

L 11 KR 5340/07

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 8 KR 1607/07
Datum
17.09.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 5340/07
Datum
24.03.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beigeladenen zu 2 wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 17. September 2007 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass seine Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 in der Zeit vom 2. August 1993 bis 31. Dezember 2000 nicht sozialversicherungspflichtig war.

Der Beigeladene zu 1 betreibt unter der Firma H. Haustechnische Planungsgemeinschaft G. S. ein Unternehmen der Anlagen- und Gebäudetechnik. Der 1973 geborene Kläger ist der Sohn des Beigeladenen zu 1. Schon während seiner Schulzeit war er aushilfsweise bei dem Beigeladenen zu 1 tätig. Nach dem Abitur auf einem beruflichen Gymnasium (wirtschaftliches Gymnasium) absolvierte er im Frühjahr 1993 ein ein- bzw. zweimonatiges Praktikum bei dem Beigeladenen zu 1 bzw. einer Elektrofirma und war seit dem 2. August 1993 bei dem Beigeladenen zu 1 tätig. Hierfür schlossen der Kläger und der Beigeladene zu 1 am 27. August 1993 eine schriftliche Vereinbarung, wonach der Kläger ab dem 1. September 1993 als Ingenieur-Assistent mit einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden und einer Vergütung von monatlich 2.000 DM im Büro des Beigeladenen zu 1 arbeiten sollte. Vereinbart wurden auch ein Urlaubsanspruch von 28 Tagen im Jahr, eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende und eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall von sechs Wochen. Der Beigeladene zu 1 bezahlte für die Tätigkeit des Klägers im Jahr 1993 (August bis Dezember) 11.200 DM, im Jahr 1994 33.300 DM, in den Jahren 1995 und 1996 etwa DM 42.000 DM. Anschließend kam es zu einem Gehaltssprung auf 61.912 DM im Jahr 1998 sowie zu weiteren Gehaltserhöhungen bis zu 72.750 DM im Jahr 2000. Auf das Entgelt wurde Lohnsteuer bezahlt und es wurde als Arbeitsentgelt gebucht.

Neben dieser Tätigkeit absolvierte der Kläger von 1993 bis 1998 an einer Fachhochschule das Studium der Elektrotechnik, das er mit dem Grad eines Diplom-Ingenieurs abschloss. Dem folgte von 2000 bis 2002 ein berufsbegleitendes postgraduales Weiterbildungsstudium und von 2003 bis 2006 ein Promotionsstudium.

Der Kläger wurde im streitigen Zeitraum bei der Beklagten als Mitglied gemeldet und es wurden Sozialversicherungsbeiträge abgeführt.

Nach einem entsprechenden Überprüfungsantrag kam die mhplus Betriebskrankenkasse zu dem Ergebnis, dass der Kläger während der Zeit vom 1. Januar 2001 bis 31. März 2003, während der er als ihr Mitglied geführt worden war, nicht sozialversicherungspflichtig war (Bescheid vom 20. Januar 2006 und Schreiben vom 29. September 2006 an die Beklagte). Zum gleichen Ergebnis kam die T. BKK für die Zeit ab 1. April 2003 (Bescheid vom 21. November 2005). Hierzu ist eine Klage der Beigeladenen zu 2 bei dem Sozialgericht Berlin anhängig (S 36 KR 1305/07), bei der im Hinblick auf das hier zu entscheidende Berufungsverfahren das Ruhen des Verfahrens angeordnet worden ist (Beschluss vom 12. Juni 2008). Im "Feststellungsbegehren zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen (Ehegatten, Lebenspartner) im Rahmen eines Anfrageverfahrens gemäß § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV" vom 29. September 2005, der sowohl vom Kläger als auch vom Beigeladenen zu 1 unterschrieben wurde, wurde die Frage "Ist/war der mitarbeitende Angehörige an dem Betrieb beteiligt?" mit "Nein" beantwortet. Außerdem wurde mit Maschinenschrift folgende zusätzliche Erklärung abgegeben: "Nachfolge soll in 2 - 3 Jahren erfolgen."

