

## L 11 KR 5264/08

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen

S 9 KR 5975/07

Datum

28.08.2008

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 KR 5264/08

Datum

28.04.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 28. August 2008 aufgehoben und der Bescheid der Beklagten vom 20. April 2007 abgeändert. Es wird festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 bei der Beigeladenen zu 2 seit 1. September 1999 rentenversicherungspflichtig ist.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 55.734,13 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen dem klagenden Rentenversicherungsträger und der beklagten Krankenkasse (Einzugsstelle) ist streitig, ob der Beigeladene zu 1 bei seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 2 seit dem 1. September 1999 rentenversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Der am 6. Mai 1967 geborene Beigeladene zu 1 absolvierte 1986 die Gesellenprüfung für das Bäckerhandwerk. Nach Tätigkeiten als Geselle bei verschiedenen Bäckereien arbeitete er, wie bereits zuvor vom Mai 1988 bis August 1989, seit dem 1. Dezember 1998 in der Bäckerei K ... Die am 27. Februar 1973 geborene Beigeladene zu 2 ist die Ehefrau des Beigeladenen zu 1 und seit 1996 Bäckermeisterin. Die Beigeladenen haben zwei gemeinsame Kinder (geboren 17. August 1999 und 9. April 2002).

Zum 1. September 1999 pachtete die Beigeladene zu 2 die Betriebsräume der Bäckerei K ... Den für die Zeit ab 1. Dezember 2002 abgeschlossenen Pachtvertrag vom 1. Dezember 2002 (AS 43 - 48 der Senatsakten) unterschrieb auch der Beigeladene zu 1 "mithaftend für sämtliche Ansprüche aus dem Vertrag". Die Gewerbeanmeldung erfolgte zum 21. September 1999 durch die Beigeladene zu 2. Der Betrieb wurde fortan als Einzelfirma geführt. Der Beigeladene zu 1 arbeitete dort. Er wurde bei der Beklagten als Beschäftigter der Beigeladenen zu 2 gemeldet und dort als versicherungspflichtiges Mitglied geführt. Gemeldet wurde Arbeitsentgelt, welches zunächst anstieg (von 30.009,25 EUR in 2000 bis 32.494,00 EUR in 2003), um dann wieder abzusinken (2004: 31.878,00 EUR, 2005: 30.505,00 EUR, 2006: 29.928,00 EUR, 2007: 29.928,00 EUR; Einzelheiten AS 27 der Akten der Klägerin). Der Lohn wurde als Betriebsausgabe gebucht und vom Beigeladenen zu 1 als Einkommen versteuert. Für die Zeit vom 1. September 1999 bis zum 30. April 2006 wurden für den Beigeladenen zu 1 Pflichtbeiträge u.a. zur Rentenversicherung entrichtet und die entsprechenden Jahresmeldungen erstellt.

Am 17. Januar 2001 nahmen die Beigeladenen ein Darlehen über 58.000 DM bei der Kreissparkasse W. auf. Ein weiteres Darlehen i.H.v. 50.000 EUR nahm die Beigeladene zu 2 am 7. April 2004 alleine auf. Der Beigeladene zu 1 verbürgte sich dafür und für den der Beigeladenen zu 2 gewährten Kontokorrentkredit unter dem 22. März 2004 bis zu einem Betrag von 75.000 EUR. Zur Sicherung der Forderungen traten die Beigeladenen zu 1 und 2 die Ansprüche aus Lebensversicherungen ab.

Im Dezember 2005 beantragten die Beigeladenen zu 1 und 2 bei der Beklagten, den sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1 zu überprüfen. Dieser unterliege nicht der Sozialversicherungspflicht, weil er nicht weisungsgebunden sei, seine umfangreiche Tätigkeit frei bestimme und für seinen Aufgabenbereich eigenständig verantwortlich sei. Er sei ein der Beigeladenen zu 2 absolut gleichwertiger Partner und setze sich ganz für das Wohl des Unternehmens ein. Ohne seine Fachkenntnisse könne der Betrieb der Beigeladenen zu 2 nicht existieren. Der Beigeladene zu 1 trage dafür angesichts der von ihm gestellten Sicherheiten auch ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Risiko. Nach dem vorgelegten Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen gaben die Beigeladenen zu 1 und 2 u.a. an, es liege kein schriftlicher Arbeitsvertrag vor.

