das gleiche gelte jedoch für den Firmeninhaber, W. E. und seinen weiteren Sohn, den Beigeladenen Ziff. 3 in gleichem Maße. Sämtliche steuerrechtliche Dinge würden über den Steuerberater abgewickelt werden. Es sei im Übrigen für Handwerksbetriebe auch typisch, dass die schwerpunktmäßig handwerklich tätigen Inhaber nur über eingeschränkte steuerrechtliche Kenntnisse verfügten. In vielen Betrieben sei es so wie hier, dass die gesamte Buchhaltung und damit die Gewinnermittlung über einen Steuerberater abgewickelt werde. Auch gebe der Beigeladene Ziff. 2 entgegen der weiteren Bewertungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht wichtige unternehmerische Entscheidungen vor. Allein die Tatsache, dass der Beigeladene Ziff. 2 sich morgens mit in den Betrieb begeben und unterstützende Tätigkeiten ausübe, sei nicht ausreichend dafür, hier anzunehmen, dass dieser weiterhin maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen habe. Der Beigeladene Ziff. 2 habe im Rahmen seiner Anhörung vor dem SG lediglich geäußert, dass seine Anwesenheit aus Informationsgründen erfolge. Es gebe natürlich auch Tage, an denen er morgens nicht im Betrieb sei. Insgesamt verkenne das SG auch in seiner Gesamtwürdigung, dass für die Annahme einer selbständigen Beschäftigung unschädlich sei, dass der Firmeninhaber noch ein mitbestimmendes Recht inne habe. Entscheidend sei hier in Anlehnung an die Rechtsprechung des BSG bei GmbH-Geschäftsführung, dass die Beteiligten hier im Zweifel derartigen Einfluss hätten, dass sie Vorgaben des Inhabers verweigern könnten. Das sei eindeutig der Fall, weil letztendlich die Söhne des Beigeladenen Ziff. 2 einzig und allein bestimmten, wie das Unternehmen nach außen tätig werde. Der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 habe in dem Zusammenhang lediglich nur noch eine formelle Rechtsposition inne, mehr aber auch nicht.

Seit 1. Januar 2007 ist der Beigeladene Ziff. 3 nach einem Bescheid der Beklagten Ziff. 1 vom 12. Juni 2007 als nicht mehr sozialversicherungspflichtig festgestellt. Im Hinblick darauf, dass seit diesem Zeitpunkt der Beigeladene Ziff. 3 als Gesellschafter mit 25 % am Gesellschaftsvermögen der E. und Söhne GbR beteiligt sei und unter Berücksichtigung eines Grundsatzurteils des BGH aus dem Jahr 2001, wonach einer GbR grundsätzlich die Rechtsfähigkeit zuerkannt und festgestellt werde, dass für die dort begründeten Verbindlichkeiten neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich als Gesamtschuldner, auch mit ihrem Privatvermögen, haften würden, übernehme er damit ein nicht unerhebliches Risiko. In gleicher Weise ist auch mit Bescheid vom 12. Juni 2007 hinsichtlich des Beigeladenen Ziff. 1 von der Beklagten Ziff. 1 entschieden worden (Bl. 112/115 Senatsakte).

Die Beigeladenen Ziff. 1 und 2 beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 13. Dezember 2006 ([S 9 KR 3628/06](#)) aufzuheben.

Die Beigeladenen Ziff. 2 und 3 beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 13. Dezember 2006 ([S 9 KR 3630/06](#)) aufzuheben.

