

L 11 KR 2209/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 1 KR 4055/06
Datum
26.11.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 2209/10
Datum
28.09.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 26. November 2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger in der Zeit vom 1. Juli 2001 bis zum 2. März 2008 bei der Beigeladenen zu 1 versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der 1977 geborene Kläger hat keine abgeschlossene Berufsausbildung. Nach sechs Semestern Betriebswirtschaft brach er das Studium ab, um in den väterlichen Betrieb "einzusteigen". Alleingesellschafter der Firma Autohaus H. GmbH, der Beigeladenen zu 1, war nach der Gesellschaftssatzung vom 25. September 1987 der Vater des Klägers, W. H ... Dieser hielt 100 % des Stammkapitals von (damals) 50.000,- DM und war auch der alleinige Geschäftsführer der GmbH.

Bereits am 11. Dezember 2000 hatte er ebenso wie sein Vater eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe des Bestellwerts von 500.000,- DM für den Einkauf von 30 Fahrzeugen der Marke Saab unterschrieben, die im Zeitraum vom 7. Dezember 2000 bis 13. Juni 2001 gegen 1.564.636,90 DM verkauft wurden.

Der Kläger war ab 1. Juli 2001 aufgrund des "Anstellungsvertrages für kaufmännische Angestellte" vom 30. Juni 2001 als Automobilverkaufsleiter gegen ein monatliches Gehalt von 6.550,- DM brutto mit einem Urlaubsanspruch von 30 Tagen beschäftigt. Das Arbeitsentgelt wurde während des gesamten Zeitraumes als Betriebsausgabe gebucht und von ihm Lohnsteuer entrichtet. In der Kranken- und Pflegeversicherung ist der Kläger privat versichert. Ab 1. April 2002 betrug sein Gehalt 3.425,- EUR.

Durch Vertrag vom 13. März 2008 wurde der Kläger zum weiteren Geschäftsführer und Mitgesellschafter mit einem Kapitalanteil von 15 % bestellt; ein weiterer Kapitalanteil von 15 % wurde an den anderen Sohn P. H. übertragen.

Am 23. Dezember 2005 beantragte er bei der Beklagten die Feststellung der Versicherungsfreiheit. In dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen gab er an, er sei im Verkauf, Einkauf, Bankgeschäften und dem gesamten kaufmännischen Bereich tätig. Er werde wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert, ohne ihn müsse eine andere Arbeitskraft eingestellt werden. Ein Weisungsrecht werde tatsächlich nicht ausgeübt, er könne im Wesentlichen seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten. Sein tatsächlicher Urlaub habe in 2005 nur zwei Tage betragen. Er sei an sieben Arbeitstagen mit 65 Wochenstunden tätig. Er habe der Firma ein Darlehen in Höhe von 20.000,- EUR gewährt. Die EDV-Anlage habe er unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Er habe ein Grundstück gekauft und an den Betrieb gegen eine monatliche Mietzahlung von 1.500,- EUR vermietet.

Ab dem 1. Dezember 2005 wurden für ihn keine Sozialversicherungsbeiträge mehr entrichtet.

Die Steuerberatungsgesellschaft He. und G. führte aus, der Kläger sei, wie auch sein Vater, aus steuerrechtlichen Gründen im Rahmen eines Anstellungsvertrages für das Autohaus H. GmbH tätig, da sonst die Vergütungen nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig gewesen seien. Die Tätigkeit entspreche jedoch nicht der eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers. Das folge aus der hohen Arbeitszeit, den wenigen Urlaubstagen, der allein verantwortlichen Tätigkeit im kaufmännischen Bereich, dem Erwerb eines Grundstücks im Dezember 2002 und der Vermietung an die GmbH sowie der Gewährung eines Darlehens über 20.000,- DM. Schon als Jugendlicher habe der Kläger den Betrieb als

seinen eigenen angesehen. Er sei nur deshalb bisher nicht zum Geschäftsführer bestellt worden, weil sein jüngerer Bruder gerade erst seine Ausbildung zum Kfz-Mechaniker absolviert habe.