Der Beigeladene zu 1 arbeite mindestens 60 Wochenstunden im Betrieb bei freier und nach Belieben einzuteilender Arbeitszeit. Er erhalte dafür ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt von 2.685 EUR, im Jahr 2005 auch Weihnachts- und Urlaubsgeld in Höhe von je 270 EUR. Zum Wohle des Unternehmens verzichte er auf höheres Gehalt.

Am 20. April 2006 stellte sie mit Bescheid fest, bei der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 bei der Beigeladenen zu 2 seit dem 1. September 1999 handle es sich nicht um eine versicherungspflichtige Beschäftigung. Dafür spreche die Entwicklung des Arbeitsentgelts, die in den vorangegangenen Jahren unterschiedlich verlaufen sei und nicht die sonst üblichen Steigerungsraten aufweise, sondern verringert worden sei. Der Beigeladene zu 1 arbeite völlig weisungsfrei, wirke angesichts seiner einschlägigen Branchenkenntnisse bei der Führung des Betriebs mit und habe eine flexible Arbeitszeit. Er habe Sicherheiten für den Betrieb gestellt, was mit einem gewissen unternehmerischen Risiko behaftet sei und von einem Arbeitnehmer unter gewöhnlichen Umständen nicht zu erwarten sei.

Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 10. April 2007 mit, die Sozialversicherungspflicht sei zu verneinen. Nachdem die Beklagte der Aufforderung der Klägerin, den Bescheid vom 20. April 2006 zurückzunehmen, nicht entsprochen hatte, hat die Klägerin am 14. Dezember 2007 Klage bei dem Sozialgericht Karlsruhe (SG) erhoben. Zur Begründung der Klage hat die Klägerin ausgeführt, man wünsche keine Wiederholung des Verwaltungsverfahrens, obwohl sich die Beklagte nicht mit ihr abgestimmt habe. Die überwiegenden Gründe würden für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen. Die Angaben im Feststellungsbogen seien ergebnisorientiert auf die Erstattung vermeintlich zu Unrecht gezahlter Pflichtbeiträge ausgerichtet.

Die Beklagte ist der Klage unter Verweis auf ihre Ausführungen aus dem Verwaltungsverfahren entgegengetreten.

Das SG hat den Versicherten (Beigeladenen zu 1) und die Arbeitgeberin (Beigeladene zu 2) zum Verfahren beigeladen (Beschluss vom 27. Dezember 2007). Diese haben angegeben, der Beigeladene zu 1 sei zuletzt im Dezember 2007 für einen Tag arbeitsunfähig erkrankt, ohne dafür Lohnfortzahlung erhalten zu haben. Nennenswerte Zeiten der Arbeitsunfähigkeit habe es in der zurückliegenden Zeit nicht gegeben; im Krankheitsfall sei der Beigeladene zu 1 nach eigenem Ermessen zuhause geblieben oder sei früher nach Hause gegangen.

Das Gericht hat die Beigeladenen zu 1 und 2 im Termin zur mündlichen Verhandlung angehört und den bei der Beigeladenen zu 2 beschäftigten Bäckergehilfen G. L. als Zeugen vernommen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Niederschrift vom 28. August 2008 (AS 26 ff der SG-Akte) Bezug genommen.