Die Klägerin beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidungen des SG für zutreffend. Ergänzend führt sie zunächst aus, hinsichtlich der Zulässigkeit der Anfechtungsklage werde auf die eigene Klageschrift sowie das erstinstanzliche Urteil und die dort zitierte BSG-Rechtsprechung verwiesen, die zweifelsfrei bejahe, dass die Anfechtungsfristen für jeden Beteiligten (Arbeitgeber, Arbeitnehmer und auch Versicherungsträger) gesondert von der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu laufen beginne. Aus der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem SG gehe hervor, dass bereits im Jahre 1978 die so genannte stille Gesellschaft gegründet worden sei und die übertragenen Geschäftsanteile des Großvaters an die beiden Enkel, die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 sowie deren Schwester eingebracht worden seien. Bei der stillen Gesellschaft handle es sich um eine Innengesellschaft, die nach außen hin nicht erkennbar sei. Die Rechte und Pflichten der stillen Gesellschafters beschränkten sich ausschließlich auf das Innenverhältnis. Der stille Gesellschafter nehme am Verlust bis zur Höhe seiner Einlage teil. Oft werde die Verlustbeteiligung im Gesellschaftsvertrag sogar ausgeschlossen ([§ 231 HGB](#)). Die Gewinnbeteiligung müsse er als Einkünfte aus Kapitalvermögen und nicht als Einkünfte als Mitunternehmer versteuern. Grundsätzlich habe der stille Gesellschafter keine Mitbestimmungsrechte nach [§ 233 Abs. 2 HGB](#). Der inzwischen vorliegende Vertrag für die stille Gesellschaft bestätige zwar, dass die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 die Firma finanziell unterstützten. Dies geschehe aber nicht aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit heraus, sondern aufgrund familiärer Beziehungen und/oder aus steuerlichen Gründen. So gehe auch aus dem Jahresabschluss vom 31. Dezember 1995 eindeutig hervor, dass der Beigeladene Ziff. 1 bereits vor Eintritt in die Einzelfirma seines Vaters neben anderen Familienmitgliedern eine gleich hohe stille Beteiligung und ein Darlehen der Firma gewährt habe. Hinsichtlich der regelmäßig gezahlten monatlichen Arbeitsentgelte sowie der Lohnsteuerpflicht und der Verbuchung als Betriebsausgabe werde ebenfalls auf die Klageschrift und den Vortrag im Klageverfahren sowie das SG-Urteil Bezug genommen. Zur Vervollständigung werde noch zu den übermittelten sozialversicherungspflichtigen Bruttoarbeitsentgelte mitgeteilt, dass der Beigeladene Ziff. 1 hier wie folgt Entgelte erzielt hatte:

Vom 02.05.1997 bis 31.12.1997: 35.555,- DM Vom 01.01.1998 bis 31.12.1998: 54.526,- DM Vom 01.01.1999 bis 31.12.1999: 48.215,- DM Vom 01.01.2000 bis 31.12.2000: 59.739,- DM Gesamt: 198.025, DM: 44 Monate = 4.500,57 DM.

Diese Entgelte stellten einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit als Zimmermann dar und gingen folglich über einen freien

Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten weit hinaus. Bezüglich des Beigeladenen Ziff. 3 stelle sich die Situation hinsichtlich der übermittelten sozialversicherungspflichtigen Bruttoarbeitsentgelte wie folgt dar:

Vom 22.05.1989 bis 31.12.1989: 32.532,- DM Vom 01.01.1990 bis 31.12.1990: 53.291,- DM Vom 01.01.1991 bis 01.09.1991: 35.798,- DM Vom 02.12.1991 bis 31.12.1991: 5.782,- DM Vom 01.01.1992 bis 31.12.1992: 59.781,- DM Vom 01.01.1993 bis 31.12.1993: 60.320,- DM Vom 01.01.1994 bis 31.12.1994: 59.408,- DM Vom 01.01.1995 bis 31.08.1995: 41.192,- DM Vom 01.09.1995 bis 31.12.1995: 22.243,- DM Vom 01.01.1996 bis 31.12.1996: 62.779,- DM Vom 01.01.1997 bis 31.12.1997: 63.603,- DM Vom 01.01.1998 bis 31.12.1998: 70.322,- DM Vom 01.01.1999 bis 31.12.1999: 71.046,- DM Vom 01.01.2000 bis 31.12.2000: 87.115,- DM Gesamt: 725.212,- DM: 138 Monate = 5.255,16 DM