Im Januar 2006 beantragte der Kläger (über eine in B. ansässige Beratungsgesellschaft) bei der Beklagten die Überprüfung seiner Sozialversicherungspflicht im streitigen Zeitraum. Er gab an, schon zu Beginn seiner Tätigkeit mit Fragen der Firmenstrategie und daraus

resultierender Investitionsentscheidungen betraut gewesen zu sein. Aufgrund seiner Einschätzungen und Untersuchungen seien in den Jahren 1993 und 1994 Investitionsvorhaben in den neuen Bundesländern gestoppt worden, was wiederum zur Beendigung der bis dahin zwanzigjährigen Zusammenarbeit des Beigeladenen zu 1 mit dem damaligen Partner geführt habe. In der Folgezeit sei er mit unternehmerähnlichen Aufgaben wie der Neuausrichtung des Dienstleistungsangebots, der Gewinnung von Kooperationspartnern, der markenrechtlichen Sicherung des Firmensignets, der Entwicklung und Einführung von Informationstechnik in den Arbeitsabläufen sowie der Personalentwicklung beschäftigt worden. Der Beigeladene zu 1 und er hätten sich die Verantwortlichkeiten im Betrieb aufgeteilt. Er selbst sei für die Akquise, Kundenbetreuung und -verwaltung, Buchhaltung, kaufmännische Geschäftsführung und technische Ausführung zuständig. Jeder arbeite selbständig und eigenverantwortlich innerhalb der Projekte, die ihn beträfen. Seit 1994 verfüge er auch über das Zugriffsrecht auf den Dokumentensafe. Seine Arbeitszeiten richteten sich stets nach den betrieblichen Erfordernissen. Unternehmerische Entscheidungen würden immer einvernehmlich und übereinstimmend getroffen. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung gab er an, eine arbeitsvertragliche Vereinbarung bestehe nicht. Seine Arbeitszeit sei abhängig vom Bedarf und werde nach Belieben (keine feste Arbeitszeit) ausgeübt. Es seien kein Urlaubsanspruch und keine Kündigungsfrist vereinbart worden. Er sei keinen Weisungen unterworfen, könne seine Tätigkeit frei bestimmen und wirke an der Führung des Unternehmens mit. Die Mitarbeit sei durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Beigeladenen zu 1 geprägt. Die Unternehmensnachfolge solle in zwei bis drei Jahren erfolgen.

Die Beklagte holte eine - sich für die Sozialversicherungspflicht des Klägers aussprechende - Stellungnahme der Beigeladenen zu 2 ein und stellte mit Bescheid vom 18. Juli 2006 fest, dass die Tätigkeit des Klägers bei dem Beigeladenen zu 1 im streitigen Zeitraum der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe. Für die Sozialversicherungspflicht spreche, dass Lohnsteuer entrichtet worden sei, der Kläger ein angemessenes Arbeitsentgelt erhalten habe, ohne seine Tätigkeit eine fremde Arbeitskraft hätte eingestellt werden müssen, er wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert gewesen sei und kein Unternehmerrisiko getragen habe.

Der Kläger erhob hiergegen Widerspruch. Dass seine Tätigkeit sozialversicherungsfrei sei, ergebe sich aus seiner fehlenden Eingliederung und aus der uneingeschränkten Weisungsfreiheit. Die Ordnung im Betrieb sei nicht einseitig vom Beigeladenen zu 1 vorgegeben worden, sondern habe sich vielmehr als fortwährender Veränderungsprozess gezeigt, für dessen Gestaltung auch er in demselben Umfang mitverantwortlich gewesen sei, wie der Beigeladene zu 1. Personalentscheidungen habe er stets im gleichberechtigten Gespräch mit ihm getroffen. Bezüglich Zeit, Dauer und Art der Arbeitsausführung habe er keinerlei Maßgaben des Beigeladenen zu 1 unterlegen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 6. Februar 2007 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Das Weisungsrecht habe bestanden, wenn auch durch familiäre Rücksichtnahme eingeschränkt. Auch wer als leitender Angestellter Arbeitgeberfunktionen ausführe, könne persönlich abhängig sein.

Der Kläger hat hiergegen am 1. März 2007 Klage bei dem Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Zur Begründung hat er im Wesentlichen auf die Begründung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren verwiesen.