Die Beklagte holte daraufhin eine Stellungnahme bei der Beigeladenen zu 2 ein. Diese teilte mit, dass aus ihrer Sicht ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege, da es auch steuerrechtlich so beurteilt worden sei. Das werde auch durch den Anstellungsvertrag belegt, der die Arbeitszeit und das Aufgabengebiet des Versicherten regelt, sodass an dem mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundenen erheblichen Unternehmerrisiko fehle. Der Kläger sei auch nicht an der GmbH beteiligt noch zu deren Geschäftsführer bestellt, sodass nicht von einer selbstständigen Tätigkeit im Sinne der Sozialversicherung ausgegangen werden könne. Deswegen sei davon auszugehen, dass er bewusst vom Betriebsinhaber nicht zum Mitunternehmer berufen, sondern als abhängig Beschäftigter angemeldet worden wäre. Es handle sich somit um ein jahrelang gelebtes Beschäftigungsverhältnis, das nach einem Motivwechsel rückwirkend als selbstständige Tätigkeit dargestellt werden solle. Der Grund dafür sei das Begehren einer Erstattung der vermeintlich zu Unrecht gezahlten Pflichtbeiträge.

Mit Bescheid vom 29. Juni 2006 stellte die Beklagte daraufhin fest, dass der Kläger sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Es habe sich nicht um eine familienhafte Mitarbeit gehandelt. Dem stehe auch die Gewährung von Darlehen nicht entgegen, weil es an dem typischen Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fehle.

Mit seinem dagegen eingelegten Widerspruch machte der Kläger geltend, er habe der Firma bereits im Alter von 21 Jahren ein Darlehen über 20.000,- DM gewährt. Auch das mit einer Halle bebaute Grundstück, das er dem Betrieb zur Verfügung gestellt habe, habe er auf eigenes Risiko erworben.

Mit Widerspruchsbescheid vom 2. Oktober 2006 wies die Beklagte den Widerspruch mit der Begründung zurück, es sei für den sozialversicherungsrechtlichen Status unbedeutend, ob der Kläger als faktischer Geschäftsführer bezeichnet werde. Nur den im Handelsregister als Geschäftsführer eingetragenen Personen komme organrechtlich eine solche Stellung zu. Er verfüge auch nicht über Stammanteile an der GmbH und sei sozialversicherungsrechtlich nicht als GmbH-Geschäftsführer anzusehen. Ein Unternehmerrisiko sei daher von vornherein ausgeschlossen. Er sei zwar innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses gegenüber seinem Vater nicht wie ein fremder Arbeitnehmer weisungsgebunden gewesen. Dies sei aber bei Familienarbeitsverhältnissen typischerweise so. Wenn er leitende und führende Aufgaben ausführe, schließe dies folglich eine abhängige Beschäftigung nicht aus. Allein die Möglichkeit, dass der Gesellschafter-/Geschäftsführer als willensbildendes Organ Entscheidungen alleine treffen könne, bringe die - potentielle - Weisungsgebundenheit und die persönliche Abhängigkeit zum Ausdruck. Dass der Kläger den Urlaubsanspruch nicht in voller Höhe ausgeschöpft habe, widerspreche ebenfalls nicht dem Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Eine solche werde auch nicht durch die vereinbarten täglichen Arbeitszeiten ausgeschlossen. Dass er der GmbH ein langfristiges Darlehen gewährt habe, sei innerhalb von Familienarbeitsverhältnissen nicht unüblich und reiche allein nicht aus, um Versicherungspflicht zu verneinen. Dies gelte auch für das Grundstück, welches er für einen angemessenen Mietpreis der GmbH zur Verfügung gestellt habe. In Abwägung aller Kriterien liege seit dem 1. Juli 2001 eine abhängige Beschäftigung vor, die Sozialversicherungspflicht zur Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung begründe.