Diese Entgelte (im Durchschnitt 5.255,16 DM) stellten ebenfalls einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit als Dachdeckermeister dar und würden ebenfalls über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten weit hinausgehen. Es werde hier in der Angelegenheit nach Auffassung der Klägerin versucht, die Übernahme des Familienbetriebes bereits für weit in die Vergangenheit zurück als vollzogen darzustellen. Es möge auch sein, dass der Firmeninhaber sich nach und nach aus der Firma zurückziehe, aber auch vor Gericht sei eindeutig hervorgegangen, dass der Beigeladene Ziff. 2 auch heute noch die Fäden in der Hand halte.

Die Beklagten Ziff. 1 bis Ziff. 3 haben keine Anträge gestellt.

Die Beklagte Ziff. 1 hat noch ausgeführt, dass sich bis zur mündlichen Verhandlung die Sach- und Rechtslage auch anders dargestellt haben möge, im Termin zur mündlichen Verhandlung sei allerdings nach ihrer Ansicht deutlich geworden, dass die Tätigkeit der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 als versicherungspflichtig anzusehen sei. In gleicher Weise äußern sich die Beklagte Ziff. 2 und Ziff. 3.

Die übrigen Beigeladenen Ziff. 4 und Ziff. 5 haben keine Anträge gestellt und sich auch nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Verwaltungsakten der Klägerin (2 Bände), der Beklagten Ziff. 1 (2 Bände), der Beklagten Ziff. 2 (2 Bände) und der Beklagten Ziff. 3 (1 Band) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufungen der Beigeladenen Ziff. 1 und 2 bzw. Ziff. 2 und 3 ist zulässig. Sie sind insbesondere statthaft. Ein Berufungsausschlussgrund nach [§ 144 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) in der noch bis zum 31. März 2008 geltenden Fassung liegt nicht vor. Der Beschwerdewert ist überschritten. Im Streit stehen Beitragerstattungen in Höhe von 55.974,86 EUR bzw. 83.547,43 EUR.

II.

Die Berufungen der Beigeladenen Ziff. 1 und 2 bzw. Ziff. 2 und 3 ist jedoch unbegründet. Das SG hat zu Recht die Bescheide der Beklagten Ziff. 1 bis 3 aufgehoben und Sozialversicherungspflicht beim Beigeladenen Ziff. 1 ab 2. Mai 1997 bzw. beim Beigeladenen Ziff. 3 ab 1. September 1995 weiterhin festgestellt.

Das SG hat zutreffend die hier maßgeblichen Normen ([§ 7 SGB IV](#)) und die dazu ergangene Rechtsprechung wiedergegeben, auf dieser Grundlage auch in nicht zu beanstandender Weise den Sachverhalt gewürdigt und die (weiterbestehende) Sozialversicherungspflicht der Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 in der hier streitigen Zeit bejaht. Der Senat sieht insoweit von einer weiteren Darstellung ab und nimmt darauf gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug.

Ergänzend ist zu den Einwendungen des Bevollmächtigten der Beklagten Ziff. 1 bis Ziff. 3 noch auf Folgendes zu verweisen:

1. Die Klage ist entgegen der Auffassung der Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 zulässig. Sie ist aus den vom SG bereits genannten Gründen nicht verfristet. Nach dem Urteil des BSG vom 1. Juli 1999 ([B 12 KR 2/99 R](#)) gelten selbstverständlich die Anfechtungsfristen für jeden Adressat eines Verwaltungsaktes jeweils ab Bekanntgabe. Erfolgt ein Verwaltungsakt ohne Rechtsbehelfsbelehrung gilt auch für jeden (einschließlich Sozialversicherungsträgern) die Jahresfrist nach [§ 66 Abs. 2 SGG](#).