In der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2007 haben der Kläger und der Beigeladene zu 1 mitgeteilt, sie hätten je nach Bedarf auf das Firmenkonto in der Form Zugriff genommen, dass sie sich sowohl für ihre laufenden privaten Ausgaben als auch für unregelmäßige Anschaffungen bedient hätten. Im Hinblick auf den Erfolg des Unternehmens hätten keine wirtschaftlichen Schwierigkeiten bestanden. Seit Anfang der 80er Jahre sei kein Fremdkapital mehr notwendig gewesen. Ein Haftungsrisiko habe auch für den Beigeladenen zu 1 nicht bestanden, da praktisch jegliches Risiko durch Versicherungen abgedeckt worden sei. Die schriftliche Vereinbarung vom 27. August 1993 sei auf Anraten eines Steuerberaters geschlossen, in der Folgezeit aber nie tatsächlich gelebt worden.

Mit Urteil vom 17. September 2007 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 18. Juli 2006 und den Widerspruchsbescheid vom 6. Februar 2007 aufgehoben und festgestellt, dass die Tätigkeit des Klägers in der Zeit vom 2. August 1993 bis zum 31. Dezember 2000 bei dem Beigeladenen zu 1 nicht der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe. Unter Würdigung der Gesamtumstände stelle die Tätigkeit des Klägers kein sozialversicherungspflichtiges abhängiges Beschäftigungsverhältnis dar. Für eine Weisungsgebundenheit und Eingliederung und damit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass der Kläger mit dem Beigeladenen zu 1 keine nach außen in Erscheinung tretende Gesellschaft gegründet habe, allein der Beigeladene zu 1 nach außen als Unternehmer in Erscheinung getreten sei und das unternehmerische Haftungsrisiko getragen habe sowie die für einen Arbeitsvertrag typische schriftliche Vereinbarung von 1993. Dagegen spreche aber, dass der Kläger und der Beigeladene zu 1 im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung in der mündlichen Verhandlung schlüssig und für die Kammer überzeugend dargelegt hätten, dass die im Jahr 1993 getroffene schriftliche Vereinbarung tatsächlich nicht in die Praxis umgesetzt worden sei. Denn schon 1994 habe der Kläger für seine Tätigkeit eine Vergütung bezogen, die knapp 40 % über der schriftlich Vereinbarten gelegen habe. Damit sei die ursprüngliche schriftliche Vereinbarung - rechtlich wirksam - mündlich oder zumindest durch konkludentes Handeln abbedungen und durch eine neue ersetzt worden. Wenngleich nach außen nicht so aufgetreten, sei im Innenverhältnis eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) zum Zwecke einer unternehmerischen Zusammenarbeit gegründet worden. Die besonders weitgehenden Freiheiten des Klägers seien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis völlig atypisch, ebenso, dass im weiteren Verlauf des unternehmerischen Zusammenwirkens keine feste Vergütungsregelung mehr getroffen und der Kläger befugt gewesen sei, auch für seinen Lebensunterhalt und für private Anschaffungen auf das Firmenkonto Zugriff zu nehmen. Insoweit habe der Kläger auch einem unternehmerischen Risiko unterlegen. Wegen seines parallel durchgeführten Studiums und der damit verbundenen Vorlesungszeiten sowie vorlesungsfreien Zeiten, Prüfungsphasen, etc. habe der Kläger seine Tätigkeit nur völlig flexibel einbringen können. Er sei insoweit nicht nur an bestimmte Tageszeiten gebunden gewesen, sondern es habe auch Zeiten gegeben, in denen er den Umfang seiner Tätigkeit für das gemeinsame Unternehmen mit dem Beigeladenen zu 1 einschränken müsse. Die Vergütung, die der Kläger erhalten habe, sei also keine Gegenleistung für eine vom Beigeladenen zu 1 bestimmte und konkret umrissene Tätigkeit gewesen, sondern eine Entlohnung für das vom Kläger selbst bestimmte unternehmerische Handeln.

