L 4 KR 4299/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 5 KR 2854/07
Datum
21.05.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 4299/10
Datum
27.04.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Auf die Berufung der Beigeladenen zu 2) wird das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 21. Mai 2010 aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 09. März 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Juli 2007 abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten beider Rechtszüge sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Im Streit ist die Feststellung der Beklagten, der Kläger sei in der Zeit vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008 in der Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung versicherungspflichtig beschäftigt gewesen.

Der am 1954 geborene Kläger ist Maschinenschlosser. Er war bis 31. Mai 2003 bei einer Papierfabrik versicherungspflichtig beschäftigt. Außerdem ist er Inhaber einer Immobilienfirma und seit 1993 Teilhaber eines in Kroatien ansässigen Fensterherstellers. Er ist Vater des am 1977 geborenen C. H. (im Folgenden C.H.).

C.H. ist gelernter Energieelektroniker und war bis 30. September 2002 in derselben Papierfabrik wie der Kläger als Anlagenfahrer versicherungspflichtig beschäftigt. Durch Gesellschaftsvertrag vom 17. Oktober 2002 gründete er die Beigeladene zu 1), deren alleiniger Gesellschafter er ist. Nach § 2 des Gesellschaftsvertrags ist Gegenstand des Unternehmens der Vertrieb von genormten Baufertigteilen, Alu-PVC Fenstern, Türen, Fassaden, Wintergärten und Rollladen und der zu deren Herstellung benötigten Materialien sowie Import und Export derselben. Nach § 3 beträgt das Stammkapital EUR 25.000,00. Auf das Stammkapital wurde die Stammeinlage von C.H. in Höhe von EUR 25.000,00 übernommen (§ 3 Nr. 2). Nach § 5 hat die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein; sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch jeweils zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Ebenfalls am 17. Oktober 2002 wurde C.H. zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) bestellt.

Am 01. April 2003 trat der Kläger nach den von ihm im Berufungsverfahren vorgelegten Abrechnungen der Brutto-Netto-Bezüge der Beigeladenen zu 1) für den Monat April 2003 in die Beigeladene zu 1) ein. Er war zunächst geringfügig beschäftigt und bezog bis März 2004 einen Aushilfslohn in Höhe von EUR 400,00 monatlich. Ab April 2004 bis August 2006 bezog er ein monatliches Gehalt in Höhe von EUR 3.000,00 und sodann bis April 2008 in Höhe von EUR 2.000,00. In den den streitigen Zeitraum vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008 betreffenden Lohnabrechnungen, die der Kläger im Berufungsverfahren vorgelegt hat, sind Beträge der Lohnsteuer und der Beiträge zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung genannt. Die Gesamtsozialversicherungsbeiträge sind nach dem Vortrag der Beklagten im Berufungsverfahren nicht abgeführt worden. In dem von der Beigeladenen zu 1) im Berufungsverfahren vorgelegten Versicherungsverlauf des Klägers vom 20. Januar 2011 sind für den streitigen Zeitraum keine rentenrechtlichen Zeiten, insbesondere keine Pflichtbeitragszeiten wegen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung vorgemerkt.

Bis 30. Juni 2006 war der Kläger bei der Taunus BKK versichert. Ab 01. Juli 2006 wurde er bei der Beklagten zur Sozialversicherung angemeldet. Um prüfen zu können, ob der Kläger seine selbstständige Tätigkeit weiterhin hauptberuflich ausübt, bat die Beklagte den Kläger um Übersendung des ausgefüllten Feststellungsbogens zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen. Der Kläger gab auf dem Feststellungsbogen, der das Datum 25. April 2006 trägt und vom Kläger sowie für die Beigeladene zu 1) von C.H. unterschrieben ist, an, dass er seit 01. April 2004 Betriebsleiter der Beigeladenen zu 1) sei. Seine Tätigkeit bestehe in der Büroleitung, Organisation, technischen Klärungen, Marktforschung, Verhandlungen mit Kunden und Lieferanten, Montageorganisation, dem kompletten Außendienst, Preiskalkulation, dem Angebote erstellen, dem Ein- und Verkauf,