2. Die Einlassungen der Beigeladenen Ziff. 1 und 3, der gezahlte Lohn sei für die von ihnen seinerzeit geleistete Arbeit nicht angemessen gewesen, greift nicht durch. Der den Beigeladenen Ziff. 1 und 3 in den Jahren bis 2000 durchschnittliche gezahlte Bruttolohn von 5.255,16 DM (beim Beigeladenen Ziff. 3) bzw. 4.500,- DM (beim Beigeladenen Ziff. 1) ist sehr wohl angemessen. Der jeweilige Tariflohn betrug etwa im Jahr 2000 für einen Vorarbeiter im Dachdeckerhandwerk monatlich 4.716,40 DM (bei einem Stundenlohn von 27,21 DM bei 40 Wochenstunden). Soweit in dem Zusammenhang noch geltend gemacht wird, die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 hätten deutlich mehr als 40 Stunden, nämlich 50 bis 60 Stunden wöchentlich gearbeitet, greift auch dieser Einwand nicht durch. Schon das SG hat hierzu zu Recht darauf verwiesen, dass dies vor dem Hintergrund der familiären Beziehungen gesehen werden muss und sicherlich auch im Hinblick darauf, dass langfristig beabsichtigt gewesen war - und jetzt zwischenzeitlich zum 1. Januar/Juli 2007 auch teilweise umgesetzt - das Unternehmen auf die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 zu übertragen. D. h. mit anderen Worten, auch wenn hier auf der Basis von 50 bis 60 Wochenstunden der Lohn dann umgerechnet bei den Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 unter dem üblichen Tariflohn für einen entsprechenden Fremdarbeitskraft stünde, begründet dies noch nach Überzeugung des Senates unter Berücksichtigung der konkreten Umstände keine selbständige Tätigkeit.

3. Auch das vom Bevollmächtigten der Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 angesprochene Risiko bei Liquiditätsengpässen bzw. Insolvenz, keinen Lohn mehr zu erhalten, ist gerade ein typisches Arbeitnehmerrisiko. Ein selbständig Tätiger verliert bei der Insolvenz seines Unternehmens nicht nur seinen "Lohn", sondern sein Unternehmen, unter Umständen einschließlich seinem mithaftenden Privatvermögen. Eine solche Konstellation lag bei den Beigeladenen Ziff. 1 und 3 jedenfalls bis zum 31. Dezember 2006 nicht vor. Sie haben gerade nicht mit ihrem Privatvermögen unbegrenzt für den unternehmerischen Erfolg gehaftet. Im übrigen kann es durchaus vorkommen, dass auch Arbeitnehmer bei Liquiditätsengpässen ihres Arbeitgebers vorläufig auf Lohn bzw. Sonderzahlungen verzichten.

4. Die Einwendung des Bevollmächtigten der Beigeladenen Ziff. 1 bis 3, alleine die Tatsache, dass Lohnsteuer abgeführt worden sei, spräche nicht gegen eine selbstständige Tätigkeit, greift ebenfalls nicht durch. Zunächst für sich genommen spricht dieser Umstand zwar nicht automatisch gegen eine selbstständige Tätigkeit. Tatsache ist aber gerade, dass die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 gemeinsam auch mit dem Beigeladenen Ziff. 2 den "Lohn" der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 nicht als Einkünfte aus einer selbstständigen Tätigkeit versteuerten, sondern als Arbeitslohn, also als Entgelt aus einer abhängigen Beschäftigung. Hätten die Beigeladenen Ziff. 1 bis Ziff. 3 die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 und Ziff. 3 als selbstständige Tätigkeit angesehen, hätten sie konsequenter Weise gegenüber dem Finanzamt sie auch als Einnahmen aus selbstständigem Gewerbebetrieb anmelden und versteuern müssen. Dass in dem Zusammenhang das Finanzamt insoweit wohl nicht weiter die Abführung von Lohnsteuer hinterfragte und etwa nach einem Arbeitsvertrag (den es nach den Einlassungen der Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 schriftlich jedenfalls nicht gab) nachgefragt hatte, ändert gerade nichts daran, dass die Beigeladenen Ziff. 1 bis Ziff. 3 in diesem Bereich nach ihrer eigenen Einschätzung jedenfalls nicht von einer selbstständigen Tätigkeit, sondern einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen sind. Dies ist sehr wohl ein weiteres nicht unwichtiges Indiz im Rahmen der hier vorzunehmenden Prüfung, ob tatsächlich rückwirkend die hier streitige Zeit als selbstständige Tätigkeit einzustufen ist. Wenn aber gerade die Betroffenen selbst in der Vergangenheit - hier im steuerrechtlichen Bereich - die Tätigkeit nicht als selbstständig, sondern als abhängig beschäftigte Tätigkeit angegeben haben, spricht dies dafür, dass sie selbst in der Vergangenheit diese Tätigkeit auch nicht als selbstständige Tätigkeit angesehen haben, und zwar trotz aller jetzt hier geltend gemachten Umstände.