Die Beigeladene zu 2 hat gegen das ihr am 11. Oktober 2007 zugestellte Urteil am 12. November 2007, einem Montag, Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt sie vor, offenbar habe bei dem Kläger ein Motivwechsel stattgefunden, wenn zunächst aus steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht ein Beschäftigungsverhältnis gelebt worden sei und nunmehr für in der Vergangenheit liegende Zeiten die selbstständige Tätigkeit mit der Folge der Beitragserstattung attraktiver erscheine. Entgegen den Angaben des Klägers im Feststellungsbogen habe mit der Vereinbarung vom 27. August 1993 eine solche mit dem Charakter eines Arbeitsvertrages bestanden. Nach dem äußeren Erscheinungsbild sei von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Die Weisungsgebundenheit des leitenden Angestellten könne sich zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern. Die

Weisungsgebundenheit trete bei Beschäftigung von Verwandten naturgemäß in sehr abgeschwächter Form auf, sei kaum messbar und die Betroffenen könnten insoweit stets die ihrer jeweiligen Interessenlage entsprechende Aussagen machen, ohne die tatsächlichen Arbeitsbedingungen preiszugeben oder ändern zu müssen. Es liege auch keine GbR vor, denn der Kläger habe im Feststellungsbogen das Vorliegen einer Personengesellschaft, zu denen auch eine GbR gehöre, verneint, der Kläger trage kein Verlustrisiko und die rückwirkende Begründung einer GbR berühre die Sozialversicherungspflicht nicht. Der Kläger sei zu Beginn der angeblich weisungsfreien selbstständigen Tätigkeit auch erst 20 Jahre alt und noch Student gewesen.

Die Beigeladene zu 2 beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 17. September 2007 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Daneben bezweifelt er unter Hinweis auf ein Aufklärungsschreiben des Sozialgerichts Hannover in einem Parallelverfahren die Befugnis der Beigeladenen zu 2 zur gerichtlichen Überprüfung der Feststellung der Sozialversicherungspflicht in der Sache.

Auf Anfrage des Berichterstatters des Senats hat der Kläger angegeben, während seines Studiums sei keine "Freistellung" in Form der Reduzierung seiner Gesamtarbeitsleistung erfolgt. Der zeitliche Umfang seiner Nichtverfügbarkeit habe sich nach dem erforderlichen Umfang für sein Studium gehandelt und habe je nach Studienphase variiert, in Prüfungswochen bis zu 70 %, während der vorlesungsfreien Zeit gegen Null. Außerdem hat er auf Anfrage mitgeteilt, neben seinem Studium noch Ausbildungen an der Bundeswehrfachschule absolviert zu haben.

Die Beigeladene zu 2 hat mitgeteilt, es seien am 8. August 2003 und am 23. Februar 2007 Betriebsprüfungen bei dem Beigeladenen zu 1 durchgeführt worden. Dabei habe man Sozialversicherungsbeiträge für den Kläger für die Jahre 1999 bis 2001 (Bescheid vom 8. August 2003) bzw. Umlagebeiträge für den Kläger für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2003 (Bescheid vom 5. März 2007) nachgefordert. Feststellungen zur Versicherungspflicht seien nicht getroffen worden. Der Kläger sei als abhängig Beschäftigter gemeldet und als solcher während der Betriebsprüfung behandelt worden.

Die übrigen Beteiligten stellen keinen Antrag.

Der Kläger und der Vertreter der Beigeladenen zu 1 sind in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat persönlich angehört worden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Niederschrift Bezug genommen.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz sowie die Verwaltungsakten der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beigeladenen zu 2 ist gemäß [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Der Senat teilt die in dem vom Kläger vorgelegten Aufklärungsschreiben des Sozialgerichts Hannover zum Ausdruck gebrachte Ansicht, dass sich der beigeladene Rentenversicherungsträger allenfalls bei einer Verletzung seiner formalen Rechtsstellung gegen die Feststellung der Sozialversicherungspflicht durch die Einzugsstelle ([§ 28h Abs. 2 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch - SGB IV) wenden kann, nicht. Durch die Feststellung der Einzugsstelle ist der Rentenversicherungsträger beschwert ([§ 54 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 SGG](#)) und daher klagebefugt (BSG, Urteil vom 1. Juli 1999, [B 12 KR 2/99 R, SozR 3-2400 § 28h Nr. 9](#)). Damit ist er bei einem die Sozialversicherungsfreiheit feststellenden Urteil des SG ebenfalls beschwert und befugt, hiergegen mit dem Rechtsmittel der Berufung vorzugehen.