Mit seiner dagegen am 6. November 2006 beim Sozialgericht Reutlingen (SG) erhobenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, dass er wie ein Unternehmer fühle, denke und handle, sein Schicksal von der Firma abhängig mache, mit der er fest verwachsen sei. Dies werde auch dadurch deutlich, dass er bereits am 11. Dezember 2000 eine selbstschuldnerische Bürgschaft über 500.000,- DM für die GmbH gegenüber der Firma Saab im Zusammenhang mit dem Kauf von Kraftfahrzeugen übernommen habe. Die Tilgung einzelner dieser Forderungen für Kraftfahrzeugkäufe würden bis in das Jahr 2006 reichen. Er habe wichtige Verträge mit Banken und Versicherungen im Zusammenhang mit dem Autohandel abgeschlossen und dabei stets völlig selbstständig gehandelt. Bereits im Dezember 2002 habe er Grundstücke in T. für den Bau eines neuen Autohauses gekauft und den Bau seit 2005 betrieben. Im Herbst 2007 sei dann Baubeginn gewesen. Anfang 2008 sei eine umfangreiche Kreditaufnahme erfolgt. Durch die Vermietung des Betriebsgrundstücks an die GmbH mache er nur Verluste. Er sei allein aus familiären Gründen, nämlich im Interesse der Gleichbehandlung mit seinem jüngeren Bruder, nicht schon früher förmlich zum Geschäftsführer bestellt worden.

Mit Beschluss vom 11. April 2008 hat das SG die Sozialversicherungsträger und die Autohaus H. GmbH zum Rechtsstreit beigeladen.

In der Sitzung vom 3. Dezember 2008 hat das SG, nachdem der Kläger angegeben hatte, dass der Gesellschaftsvertrag im Frühjahr geändert worden ist, einen widerruflichen Vergleich des Inhalts geschlossen, dass die Beklagte bei Klagerücknahme auf die Erhebung von Säumniszuschlägen verzichtet, sofern die fälligen Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit bis einschließlich Januar 2009 vollständig spätestens bis 31. Januar 2009 bezahlt werden. Der Kläger hat diesen Vergleich durch Schriftsatz vom 18. Dezember 2008 widerrufen.

Die nächste mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 2009 wurde ebenfalls vertagt und dem Kläger aufgegeben weitere Nachweise für seinen Vortrag vorzulegen.

In dritten mündlichen Verhandlung vom 26. November 2009 hat die Beklagte anerkannt, dass der Kläger seit 3. März 2008 nicht mehr versicherungspflichtig beschäftigt bei der Beigeladenen zu 1 sei. Maßgebend dafür war die Änderung in der Zusammensetzung der Gesellschafter und der Geschäftsführung im Zusammenhang mit der Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft über 500.000,- EUR am 3. März 2008.

Das SG hat den Vater des Klägers als Zeugen vernommen. Hinsichtlich der Einzelheiten seiner Angaben wird auf die Niederschrift vom 26. November 2009 verwiesen (Bl 198 f SG-Akte).

Mit Urteil vom 26. November 2009, dem klägerischen Bevollmächtigten zugestellt am 7. April 2010, hat das SG die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe rechtlich aufgrund mangelnder Beteiligung an der GmbH keinen unternehmerischen Einfluss gehabt. Er sei auch nicht Geschäftsführer, sondern Gesellschafter und Geschäftsführer wäre nur sein Vater W. H. gewesen. Nur dieser habe die Rechtsmacht gehabt, auf die Gesellschaft und das von ihm betriebene Unternehmen Einfluss zu nehmen. Im Konfliktfall wäre die GmbH rechtlich ausschließlich das Unternehmen seines Vaters gewesen. Dieser Tatsache wäre sich auch W. H. bewusst gewesen, wie er in seiner Zeugenvernehmung eingeräumt habe. Das werde auch darin deutlich, dass bei einem unerfreulichen Verlauf der Tätigkeit des Klägers dieser hätte gehen müssen, wenn eine Zusammenarbeit aus Sicht des Vaters nicht mehr möglich oder tunlich gewesen wäre.