Mit Urteil vom 28. August 2008 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Klage sei zulässig, insbesondere die Klägerin klagebefugt, es bedürfe keines Vorverfahrens und die Klagefrist sei eingehalten. Der Bescheid sei nicht wegen formeller Rechtswidrigkeit aufzuheben, da die Klägerin auf die Wiederholung des Verwaltungsverfahrens verzichtet habe. Der Bescheid sei auch sonst rechtmäßig. Der Beigeladene zu 1 sei nicht bei der Beigeladenen zu 2 abhängig beschäftigt. Zwar fehle es an der Mitinhaberschaft an der Bäckerei und damit an der Haftung im Insolvenzfall. Durch die Bürgschaften und Sicherungsabtretungen für Geschäftsverbindlichkeiten der Beigeladenen zu 2 gehe der Beigeladene zu 1 zwar ein erhebliches Risiko ein, jedoch sei es gängige Praxis der Banken, bei Krediten Bürgschaften der Ehepartner zu verlangen oder als Darlehensnehmer neben dem Betriebsinhaber auch dessen Ehepartner zu verpflichten. Dem Beigeladenen zu 1 sei die Firmeninhaberschaft von seinem früheren Arbeitgeber, Herrn K., angetragen worden. Dass er die Übertragung der Firma an die Beigeladene zu 2 vermittelt habe, sei allein von der Erwägung getragen worden, dass die Führung des Betriebs einerseits einen Bäckermeister erfordern würde, es aber andererseits wirtschaftlich sinnvoller sei, dass die Beigeladene zu 2 die Meisterprüfung ablegte, da der Beigeladene zu 1 als männlicher Bäckergehilfe mehr verdienen würde als die Beigeladene zu 2 als weiblicher Geselle. Die näheren Umstände zu der Entscheidung, wer von den Eheleuten den angebotenen Betrieb als Inhaber übernehmen solle, sei mithin eine bloße Folgeentscheidung zu der Entscheidung darüber gewesen, wer von beiden "den Meister machen" solle. Letztere sei aber ersichtlich nicht auf die Ausgestaltung eines Abhängigkeitsverhältnisses gerichtet gewesen, sondern sei in gleichberechtigtem Miteinander aus rein wirtschaftlichen Erwägungen getroffen worden. Dann aber stelle es sich aus statusrechtlicher Hinsicht als gleichsam zufälliger Befund dar, dass gerade die Beigeladene zu 2 und nicht der Beigeladene zu 1 Inhaber des Betriebs geworden sei. In dieses Bild füge es sich auch nahtlos ein, dass nie ein Arbeitsvertrag geschlossen worden sei. Vor diesem Hintergrund der Betriebsübernahme und -gründung anzunehmen, es bestehe eine wenigstens potentiell vorhandene Weisungsabhängigkeit gerade des einen Ehegatten von dem anderen, erscheine wenig überzeugend. Dass sich eine solche Abhängigkeit entgegen der 1999 verfolgten Konzeption dennoch in der Folgezeit gleichsam faktisch entwickelt habe, sei nicht ersichtlich. So sei bereits die anlässlich der Betriebsübernahme erforderlich gewordene Neustrukturierung der Aufgabenwahrnehmung in dem Bäckereibetrieb nicht etwa federführend durch die Beigeladene zu 2 als Bäckermeisterin und dann Betriebsinhaberin erfolgt, sondern in gemeinschaftlicher Absprache. Die dabei gefundene Aufgabenverteilung zeige ein gleichberechtigtes Nebeneinander. Die Ehegatten würden, durch die verwandtschaftliche Nähe bedingt, zwar in ihren Zuständigkeitsbereichen regelmäßig keine vollendeten Tatsachen schaffen, sondern auf beabsichtigte Entscheidungen hinweisen und Rücksprache nehmen, jedoch komme jedem in seinem Bereich ein Letztentscheidungsrecht zu. Jedenfalls für denjenigen Aufgabenbereich, für den der Beigeladene zu 1 nach der gemeinschaftlich getroffenen Funktionsverteilung zuständig sei, sei er in der Lage, faktisch wie ein Alleinhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken zu führen, ohne dass ihn die Beigeladene zu 2 daran hindere. Daher fehle es an der persönlichen Abhängigkeit. Daneben komme der steuerrechtlichen Einordnung keine starke Indizwirkung zu, da über die Versicherungspflicht unabhängig von der Beurteilung der Finanzbehörden zu entscheiden sei.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 21. Oktober 2008 zugestellte Urteil am 14. November 2008 Berufung eingelegt. Man könne den Schlussfolgerungen des SG nicht folgen. Dieses habe zutreffend festgestellt, dass der Beigeladene zu 1 kein unmittelbares unternehmerisches Risiko trage und alleinige Inhaberin des Unternehmens die Beigeladene zu 2 sei. Sie allein träge aufgrund ihrer unternehmerischen Stellung die Haftung für den Betrieb und damit auch das unternehmerische Risiko. Sie habe das Sagen und sei "Kopf und Seele" des Betriebes. Letztendlich habe der Inhaber des Betriebes auch die Verantwortung für die kaufmännische Leitung. Bezüglich der Übernahme von Bürgschaften und Sicherungsabtretungen werde auf das Urteil des Bayerischen LSG vom 14. Dezember 2006, [L 4 KR 3/04](#), verwiesen, in dem trotz umfangreicher Darlehensaufnahme die Selbständigkeit der Ehefrau verneint worden sei. Das Tätigkeitsfeld des Beigeladenen zu 1 habe von Anfang an im Bereich Produktion, das seiner Ehefrau im kaufmännischen Bereich gelegen. Dahingegen besitze die Beigeladene zu 2 als Bäckermeisterin sowohl im produktiven als auch im kaufmännischen Bereich umfassende Fachkenntnisse und sei somit alleine zur Führung des Unternehmens qualifiziert. Die weitgehende Weisungsfreiheit in einem bestimmten Tätigkeitsbereich und Übertragung einer Bankvollmacht sei typisch für die Tätigkeit eines leitenden Angestellten, der Dienste höherer Art ausübe. Eine Absprache bestimmter Unternehmerentscheidungen mit dem Ehepartner entspreche dem Normalfall in einer Ehe. Hierdurch werde jedoch