5. Es mag zwar durchaus richtig sein, dass typisch handwerklich tätige Unternehmer vielfach nicht in Steuersachen versiert sind und dies in diesem Falle einem Steuerberater übertragen. Aber mit dem SG würde auch der Senat jedenfalls erwarten, dass auch ein selbstständiger Handwerker zumindest in etwa Kenntnisse über Gewinn- und Verlustregelungen in seinem Unternehmen hat. Die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 hatten diesbezüglich aber keine relevanten Kenntnisse.

6. Die Tatsache, dass für die hier streitige Zeit die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 nicht (unmittelbar) an der Einzelfirma des Vaters beteiligt waren, keine Geschäftsführerbefugnis hatten und auch nicht von [§ 181 BGB](#) formell entbunden waren, lässt auch für den Senat weitere erhebliche Zweifel bestehen, inwieweit sich der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 tatsächlich aus dem Unternehmen bereits zurückgezogen hat. Fakt ist und bleibt, dass der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 noch alle Rechtsmacht formal allein in seinen Händen hielt. Erst die seit dem 1. Januar 2007 jetzt offenkundig getroffene Regelung über eine "E. und Söhne GbR", an der die Söhne anteilig beteiligt sind, dokumentiert tatsächlich eine auch vorgenommene "Machtübergabe" des Vaters an die Söhne. Wenn in dem Zusammenhang bezüglich der Betriebsübergabe vom Bevollmächtigten noch darauf abgestellt wird, eigentlich könne auch nach den Angaben der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung vor dem SG keiner mehr genau sagen, wann der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 sich aus dem Unternehmen zurückgezogen habe, führt dies zu keiner günstigeren Beurteilung. Denn es kann zwar davon ausgegangen werden, dass der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 sich allmählich zurückziehen wollte und auch allmählich seinen Söhnen immer mehr Freiraum gelassen hat. Jedoch hat er sie während der ganzen Phase - wann auch immer sie überhaupt begonnen haben mag - nicht einmal zumindest teilweise auch nach außen erkennbar in die Verantwortung bzw. das Unternehmen eingeführt, wie es jetzt zum 1. Januar 2007 geschehen ist. Erst seit dem 1. Januar 2007 sind die beiden Söhne am Firmenkapital unmittelbar beteiligt, einschließlich aller Risiken mit der Haftung auch des persönlichen Vermögens. Damit ist hier erstmals ein klassisches Unternehmerrisiko bei den Beigeladenen Ziff. 1 und 3 realisiert. Bis dahin hat es genau daran aber gefehlt. Der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 hat in der mündlichen Verhandlung vor dem SG unter anderem ausdrücklich auch erklärt, bislang habe man sich noch nicht überlegt, etwa eine GmbH aus der Firma zu machen. Es seien ja auch noch ziemlich viele Schulden auf dem Neubau, die er seinen Söhnen nicht aufladen wolle. D. h. aber mit anderen Worten, der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 hat seinen Söhnen gerade ein typisches Unternehmerrisiko noch nicht übertragen wollen. Hieran zeigt sich ganz exemplarisch, dass eben gerade ein ganz wichtiges Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, nämlich das unternehmerische Risiko bei den Beigeladenen Ziff. 1 und 3 ausdrücklich (noch nicht) begründet war.