Dementsprechend habe der Kläger auch kein Unternehmerrisiko getragen. Demgegenüber sei es ohne Belang, ob der Kläger sich wie ein Mitunternehmer gefühlt habe oder ob aufgrund der familiären Verbundenheit und seiner fachlichen Kompetenzen die Weisungsabhängigkeit und Weisungsbefugnis anders oder geringer ausgeprägt gewesen sei. Auch der Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages mit einem Anspruch auf monatliches Gehalt, die tatsächliche Umsetzung dieses Arbeitsvertrages, die Zahlung des Gehaltes und von Lohnsteuer und die Verbuchung als Betriebsausgabe belegten, dass der Kläger versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Es sei auch kein Missverhältnis zwischen der Höhe des Gehaltes und der Arbeitsleistung feststellbar. Schließlich sei auch die Eingliederung in den Betrieb in Form der Ausübung bestimmter kaufmännischer Funktionen sichtbar. Es liege nicht im Belieben des Klägers oder anderer Familienmitglieder, eine derartige tatsächliche und rechtliche Gestaltung rückwirkend aufgrund einer veränderten Interessenlage umzukehren. Nach der gesamten gesellschaftsrechtlichen Gestaltung und dem Arbeitsvertrag, dessen rechtliche Wirksamkeit gewollt gewesen wäre, sei eine Arbeitnehmerbeschäftigung gewollt und praktiziert worden. Zwar sei der Kläger bei der Erledigung der kaufmännischen Arbeiten weitgehend selbstständig, auch in Form von Bürgschaften und Darlehen engagiert gewesen. Dabei müsse aber berücksichtigt werden, dass die GmbH schon vor dem 1. Juli 2001 bestanden habe und somit sein Vater auch über gewisse Fachkenntnisse verfügt haben müsse. Des Weiteren werde die kaufmännische Leitung in Betrieben häufig von Leitenden Angestellten durchgeführt, die in der Regel abhängig Beschäftigte seien. Seine Entscheidungen habe er stets mit seinem Vater besprochen und ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko damit nicht übernommen. Ein solches folge auch nicht aus den Darlehen und Bürgschaften, die in allenfalls geringem Umfang in der streitbefangenen Zeit geflossen seien. Die Bürgschaft vom 11. Dezember 2000 sei, wie die Beklagte zu Recht geltend mache, bei Abschluss des Anstellungsvertrages ganz überwiegend wirtschaftlich abgewickelt gewesen. Aus dem Erwerb einer Immobilie und der Vermietung derselben an die GmbH ergebe sich nichts anderes, und zwar gerade deshalb, weil durch die rechtlich sorgfältige Trennung ein Haftungsrisiko des Klägers nicht bestanden habe, er vielmehr durch die Vermietung ein eigenes Geschäft betrieben habe, das von dem Unternehmerrisiko der GmbH zu unterscheiden sei.

Mit seiner dagegen am 7. Mai 2010 eingelegten Berufung macht der Kläger geltend, sein Vater habe allein die Werkstatt geführt, während er für den Verkaufsbereich zuständig gewesen wäre. Dabei seien ihm alle Freiheiten eingeräumt worden. Sein Vater habe sich in diesen Geschäftsbereich nicht eingemischt und er sei zu keinem Zeitpunkt tatsächlich limitiert gewesen. Die Bürgschaft, die er gegenüber der Firma Saab übernommen habe, sei bereits sittenwidrig gewesen. Er habe diese nicht überwiegend wirtschaftlich abgewickelt, sondern hätte bis ins Jahr 2006 dafür gehaftet. Er habe auch viele Verträge selbstständig abgeschlossen. Insbesondere bei der Planung des neuen Autohauses - beginnend mit dem Jahr 2003 - habe er bereits aufgrund der investierten Zeit ein Unternehmerrisiko begründet. Er habe auch eine Immobilie an die GmbH vermietet. Er hat dem Senat hierzu ua die Baugenehmigung, den Architektenvertrag, die Grundbucheintragung vom 23. Juni 2008 und den Kaufvertrag und die Grundbuchbestellung vom 5. Februar 2008 vorgelegt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 26. November 2009 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 29. Juni 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Oktober 2006 zu verurteilen, festzustellen, dass er aufgrund seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1 auch in der Zeit vom 1. Juli 2001 bis 2. März 2008 nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 1 beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweisen darauf, dass die vom Kläger unterzeichneten Darlehen während der Beschäftigungszeit vom 1. Juli 2001 bis 2. März 2008 (zB zum Kauf des Gewerbeobjektes in der J. 51 in K.) nicht auf das Autohaus H. GmbH, sondern vielmehr auf ihn persönlich eingetragen worden seien und damit für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung und Haftungsfragen nicht berücksichtigt werden könnten. Die Bürgschaft bei der Südwestbank sei insofern berücksichtigt worden, als ab dem 3. März 2008 die rechtliche Frage der Sozialversicherungsfreiheit nicht mehr streitig sei. Zuvor sei er als Arbeitnehmer versicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Hieran ändere auch der Umstand, dass ihm Entscheidungsspielräume eingeräumt worden seien, nichts.