ein ansonsten bestehendes, durch die familiären Bindungen modifiziertes Weisungsrecht der Ehefrau nicht ausgeschlossen. Der Beigeladene zu 1 könne gegen den Willen der Beigeladenen zu 2 nichts durchsetzen. Letztendlich habe die Betriebsinhaberin seine Vorschläge zu Personaleinstellungen, Produktionsumstellung und Anschaffung von Maschinen zu ihren eigenen gemacht. Dies ergebe sich auch aus den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Die Beigeladene zu 2 habe die Meisterprüfung bereits am 30. Juli 1996 bestanden. Insofern habe sich die Frage, wer vor der Übernahme der Bäckerei K. den Meister mache, nie gestellt. Bereits die Hälfte des Tariflohns stelle ein leistungsentprechenden Entgelt bei Beschäftigungsverhältnissen innerhalb der Familie dar.

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 28. August 2008 aufzuheben, 2. den Bescheid der Beklagten vom 20. April 2007 aufzuheben, soweit darin festgestellt worden ist, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 bei der Beigeladenen zu 2 seit 1. September 1999 nicht rentenversicherungspflichtig ist und 3. festzustellen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 für die Beigeladene zu 2 seit 1. September 1999 rentenversicherungspflichtig ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Der Beigeladene zu 1 habe glaubhaft gemacht, dass er für die Backstube und somit für das "Handwerk" selbst unverzichtbar sei. Er leite die Produktion, kaufe neue Maschinen, entscheide über die Einstellung/Entlassung von Mitarbeitern, genehmige Urlaub und unterliege Weisungen nicht einmal im Ansatz. Diese erteile er selbst. Das Urteil des Bayrischen LSG betreffe eine Kapitalgesellschaft und sei nicht übertragbar.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Auf Anforderung des Senats hat die Beigeladene zu 2 eine Kopie des Pachtvertrages sowie Kopien der Gehaltsabrechnungen des Beigeladenen zu 1 übersandt. Sie hat mitgeteilt, dass das Gehalt des Beigeladenen zu 1 auf ein gemeinsames Konto überwiesen werde, auf das beide Eheleute Zugriff hätten.