Die bis dahin nur bestehende stille Gesellschaft kann keinesfalls als eine Beteiligung am Unternehmerrisiko im Sinne der schon vom SG dargestellten Rechtsprechung gesehen werden. Bereits das SG hat zum einen zutreffend darauf hingewiesen, dass zum Zeitpunkt der Begründung dieser stillen Gesellschaft im Jahr 1978 der Beigeladene Ziff. 1 gerade mal acht bzw. der Beigeladene Ziff. 3 gerade mal 15 Jahre alt war. Zu diesem Zeitpunkt kann beim besten Willen niemand davon ausgehen, dass die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 hier als Unternehmer ins Unternehmen eingeführt und beteiligt worden sind. Die Klägerin hat im Übrigen auch noch zutreffend auf die ganz konkrete rechtliche Gestaltung der stillen Gesellschaft hingewiesen, wonach es sich hierbei nämlich um eine reine Innengesellschaft handelt, die nach außen in aller Regel gar nicht erkennbar ist. Die Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters beschränken sich ausschließlich auf das Innenverhältnis. Er nimmt am Verlust bis zur Höhe seiner Einlage teil. Auch wird die Verlustbeteiligung im Gesellschaftsvertrag sogar ausgeschlossen ([§ 231 HGB](#)). Er hat insbesondere auch keine Mitbestimmungsrechte nach [§ 233 Abs. 2 HGB](#).

7. Schließlich führt auch die vom Bevollmächtigten noch ins Feld geführte Rechtsprechung des BSG zum GmbH-Geschäftsführer nicht zum Erfolg. Kern dieser Rechtsprechung ist letztlich, dass im Einzelfall auch GmbH-Geschäftsführer, die entweder überhaupt keine Anteile am Unternehmen oder allenfalls Anteile unterhalb einer Sperrminorität (25 %) halten, dennoch selbstständig tätig sein können, wenn es sich um eine Familien-GmbH handelt, bei der die übrigen Anteile von Familienangehörigen, etwa Ehefrau oder (minderjährigen) Kinder gehalten werden, diese darüber hinaus entweder gar nicht im Betrieb tätig sind oder allenfalls an absolut untergeordneter Stelle und selbst über keines oder jedenfalls kein relevantes Fachwissen zum Unternehmensgegenstand verfügen. In diesem Fall kann nach der Rechtsprechung im Einzelfall davon ausgegangen werden, dass dann der GmbH-Geschäftsführer, wiewohl er keine oder unterhalb einer Sperrminorität liegende Anteile hält, letztlich in der Firma schalten und walten kann, wie er es für richtig hält. Eine Übertragung auf die hier vorliegende Situation scheitert aber schon daran, dass die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 (jedenfalls bis zum 31. Dezember 2006) schon gar nicht in der Rechtsposition eines Geschäftsführers in dem (bis dahin nach wie vor) im Eigentum des Vaters stehenden Unternehmens waren bzw. sind. Alleiniger Geschäftsführer war in der hier streitigen Zeit nach wie vor der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3. Hinzu kommt, dass der alleinige Eigentümer des Unternehmens, der Vater der Beigeladenen Ziff. 1 und 3, gerade sehr wohl über Fachwissen verfügt, denn er hat gerade dieses Unternehmen von seinem Vater übernommen und fortgeführt und ist selbst Dachdeckermeister.