Die übrigen Beteiligten haben sich nicht geäußert und auch keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Denn die Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 3 war im streitigen Zeitraum vom 1. Juli 2001 bis 2. März 2008 sozialversicherungspflichtig.

Nach [§ 28 h Abs. 2 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) entscheidet die Beklagte als Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. 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, [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann, insbesondere bei Diensten höherer Art, eingeschränkt sein. Demgegenüber ist eine 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. Ob jemand abhängig beschäftigt oder

selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris; Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 7](#); BSG, Urteil vom 4. Juli 2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 8](#)). Deshalb kann zwar eine an sich rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein kann, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ausscheidet (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001, [B 12 KR 34/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#); BSG, Urteil vom 8. Dezember 1987, [7 RAr 25/86](#), juris; BSG, Urteil vom 7. September 1988, [10 RAr 10/87](#), [SozR 4100 § 141b Nr. 41](#)). Andererseits ist die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich, solange die Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist, die Rechtsmacht also noch besteht, selbst wenn von dieser tatsächlich kein Gebrauch gemacht wird (BSG, Urteil vom 8. August 1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten oder engen Verwandten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter engen Verwandten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG, Urteil vom 21. April 1993, [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#)). Ebenfalls unschädlich ist, wenn von dem Weisungsrecht vor allem im fachlichen Bereich nicht vollumfänglich Gebrauch gemacht wird. Denn vor allem bei sog Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht stark eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 12/05 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 6](#)). Selbst wer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, kann als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, Urteil vom 6. März 2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#); BSG, Urteil vom 19. Juni 2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 18](#)).

Auch die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu ziehen. Es ist eine Würdigung der Gesamtumstände erforderlich, ob ein Beschäftigungsverhältnis zwischen den Angehörigen ernsthaft und eindeutig gewollt, entsprechend vereinbart und in der Wirklichkeit auch vollzogen wurde (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002, [B 7 AL 34/02 R](#), juris).

Zur Überzeugung des Senats steht gemessen an diesen Grundsätzen fest, dass die Tätigkeit des Klägers im streitigen Zeitraum sozialversicherungspflichtig war. Denn die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, überwiegen.

Der mit dem Kläger geschlossene Anstellungsvertrag lässt sich mit der Stellung eines (abhängig beschäftigten) leitenden Angestellten in Einklang bringen. Dies entspricht auch den Angaben des Zeugen H. zur tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit seines Sohnes, die der Senat als wahr unterstellt, weswegen es einer erneuten Befragung nicht bedurfte. Danach wurden sämtliche wichtigen Entscheidungen mit dem Vater abgestimmt, er hatte sich auch vorbehalten, seinen Sohn nach spätestens sechs Wochen zu kündigen, falls er nicht taugt. Dies wäre ihm, wenn der Kläger tatsächlich Mitunternehmer gewesen wäre, nicht ohne Weiteres möglich gewesen. Der Zeuge hat auch bekräftigt, dass er "das Sagen" in der Firma hatte.