Die Klägerin hat mitgeteilt, es seien am 8. Dezember 2003 und 15. März 2007 Arbeitgeberprüfungen im Unternehmen der Beigeladenen zu 2 durchgeführt worden. Sie hat die Prüfbescheide in Kopie übersandt (AS 80 ff der Senatsakten). Eine Erstattung der Rentenversicherungsbeiträge habe der Beigeladene zu 1 zumindest förmlich bisher nicht beantragt. Weiterhin hat die Klägerin Hochrechnungen der möglichen Rentenversicherungsbeiträge für die Zeit ab 1. Mai 2006 vorgelegt, in der die Beklagten als Einzugsstelle von Versicherungsfreiheit ausgegangen ist und in der keine Beiträge zur Rentenversicherung mehr bezahlt worden sind.

Der Senat hat die Pflegekasse und die Bundesagentur für Arbeit zum Verfahren beigeladen (Beschluss vom 8. April 2008). Die Beigeladene zu 1 und 2 sind in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ergänzend gehört worden.

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 gemäß [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Das SG hätte die Klage nicht abweisen dürfen, denn sie ist zulässig und begründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Er war daher aufzuheben. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 für die Beigeladene zu 2 in der Zeit ab 1. September 1999 war rentenversicherungspflichtig.

Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage gemäß [§ 54 Abs. 1 Satz 1](#), [§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) statthaft.

Die Klägerin ist auch klagebefugt, weil sie als Rentenversicherungsträger durch den angefochtenen Bescheid beschwert ist (vgl. BSG, Urteil vom 1. Juli 1999, [B 12 KR 2/99 R](#), [SozR 3-2400 § 28h Nr. 9](#)). Ihrer Klage fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis, weil Rentenversicherungsbeiträge des Beigeladenen zu 1 in den Betriebsprüfungen nicht beanstandet worden sind, daher die Beiträge nach [§ 26 Abs. 1 Satz 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) als zu Recht entrichtet gelten und deswegen die Erstattung der Beiträge, was den wirtschaftlichen Hintergrund des von den Beigeladenen zu 1 und 2 eingeleiteten Verfahrens darstellt, ausscheiden könnte (vgl. BSG, Urteil vom 24. Juni 2008, [B 12 KR 24/07 R](#), [SozR 4-2400 § 28h Nr. 4](#), zitiert nach juris, dort Rn. 18). Keiner Entscheidung bedarf es auch, ob das Rechtsschutzbedürfnis deswegen entfallen ist, weil der Beigeladene zu 1 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 entgegenstehen könnte. Zumindest für die Zukunft hat eine Feststellung der Freiheit von der Rentenversicherungspflicht Bedeutung und durfte daher von der Klägerin angegriffen werden.

Der Durchführung eines Vorverfahrens bedurfte es nicht, da ein Versicherungsträger klagt ([§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGG](#)).

Die Klagefrist ist eingehalten. Die Klagefrist endet nach [§ 87 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) nach Ablauf eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Bekanntgabe im Sinne des [§ 37 Abs. 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) ist die zielgerichtete Mitteilung des Verwaltungsaktes durch die Behörde (Krasney in: Kasseler Kommentar, [§ 37 SGB X](#) Rdnr. 3). Richtet sich ein Bescheid (Verwaltungsakt) an mehrere Beteiligte oder sind Mehrere von ihm betroffen, genügt für eine Bekanntgabe, dass der Regelungsinhalt dem Betroffenen in der Absicht zugeleitet wird, dass auch dieser davon Kenntnis nimmt; die Übermittlung einer Kopie an diesen genügt, die Übergabe einer förmlichen Ausfertigung ist nicht erforderlich (BSG, Urteil vom 17. September 2008, [B 6 KA 28/07 R](#), zit. nach juris, m.w.N.; Engelmann in: von Wulffen, SGB X, 6. Auflage 2008, § 37 RdNr. 9). Daran fehlt es hier. Im Übrigen enthält das Schreiben der Beklagten vom 18. Juli 2007, mit dem die Beklagte die Klägerin darüber informiert hat, dass ein Bescheid an dem Beigeladenen zu 1 ergangen ist, keine Belehrung über