Die Berufung der Beigeladenen zu 2 ist auch begründet. Das SG hat den angefochtenen Bescheid zu Unrecht aufgehoben und zu Unrecht festgestellt, dass der Kläger im maßgeblichen Zeitraum nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Zunächst kann offen gelassen werden, ob das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage - möglicherweise auch nur teilweise - fehlt, weil Rentenversicherungsbeiträge des Klägers in der Betriebsprüfung vom 8. August 2003 nicht beanstandet worden sind, daher nach [§ 26 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) als zu Recht entrichtet gelten und deswegen die Erstattung der Beiträge, was den wirtschaftlichen Hintergrund dieses Verfahrens darstellt, ausscheidet (vgl. BSG, Urteil vom 24. Juni 2008, [B 12 KR 24/07 R](#), für SozR vorgesehen, zitiert nach juris, dort Rn. 18). Gleichfalls bedarf es keiner Entscheidung, ob das Rechtsschutzbedürfnis deswegen entfallen ist, weil der Kläger die Erstattung der Beiträge zur Rentenversicherung bisher nicht ausdrücklich geltend gemacht hat und daher [§ 26 Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 1. Januar 2008 durch Gesetz vom 19. Dezember 2007 ([BGBl. I S. 3024](#)), einer Beitragserstattung entgegensteht. Denn die Berufung hat aus anderen Gründen keinen Erfolg.

Das SG hat die Sozialversicherungspflicht des Klägers im maßgeblichen Zeitraum zu Unrecht verneint. Der angefochtene Bescheid der Beklagten ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig. Die Beklagte stellt als Einzugsstelle die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung fest ([§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#)). Die Beklagte war, obwohl der Kläger im Zeitpunkt der Feststellung nicht mehr bei ihr als Mitglied gemeldet war, auch zuständig für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht in dem Zeitraum seiner Meldung bei ihr, also vom 2. August 1993 bis 31. Dezember 2000 (vgl. BSG, Urteil vom 24. Juni 2008, [a.a.O.](#)).

Der angefochtene Bescheid ist auch materiell rechtmäßig.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, § 168 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes bis 31. Dezember 1997, ersetzt durch [§ 25 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) (seit 1. Januar 1999 [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#), und Urteil vom 4. Juli 2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#)) 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. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Hieran gemessen war der Kläger im hier maßgeblichen Zeitraum Beschäftigter und damit sozialversicherungspflichtig.

Für ein Beschäftigungsverhältnis und gegen eine selbstständige Tätigkeit des Klägers spricht schon die Vereinbarung vom 27. August 1993, wonach der Kläger eben nicht als gleichberechtigter Mit-Unternehmer, sondern als Ingenieur-Assistent mit einer festen Wochenarbeitszeit von 30 Stunden und einer festen Vergütung von monatlich 2.000 DM, wie dies einem abhängig Beschäftigten entspricht, im Büro des Beigeladenen zu 1 arbeiten sollte. Die feste Monatsvergütung, die Urlaubsregelung und die vereinbarte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sind Indizien, die für eine Arbeitnehmer-tätigkeit sprechen (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); Urteil vom 4. Juli 2007 [a. a. O.](#)). Die Vereinbarung erfüllt die Kriterien eines Arbeitsvertrages (vgl. [§ 2 Abs. 1 Satz 2](#) Nachweisgesetz), auch wenn der Kläger im Feststellungsbogen angegeben hat, es gebe keinen solchen. Unzutreffend ist auch seine dortige Angabe, es sei keine Kündigungsfrist vereinbart worden.

Die Auffassung des SG, die Vereinbarung vom 27. August 1993 sei nicht in die Praxis umgesetzt worden, trifft nicht zu. Zwar geht eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass auch die getroffenen Vereinbarungen als rechtlich relevante Umstände zu den tatsächlichen Verhältnissen gehören, nach denen sich das Gesamtbild der Tätigkeit bestimmt (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008, [B 12 KR 13/07 R](#), m.w.N. zit. nach juris). Zu diesen das Gesamtbild prägenden Umständen gehören z. B. der vereinbarte Urlaubsanspruch und die vereinbarte Kündigungsfrist sowie der vertraglich eingeräumte Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall.