Wegen des engen Verwandtschaftsverhältnisses ist es unschädlich, dass sein Vater dem Kläger keine Weisungen erteilt hat, sondern er im Wesentlichen den kaufmännischen Bereich selbständig leiten konnte. Nach der Rechtsprechung kann zwar eine persönliche Abhängigkeit von den tatsächlichen Verhältnissen überlagert sein, wenn zB der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) nicht selbst, jedoch seine Familie über die Kapitalmehrheit verfügt, ihm von den übrigen Familienmitgliedern freie Hand gelassen wird und er wirtschaftlich gesehen - seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern wie für ein eigenes Unternehmen ausübt (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#) mwN). Desgleichen kann davon auszugehen sein, wenn ein als externer (angestellter) Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" kann, wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich dominiert oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig sind (BSG Urteil vom 30. Juni 1999, [B 2 U 35/98 R](#), [SozR 3-2200 § 723 Nr. 4](#)). Vorliegend ist nicht von einer beherrschenden Stellung des Klägers auszugehen. Denn sein Vater hat allein über die notwendige Qualifikation und Erfahrung verfügt, um das Autohaus zu leiten, der Kläger ist ohne jegliche berufliche Qualifikation und hat sich sein Wissen nur über die Jahre im beruflichen Alltag aneignen können, während sein Bruder wieder einen qualifizierten Berufsabschluss erworben hat. Der Kläger hat deshalb weder die Beigeladene zu 1 persönlich dominiert noch war sein Vater wirtschaftlich von dem Kläger abhängig. Selbst wenn sein Vater keine Weisungen erteilt hat, hätte er als alleiniger Betriebsinhaber jederzeit ihm nicht genehme Entscheidungen des Klägers verhindern können. Allein die Nichtausübung dieser Rechtsmacht begründet auf Seiten des Klägers noch keine unternehmensbeherrschende Stellung.

Hierfür spricht auch, wie die Umgestaltung des Unternehmens ab 3. März 2008 umgesetzt wurde. Der Kläger wurde lediglich zum Mitgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter bestellt.

Der Kläger hat die Tätigkeit auch nicht wie für ein eigenes Unternehmen ausgeübt, denn er hat kein Unternehmerrisiko getragen. Unternehmerrisiko trägt, wer eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einsetzt und somit der Erfolg des Einsatzes der sachlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Der Firma Autohaus H. GmbH ist im streitigen Zeitraum allein von seinem Vater geführt worden. Der Kläger hat keine rechtliche Verantwortung übernommen und seine Arbeitskraft deshalb nicht mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt. Eine erfolgsabhängige Vergütung hat er nicht erhalten.

Auch aus der bereits am 11. Dezember 2000 unterzeichneten selbstschuldnerischen Bürgschaft in Höhe des Bestellwerts von 500.000,- DM für den Einkauf von 30 Fahrzeugen der Marke Saab folgt nichts anderes. Die Beklagte und ihr folgend das SG haben zu Recht festgestellt, dass die Fahrzeuge sämtlich im Zeitraum vom 7. Dezember 2000 bis 13. Juni 2001 gegen 1.564.636,90 DM verkauft wurden, somit die Forderung vor mehr als sechs Monate vor dem Beginn des Beschäftigungsverhältnisses des Klägers getilgt wurde. Selbst wenn dies hinsichtlich einzelner Leasingverträge nicht der Fall gewesen sein sollte, trägt er auch insoweit kein Unternehmerrisiko. Denn dadurch wird der Kläger weder am Unternehmensgewinn noch -verlust beteiligt. Dieser Vorgang hat keinen haftungsrechtlichen Einfluss, sondern ist auf das gesteigerte beiderseitige Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zurückzuführen. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass das Risiko, welches er bei der Darlehensgewährung getragen hat, sich nicht von dem anderer Verwandter unterschied, die gegenseitig für Kredite aus anderen, also firmenunabhängigem Anlass bürgten.