einen der Klägerin zustehenden Rechtsbehelf, womit die Jahresfrist des [§ 66 Abs. 2 SGG](#) zur Anwendung gelangt. Diese hat die Klägerin eingehalten. Die mit der Anfechtungsklage kombinierte Feststellungsklage ist ebenfalls zulässig, insbesondere verfügt die Klägerin im Hinblick auf mögliche Beitragsersatzforderungen der Beigeladenen über das gemäß [§ 55 Abs. 1 SGG](#) notwendige Feststellungsinteresse.

Die Klage ist auch begründet.

Ob der angefochtene Bescheid formell rechtswidrig ist, weil die Klägerin entgegen [§ 12 Abs. 2 Satz 2](#) letzter Halbsatz SGB X von dem Verwaltungsverfahren nicht rechtzeitig benachrichtigt worden ist (vgl. dazu BSG, Urteil vom 1. Juli 1999, [a.a.O.](#), juris, Rn. 36), kann unentschieden bleiben. Die Klägerin hat im gerichtlichen Verfahren erklärt, auf eine Wiederholung des Verwaltungsverfahrens zu verzichten, womit es dieses nicht bedarf (vgl. BSG, Urteil vom 29. Januar 1998, [B 12 KR 35/95 R](#), [SozR 3-2600 § 158 Nr. 1](#); Urteil vom 1. Juli 1999, [a.a.O.](#)).

Der angefochtene Bescheid ist jedenfalls materiell rechtswidrig.

Die Beklagte stellt als Einzugsstelle auch die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Rentenversicherung fest ([§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#)). Versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sind nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB VI) u. a. solche Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (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 Beigeladene zu 1 im hier maßgeblichen Zeitraum Beschäftigter und damit rentenversicherungspflichtig.

Zwar sprechen durchaus Gesichtspunkte gegen die Annahme einer Beschäftigung. So wird das Gehalt des Beigeladenen zu 2 auf ein gemeinsames Konto überwiesen wird, auf das die Beigeladenen zu 1 und 2 Zugang haben. Auch treten die Beigeladene zu 1 und 2 nach dem Briefpapier (AS 42 der Senatsakten) und dem Firmenstempel (AS 60 der Senatsakten) rein äußerlich als gemeinsame Inhaber der Bäckerei auf.

Die gewichtigeren Gründe sprechen jedoch für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis und gegen eine Mitunternehmerschaft. So ist die Bäckerei allein von der Beigeladenen zu 2 gepachtet worden und diese ist allein gewerberechtlich als Inhaberin gemeldet worden ist. Die feste Monatsvergütung, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall - auch wenn nur wenig in Anspruch genommen - , die Gewährung einer Weihnachtsgratifikation und von Jahresurlaub sind ebenfalls 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.](#)). Das Arbeitsentgelt wird als Betriebsausgabe gebucht und es werden hierauf Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet. Zudem wird den Beigeladenen zu 1 nach den vorgelegten Gehaltsabrechnungen auch ein (steuerfreier) Nachtzuschlag von 25 % bezahlt, er erhält vermögenswirksame Leistungen und Leistungen der betrieblichen Altersversorgung.

Das Arbeitsentgelt des Beigeladenen zu 1 ist zwar mit den Jahren leicht zurückgegangen, aber immer noch im Rahmen dessen, was bei einem abhängig Beschäftigten zu erwarten ist. So erhält ein Geselle nach dem 4. Gesellenjahr nach dem Lohn- und Gehaltstarifvertrag für das Bäckerhandwerk in Baden-Württemberg einen Stundenlohn von 10,70 EUR, was bei einer 40-Stundenwoche und 52 Arbeitswochen im Jahr 22.256 EUR entspricht. Der Tariflohn ist seit 1996 nicht mehr erhöht worden. Hinzu kommen die erwähnten Zuschläge.