Im Übrigen wich die Beziehung zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1 in entscheidenden Punkten auch nicht von der Vereinbarung vom 27. August 1993 ab. Das Arbeitsentgelt des Klägers wurde als Betriebsausgabe gebucht und es wurden hierauf Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet. Entgegen der Ansicht des SG lässt sich die Bedeutungslosigkeit der Vereinbarung auch nicht aus der in den Folgejahren tatsächlich höheren Entlohnung folgern. Denn auch die Gehälter abhängig Beschäftigter können steigen, gerade wenn die Beschäftigten wichtige Aufgaben erfüllen, die zudem den Unternehmenserfolg verbessern. Wenn dies nach den Angaben des Klägers und des Beigeladenen zu 1 nicht mittels ausdrücklicher Vereinbarung, sondern konkludent erfolgte, ergibt sich daraus nicht zwingend, dass sich auch im Übrigen die Grundlagen der Tätigkeit änderten, also aus einer abhängigen Beschäftigung eine selbstständige Tätigkeit wurde. Dass es nachfolgend nach Angaben des Klägers und des Beigeladenen zu 1 zu keiner neuen schriftlichen Vergütungsvereinbarung mehr gekommen ist, spricht ebenfalls nicht für einen solchen Wandel der rechtlichen Grundlagen der Tätigkeit. Denn zum einen ist schon die schriftliche Vereinbarung, gemessen an den üblichen Inhalten eines Arbeitsvertrages, eher knapp, wenn nicht gar lückenhaft und zeigt damit, dass der Kläger und der Beigeladene zu 1 keinesfalls alles vollumfänglich schriftlich vereinbarten. Zum anderen besteht zwischen Kläger und Beigeladenem zu 1 ein enges Verwandtschaftsverhältnis, was den Verzicht auf die Schriftform - hier für die Höhe des Entgelts ab 1994 - erklärbar macht.

Der zwischen dem Kläger und seinem Vater, dem Beigeladenen zu 1, geschlossene Vertrag ist auch kein Scheingeschäft. Ein bloßes Scheingeschäft liegt nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 4. April 2007, [III ZR 197/06](#), [NJW-RR 2007, 1209](#)) vor, wenn die Parteien einverstanden nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen nicht eintreten lassen wollen (BGH, Urteil vom 20. Juli 2006, [IX ZR 226/03](#), [ZIP 2006, 1639](#), 1640). Die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts sind nicht erfüllt, wenn die erklärte Rechtsfolge von den Beteiligten ernsthaft gewollt ist, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde. Da der Beigeladene zu 1 die dem Kläger gezahlten Beträge als Betriebsausgaben abgesetzt hat, muss er gewollt haben, dass es sich um betriebliche veranlasste Aufwendungen handelt (vgl. [§ 4 Abs. 4](#) Einkommensteuergesetz - EStG). Dies ist nach der Rechtsprechung des BFH (u.a. Urteil vom 21. Januar 1999, [IV R 15/98](#), zit. nach juris) bei Lohnzahlungen an einen im Betrieb des Steuerpflichtigen mitarbeitenden Angehörigen der Fall, wenn dieser aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt wird, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbringt und der Steuerpflichtige seinerseits alle Arbeitgeberpflichten, insbesondere die der Lohnzahlung, erfüllt (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. November 1995, [2 BvR 802/90](#), [BStBl II 1996, 34](#), und Urteil des BFH vom 31. Oktober 1989, [VIII R 293/84](#), [BFH/NV 1990, 759](#)). Es ist daher davon auszugehen, dass die Vertragsparteien, das Vereinbarte ernstlich gewollt haben.

Auch Ausbildung und Kenntnisstand des Klägers zu Beginn des maßgeblichen Zeitraums sprechen gegen ein gleichberechtigtes Miteinander mit dem Beigeladenen zu 1. Der Kläger hatte das Gymnasium erst beendet und begann gerade sein Studium. Außer einer nicht näher spezifizierten aushilfsweisen Tätigkeit beim Beigeladenen zu 1 und zweier kurzer Praktika verfügte er über keinerlei berufspraktische Erfahrung. Der Kläger war deswegen gar nicht in der Lage, mit seiner durch Qualifikation und Innovationsfreude geprägten Tätigkeit wie der Beigeladene zu 1, der über seine Tätigkeit, seine finanziellen Mittel und die vorhandene Unternehmensstruktur verfügte, in gleichberechtigter Weise einen Beitrag in eine Innen-GbR einzubringen, wie es das SG meint.