Auch durch das Zurverfügungstellen des Grundstückes gegen eine ortsübliche Miete wird eine selbstständige Tätigkeit nicht begründet. Denn es ging dem Kläger wie seinem Vater allein darum, den zu versteuernden Gewinn zu minimieren und zugleich einen Zugriff von

Gläubigern auf den Betrieb zu verhindern. Dies gilt umso mehr, als der Kaufvertrag vom 5. Februar 2008 datiert, also im Vorgriff auf die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer zu sehen ist. Dem hat die Beklagte bereits dadurch Rechnung getragen, als sie anerkannt hat, dass der Kläger ab 3. März 2008 selbständig ist.

Hinsichtlich der Darlehen hat die Beklagte zu Recht darauf verwiesen, dass sie während der Beschäftigungszeit vom 1. Juli 2001 bis 2. März 2008 (zB zum Kauf des Gewerbeobjektes in der J. 51 in K.) nicht auf das Autohaus H. GmbH, sondern vielmehr auf ihn persönlich eingetragen worden sind und damit für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung und Haftungsfragen nicht berücksichtigt werden können.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht ferner insbesondere, dass der Kläger ein festes monatliches Entgelt erhalten hat. Der Höhe nach ist das Entgelt über freien Unterhalt oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinaus gegangen. Von einer rein familienhaften Mithilfe kann daher nicht ausgegangen werden.

Der Kläger hatte des Weiteren keine eigene Betriebsstätte. Auch die Verbuchung des Arbeitsentgelts als Betriebsausgabe, das Überweisen des Arbeitsentgelts auf das private Girokonto des Klägers und das Entrichten von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen sprechen gegen eine selbständige Tätigkeit. Die Beigeladene zu 1 und der Kläger haben dadurch gezeigt, dass sie von einem gewollten und gelebten Arbeitsverhältnis ausgegangen sind, folgerichtig wurde sie als abhängig beschäftigte Tätigkeit gemeldet. Es sprechen keine rechtlich vernünftigen Gründe dafür, nunmehr rückwirkend in das jahrelang mit Billigung der Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen.

Hinzu kommt, dass der Kläger und sein Vater schließlich ab 3. März 2008 eine Änderung herbeigeführt haben, indem der Kläger zum Geschäftsführer bestellt und auch an der Gesellschaft beteiligt wurde. Hieraus ist zu schließen, dass eine frühere rechtliche Beteiligung des Klägers gerade nicht gewünscht war und erst im Jahr 2008 die tatsächliche Übernahme einer Unternehmensbeteiligung erfolgen sollte und erfolgt ist. Dies dokumentiert auch der notarielle Vertrag über die Übergabe eines Gewerbebetriebs, mit dem sein Vater als Inhaber der Firma das Einzelunternehmen an den Kläger übergeben hat. Erst damit hat sein Vater, was als weiteres Indiz zu werten ist, nach außen deutlich gemacht, bis dahin alleiniger Betriebsinhaber gewesen zu sein.

Das Verhältnis des Klägers zu seinem Vater als Betriebsinhaber stellt sich in der fraglichen Zeit bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung als ein in der betrieblichen Praxis nicht untypischer Entwicklungsprozess eines Hineinwachsens der jüngeren Familienangehörigen in die Unternehmensnachfolge dar. Auch im Falle des Klägers war beabsichtigt, ihn in das Unternehmen aufzunehmen bzw. dieses auf ihn zu übertragen. 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 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 (vgl. Senatsurteile vom 04. Dezember 2007 - [L 11 KR 1749/07](#) -, vom 15. Juli 2008 [L 11 KR 4946/07](#) -, vom 05. August 2008 - [L 11 KR 4946/07](#) -, vom 14. Oktober 2008 [L 11 KR 1347/08](#) -, vom 29. September 2009 - [L 11 KR 4621/08](#) - vom 15. Dezember 2009, [L 11 KR 2296/07](#) und vom 18. Mai 2010 - [L 11 KR 1423/08](#); BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - B [11 RAr 47/88](#), [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 1](#)).

Im Ergebnis ist daher nach Abwägung aller Gesichtspunkte die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Beklagten zutreffend.

Die Berufung war daher zurückzuweisen, wobei die Kostenentscheidung auf [§ 193 SGG](#) beruht.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-10-07