Zwar sind die Beigeladenen zu 1 und 2 in getrennten Bereiche der Bäckerei tätig. Während der Beigeladene zu 1 für den Bereich der Produktion (Backstube, Einkauf von Rohware und Maschinen etc.) zuständig ist, kümmert sich die Beigeladene zu 2, auch bedingt durch die Erziehung zweier Kinder, vorrangig um den kaufmännischen Bereich. Dies lässt sich aber noch mit der Stellung eines leitenden Angestellten des Beigeladenen zu 1 in Einklang bringen. Jedenfalls wäre die Beigeladene zu 2 auch faktisch nicht gehindert, dem Beigeladenen zu 1 Weisungen in seinem Bereich zu geben. Die Fachkenntnisse des Beigeladenen zu 1 gehen nicht etwa über diejenigen der Beigeladenen zu 2 hinaus. Im Gegenteil hierzu kann angenommen werden, dass sie es ist, die als Bäckermeisterin über die überwiegenden Fachkenntnisse verfügt.

Auch wenn die Beigeladene zu 2 nicht selbst in der Backstube steht, so hat sie doch durchgehend die rechtliche Verantwortung für das dort hergestellte Backwerk. Denn Voraussetzung der Betreibung einer Bäckerei ist die Eintragung in die Handwerksrolle und damit das Bestehen der Meisterprüfung ([§ 1 Abs. 2](#), [§ 7 Abs. 1a](#) Handwerksordnung - HwO - i. V.m. Nr. 30 der Anlage A). Zwar hätte der Beigeladene zu 2 nach [§ 7b HwO](#) auch eine Ausübungsberechtigung für das Handwerk erhalten können, wenn er nach der Gesellenprüfung das Handwerk sechs Jahre, davon vier Jahre in leitender Stellung, ausgeübt hätte. Eine solche hat er aber bei der zuständigen höheren Verwaltungsbehörde ([§ 7b Abs. 2 HwO](#)) nicht beantragt und sie ist ihm auch nicht erteilt worden. Diese Verantwortung hat der Beigeladene zu 1 im Hinblick auf die Regelungen in der Handwerksordnung damit aus rechtlichen Gründen in keiner Weise übernehmen können. Dass diese ausschließlich bei dem Handwerksmeister oder einer ihm nach [§ 7b HwO](#) gleichgestellten Person angesiedelt werden kann, spricht wiederum sehr deutlich für eine Eingliederung in den Betrieb und in den Verantwortungsbereich der Beigeladenen zu 2 (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20. September 2007, [L 16 \(14\) R 40/05](#), juris). Der Umstand, dass die Beigeladene zu 2 und nicht der Beigeladene zu 1 die Bäckerei gepachtet hat und sich gewerberechtlich angemeldet hat, ist damit - anders als das SG meint - nicht Ergebnis eines einvernehmlichen, gleichberechtigten, arbeitsteiligen Handelns, sondern nur Ausdruck, dass die Beigeladenen zu 1 und 2 die rechtlichen Rahmenbedingungen akzeptiert und ihr rechtliches Verhältnis zueinander in der Bäckerei danach ausgerichtet haben. Ob diese Entscheidung bereits auf die -

notwendigerweise mehrere Jahre zuvor vorgenommenen - Überlegungen der Beigeladenen zu 1 und 2 zurückzuführen ist, wer von beiden nun die Meisterausbildung absolviere, wie das SG meint, liegt eher fern, bedarf aber keiner Entscheidung.