Die wesentlichen unternehmenspolitischen Entscheidungen sind vom Kläger und vom Beigeladenen zu 1 nicht in gleichberechtigter Weise getroffen worden. Dem stehen die Angaben des Klägers und des Beigeladenen zu 1 vor dem SG nicht entgegen. Es mag sein, dass der Kläger an der zu Anfang des maßgeblichen Zeitraums gefällten Entscheidung, geplante Investitionsprojekte in den neuen Bundesländern nicht weiter zu verfolgen, beteiligt war und aufgrund eigener Kenntnisse sowie seiner familiären Stellung als zukünftiger Unternehmensnachfolger diese auch wesentlich beeinflusste. Dies bedeutet aber nicht, dass er hieran in gleicher Weise wie der Beigeladene zu 1 mitwirkte, die Position des Beigeladenen zu 1 also im möglichen Fall einer Uneinigkeit mit dem Kläger nicht die entscheidende gewesen wäre oder zu einer nicht auflösbaren Entscheidungsblockade geführt hätte. Denn für einen derartigen Einfluss des Klägers fehlte ihm die Rechtsmacht. Das Unternehmen des Beigeladenen zu 1 wird als Einzelunternehmen geführt, dessen Inhaber im hier streitgegenständlichen Zeitraum nur der Beigeladene zu 1 war. Dem Kläger war keine Vollmacht für das Unternehmen erteilt worden. Die Vollmachten für den Dokumentensafe und für das Bankschließfach sind unschwer mit dem Verwandtschaftsverhältnis zu erklären und sind nicht zwangsläufig betrieblichen Erfordernissen geschuldet. Es ist auch weder vorgetragen noch aus den Akten zu erkennen, dass der Kläger in der fraglichen Zeit über Kenntnisse verfügte, die denen des Beigeladenen zu 1 überlegen waren, und er daher faktisch die Geschicke des Unternehmens beeinflussen konnte. Die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1 in wichtigen Fragen (auch) auf den Rat seines Sohnes gehört hat, macht Letzteren dadurch nicht zum Mitunternehmer.

Auch aus den im Verwaltungsverfahren vorgelegten Unterlagen folgt dies nicht. Die vom Kläger unterschriebene Anmeldung einer Dienstleistungsmarke kann durchaus von einem den kaufmännischen Teil des Unternehmens betreuenden leitenden Angestellten vorgenommen werden. Gleiches gilt für die Stellenausschreibungen, den Kauf von Software-Lizenzen und den Antrag auf Arbeitsgenehmigung für einen Mitarbeiter, worauf sich die Schreiben beziehen, die den Kläger als Bearbeiter nennen bzw. von ihm unterschrieben sind. Die Anmeldung einer Domain sowie die Tragung der - eher überschaubaren - Kosten hierfür, lassen sich noch gut mit der Stellung eines engagierten leitenden Angestellten vereinbaren und weisen nicht notwendig auf eine Unternehmerstellung hin. Schließlich ändert die vorgetragene, nicht näher spezifizierte Mitwirkung im Bereich Personalplanung und Personalauswahl hieran nichts. Auch wer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt kann - als leitender Angestellter - bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, Urteil vom 24. Juni 1982, [12 RK 45/80](#)). Vollmacht für den Dokumentensafe erhielt der Kläger auch nicht unmittelbar nach Beginn seiner Tätigkeit - was bei dem vom Kläger vorgetragenen, von Anfang an bestehenden, gleichberechtigten Miteinander mit dem Beigeladenen zu 1 nahe gelegen hätte - sondern erst ein Jahr später (Vollmachtsurkunde vom 23. September 1994). Die Vollmacht für das Bankschließfach wurde erst am 21. Mai 1997 erteilt.

Der Kläger war damit in den Betrieb des Beigeladenen zu 1 eingegliedert und unterlag dem Weisungsrecht des Beigeladenen zu 1 als Arbeitgeber. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter engen Verwandten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (vgl. BSG, Urteil vom 21. April 1993, [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)). Ebenfalls unschädlich ist, dass von dem Weisungsrecht vor allem im fachlichen Bereich nicht vollumfänglich Gebrauch gemacht wurde. Je höher die Qualifikation des Beschäftigten ist, desto geringer sind in der Regel die Weisungen, die ihm zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgaben erteilt werden (vgl. BSG, Urteil vom 14. Mai 1981, [12 RK 11/80](#); Urteil vom 18. Dezember 2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)). Das ändert jedoch nichts daran, dass das Weisungsrecht besteht.