Zu keinem anderen Ergebnis führt in dem Zusammenhang auch der Umstand, dass der Beigeladene Ziff. 1 als Zimmerer über eine insoweit andere Ausbildung verfügt und erst dadurch ein weiterer Bereich im Unternehmen aufgebaut werden konnte. Denn auch bei leitenden Angestellten ist durchaus die Situation denkbar, dass diese über ein Fachwissen verfügen, über das der Eigentümer selbst nicht verfügt, dennoch macht dies den leitenden Angestellten allein auf Grund seines "Spezialwissens" nicht zum Selbständigen.

8. Bemerkenswert ist in dem Zusammenhang auch ein Umstand, den die Beklagte Ziff. 3 in ihrem Bescheid offenkundig übersehen hat. Die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 haben nämlich beide in ihrem Feststellungsbogen angegeben, dass ihre Arbeit von einer fremden Arbeitskraft jederzeit übernommen und ebenfalls ausgeübt werden könnte. Dies ist aber gerade ein Kriterium, das gegen eine selbständige Tätigkeit, sondern vielmehr für eine abhängige Beschäftigung spricht, die auch von jedem fremden Arbeitnehmer genau so gut ausgeübt werden könnte. Weshalb die Beklagte Ziff. 3 in ihrem Ausgangsbescheid deshalb zu der Einschätzung gelangt ist, die Tätigkeit, die die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 ausübten, könnte von keiner fremden Arbeitskraft erbracht werden, erschließt sich dem Senat nicht.

9. Tatsache ist schließlich auch, dass die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 erst im Jahr 2005 zu der Auffassung gelangten, eigentlich wären sie schon seit zehn (seit 1995) bzw. acht Jahren (seit 1997) selbständig tätig gewesen. Dies erscheint dem Senat nicht glaubhaft. Die Selbsteinschätzung der Beigeladenen Ziff. 1 und 3 und wohl letztlich auch des Beigeladenen Ziff. 2 diesbezüglich sah in all den Jahren zuvor anders aus, obwohl nach ihren eigenen Einlassungen schon damals der Vater sich deutlich aus dem Unternehmen zurückgezogen haben soll bzw. laut Vortrag des Bevollmächtigten vor fünf bis sechs Jahren. Letztlich soll sich der Vater der Beigeladenen, wenn man der Argumentation der Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 folgen wollte, schon seit 1995 bzw. 1997 in einer Art und Weise aus dem Unternehmen zurückgezogen haben, wie auch aktuell zum Zeitpunkt der Vernehmung vor dem Sozialgericht im Dezember 2006. Wenn vor diesem Hintergrund die Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 erst im Jahr 2005 zu der Einschätzung gelangen, sie seien tatsächlich schon seit 1995 bzw. 1997 selbständig tätig, erscheint das für den Senat nicht glaubwürdig. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, dass hier diese Beiträge zugunsten der Liquidität des Unternehmens benötigt wurden. Denn die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 haben nicht die ihnen zwischenzeitlich bereits erstatteten Beiträge anderweitig zur Alterssicherung angelegt, sondern in das Unternehmen investiert.

Insgesamt kann sich damit auch der Senat bei einer Gesamtwürdigung aller hier zu berücksichtigen Indizien nicht davon überzeugen, dass die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 seit 1995 bzw. 1997 bereits selbständig tätig gewesen wären.

IV.

Das SG hat im Übrigen auch zutreffend festgestellt, dass im Hinblick auf [§ 49 SGB X](#) hier die Beigeladenen Ziff. 1 und 3 sich nicht auf Vertrauensschutz nach [§ 45 SGB X](#) berufen könnten.

Aus diesen Gründen sind daher die Berufungen der Beigeladenen Ziff. 1 und 2 bzw. Ziff. 2 und 3 zurückzuweisen.

V.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197 a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#).

Der Streitwert war in Höhe der jeweils im Streit stehenden Beitragserstattungen, also in Höhe von 55.974,86 EUR für die Berufung der Beigeladenen Ziff. 1 und 2 sowie 83.547,43 EUR für die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 und 3 festzusetzen.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-12-10