Ein eigenes Unternehmerrisiko, ebenfalls typisches Merkmal einer selbstständigen Tätigkeit, bestand und besteht für den Beigeladenen zu 1 nicht. Das Einzelunternehmen wird allein von der Beigeladenen zu 2 betrieben. Sie würde von etwaigen Gläubigern in Haftung genommen. Die übernommenen Mithaftungen und Bürgschaften im Pachtvertrag und in den Darlehensverträgen sind, worauf bereits das SG hingewiesen hat, Folge der Praxis von Banken und vergleichbaren Gläubigern, auch den Ehegatten in die Haftung zu nehmen. Dies ist damit Folge des Umstands, dass der Beigeladene zu 1 mit der Beigeladenen zu 2 verheiratet ist und erfolgt damit unabhängig davon, ob er im Unternehmen tätig ist oder nicht. Ob die Erwägungen in dem vorgelegten Urteil des Bayerischen LSG übertragbar sind, bedarf keiner Entscheidung.

Der Beigeladene zu 1 war und ist damit in den Betrieb eingegliedert und unterliegt dem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 2 als Arbeitgeberin. 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 wird. 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.

Die Weisungen, die der Beigeladene zu 1 an die in der Bäckerei beschäftigten Gesellen gibt, und seine Mitwirkung bei der Personalauswahl schließen ein Beschäftigungsverhältnis nicht aus. Selbst wer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt kann - als leitender Angestellter - bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, Urteil vom 24. Juni 1982, [12 RK 45/80](#)).

Es mag sein, dass der Beigeladene zu 1 seine Arbeitszeit frei gestalten konnte. Dies entspricht der familiären Prägung, mit der das Unternehmen betrieben wurde. Angesichts der vom Beigeladenen zu 1 geltend gemachten Arbeitszeit von mehr als 60 Stunden wöchentlich und den Anforderungen an eine Bäckerei, frische Ware zu im Wesentlichen feststehenden Zeiten anbieten zu können, war dieses Gestaltungsrecht auch mehr ein theoretisches.

Im Ergebnis ist daher die rentenversicherungsrechtliche Beurteilung der Beklagten nicht zutreffend. Der Beigeladene zu 1 war und ist abhängig beschäftigt. Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des SG und der Bescheid der Beklagten aufgehoben. Der Senat kann damit auch die entsprechende Feststellung treffen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. den [§ 154 Abs. 1](#) und 2, [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Der Streitwert beruht auf [§ 52 Abs. 1](#) des Gerichtskostengesetzes (GKG) und entspricht der denkbaren Erstattung der Kosten der Rentenversicherungsbeiträge, wenn die Entscheidung der Beklagten Bestand gehabt hätte. Hinzu kommen die nachzufordernden Beiträge, weil die Beklagte seit 1. Mai 2006 von Sozialversicherungsfreiheit ausgegangen ist. Abzustellen war auf die tatsächlich geleisteten Rentenversicherungsbeiträge bzw. auf die Hochrechnungen, wie sie die Klägerin vorgenommen hat. Für die Zeit bis 31. Dezember 2007 sind dies nach den Berechnungen der Klägerin bis 31. Dezember 2007 50.274,72 EUR (Schriftsatz vom 7. November 2008, AS 2 der Akte S 0 LR 5424/08 W-A), hinzu kommen für 2008 5.955,68 EUR (entspricht 496,31 EUR pro Monat) und für 2009 496,31 EUR pro Monat (Schriftsatz vom 11. März 2009, AS 79 der Senatsakten). Zu berücksichtigen sind nach [§ 40 GKG](#) aber nur die Summen zum Zeitpunkt der ersten Antragstellung im Sinne der Anhängigmachung (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl. 2008, [§ 49 GKG](#) Rn. 3) des Rechtszugs, damit für das SG bis einschließlich Dezember 2007 und für den Senat bis einschließlich November 2008. Für die Festsetzung des SG im Beschluss vom 27. November 2008 ergibt sich daher kein Änderungsbedarf nach [§ 63 Abs. 3 GKG](#). Für das Berufungsverfahren ergibt sich die Summe von 55.734,13 EUR (50.274,72 EUR + 11 x 496,31 EUR).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-05-17