Es mag sein, dass der Kläger seine Arbeitszeit frei gestalten konnte. Dies entspricht der familiären Prägung, mit der das Unternehmen betrieben wurde und dem Umstand, dass dem Kläger die Aufnahme und Durchführung seines Studiums ermöglicht werden sollte.

Ein eigenes Unternehmerrisiko, ebenfalls typisches Merkmal einer selbstständigen Tätigkeit, bestand für den Kläger nicht. Das Einzelunternehmen wurde allein von dem Beigeladenen zu 1 betrieben. Er wäre von etwaigen Gläubigern in Haftung genommen worden. Auch wenn, wie vorgetragen, für dieses Risiko Vorsorge durch den Abschluss entsprechender Versicherungen getroffen wurde, berührt dies die Haftung des Einzelunternehmers dem Grunde nach nicht. Die Entnahmen des Klägers aus dem Firmenkonto begründen ein solches Risiko ebenfalls nicht. Hierbei handelt es sich um den Zugriff auf Vermögen innerhalb der Familie. Die finanzielle Abhängigkeit von familiären Zuwendungen, die wiederum vom wirtschaftlichen Erfolg eines von einem Familienmitglied geführten Unternehmens abhängen, findet sich nicht selten, ohne dass deswegen eine Unternehmerstellung anzunehmen ist.

Das Verhältnis des Klägers zu dem von dem Beigeladenen zu 1 betriebenen Unternehmen stellt sich bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung als ein in der betrieblichen Praxis nicht untypischer Entwicklungsprozess eines Hineinwachsens der jüngeren Familienangehörigen in die Unternehmensnachfolge dar. Es entspricht aber der allgemeinen Lebenserfahrung, dass erst eine rechtlich durchgeführte und damit vollzogene Betriebsübergabe von den Eltern auf die Kinder den (von allen Beteiligten auch als solchen wahrgenommenen) wirklichen "Einschnitt" in der Unternehmensnachfolge darstellt. Erst dann endet das allmähliche Hineinwachsen in eine etwaige Unternehmensnachfolge und erst dann existiert auch das bis dahin nach wie vor fortbestehende, wenn auch möglicherweise faktisch nicht mehr ausgeübte Weisungsrecht nicht weiter. Bis zum rechtlichen Vollzug einer Unternehmensnachfolge besteht dagegen immer noch die Möglichkeit, an der Nichtausübung eines Weisungsrechts jederzeit etwas zu ändern, so dass bis dahin sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht entsprechende Unsicherheiten verbleiben (st. Rspr. des Senats, zuletzt Urteil vom 9. Dezember 2008, [L 11 KR 2361/08](#), sowie BSG, Urteil vom 30. Januar 1999, [B 11 RA 47/88](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#)). Im hier zu beurteilenden Fall haben der Kläger und der Beigeladene zu 1 noch im Jahr 2005 ausdrücklich angegeben, eine Nachfolge solle in 2 bis 5 Jahren erfolgen. Nur nebenbei sei erwähnt, dass der Kläger nach der über das Internet (www.ingkbw.de) bei der Ingenieurkammer B.-W. abrufbaren Liste immer noch als angestellter Ingenieur freiwilliges Mitglied der Ingenieurkammer ist, wie er auch in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat.

Da der Senat über die Tätigkeit im Zeitraum 2. August 1993 bis 31. Dezember 2000 zu entscheiden hat, wird die hier vorgenommene Beurteilung nicht dadurch berührt, dass die m. Betriebskrankenkasse und die T. BKK zu einem anderen Ergebnis gekommen sind. Ihre Feststellungen betreffen einen späteren, insbesondere nach Abschluss des Ingenieurstudiums liegenden Zeitraum. Diese Einschätzung ist auch von der Beigeladenen zu 2 nicht geteilt worden.

Im Ergebnis ist daher die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Beklagten nicht zu beanstanden und der Berufung der Beigeladenen zu 2 stattzugeben. Auf die Berufung wird daher das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Hierauf und auf [§ 193 SGG](#) beruht die Kostenentscheidung.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht erfüllt sind.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-04-02