Schadensmanagement und der kompletten Betriebsführung wie ein Selbstständiger. Er arbeite an sechs bis sieben Tagen pro Woche durchschnittlich 70 bis 80 Stunden wöchentlich mit einem regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelt von EUR 3.000,00. Eine arbeitsvertragliche Vereinbarung bestehe nicht. Er sei in den Betrieb nicht wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert. Ohne seine Mitarbeit hätten mindestens zwei andere Personen eingestellt werden müssen. An Weisungen des Betriebsinhabers sei er nicht gebunden und das Weisungsrecht werde auch tatsächlich nicht ausgeübt. Er könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten und wirke bei der Führung des Betriebs mit. Die Frage, ob die Mitarbeit aufgrund familienhafter Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt sei, bejahte er. Das Bestehen eines Urlaubsanspruchs oder einer Kündigungsfrist wurde verneint. Das Arbeitsentgelt werde bei Arbeitsunfähigkeit nicht fortgezahlt. Es werde regelmäßig monatlich gezahlt, sei aber viel zu gering. Er erhalte ein Weihnachtsgeld. Das Arbeitsentgelt werde auf ein privates Bank-/Girokonto überwiesen, für das er verfügungsberechtigt sei. Von dem Arbeitsentgelt werde Lohnsteuer entrichtet und es werde als Betriebsausgabe gebucht. Weitere Arbeitsverhältnisse neben der zu beurteilenden Beschäftigung bestünden nicht. Neben der zu beurteilenden Beschäftigung übe er eine selbstständige/freiberufliche Tätigkeit aus. An der Beigeladenen zu 1) sei er nicht beteiligt und er habe ihr auch keine Darlehen gewährt und für sie keine Bürgschaften/Sicherheiten übernommen. Über Anlage- und Umlaufvermögen verfüge der Betrieb nicht. Die Betriebsstätte sei nicht gepachtet, gemietet oder zur Nutzung überlassen. Er fügte die Liste der Gesellschafter, die Anmeldung der Beigeladenen zu 1) zum Handelsregister, den Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 1), die notarielle Urkunde über die Errichtung der Gesellschaft mit Bestellung der Geschäftsführung, jeweils vom 17. Oktober 2002, eine ihm von C.H. als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) erteilte Generalvollmacht mit Wirkung ab dem 01. April 2004 betreffend aller Handlungen der Beigeladenen zu 1) vom 01. April 2005, die Unterschriftskarte der Sparkasse U. vom 27. Juli 2004, wonach er, seine Ehefrau H. H. und C.H. über das Konto der Beigeladenen zu 1) zeichnungsbefugt sind, und die Bestätigung des C.H. vom 15. September 2006, wonach dieser in seiner Eigenschaft als Hauptgesellschafter der Beigeladenen zu 1) bestätigte, dass der Kläger in seiner Tätigkeit nicht dem Direktionsrecht der Gesellschafterversammlung oder einem sonstigen Weisungsrecht seinerseits unterliege, es zu keinem Zeitpunkt Einzelanweisungen gegeben habe oder es zu Gesellschafterbeschlüssen gekommen sei, die seine Tätigkeit betroffen hätten und der Kläger für ihn eine unersetzbare Hilfe sei und maßgebend die Unternehmensrichtung vorgebe, vor.

Mit Antrag ohne Datum beantragte der Kläger bei der Beklagten außerdem die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status als mitarbeitender Vater im Unternehmen der Beigeladenen zu 1) seit 01. April 2004. Er gab ergänzend an, dass C.H. im Jahr 2002 mit seiner, des Klägers, Erfahrung und Unterstützung die Beigeladene zu 1) gegründet habe, um dem Betrieb der Produkte seines in Kroatien ansässigen Fensterbauunternehmens in Deutschland besser umsetzen zu können. Im Grunde sei er derjenige, der die Geschäfte der Beigeladenen zu 1) leite, er wolle aber, dass C.H. schnellstmöglich an die Unternehmensführung herangeführt werde. Daher habe er sich entschieden, dass dieser von vornherein offiziell die Geschäftsführung übernehme und er ihm dabei zur Seite stehe. Er kümmere sich um alle wesentlichen Tätigkeiten der Geschäftsführung und bestimme selbst, wann er wo und wie lange arbeite. Einen Arbeitsvertrag hätten C.H. und er nicht für notwendig gehalten, da sie alle wichtigen Entscheidungen einvernehmlich treffen würden bzw. er allein aufgrund seiner Fach- und Branchenkenntnisse. Darüber hinaus stelle er der Beigeladenen zu 1) Büroräume und seine Garage als Lager unentgeltlich zur Verfügung. Zeitweise habe er sogar technisches Geräte wie z.B. einen Radlader und einen Stapler unentgeltlich überlassen. Er bitte, auf ein Nichtbestehen der Sozialversicherungspflicht ab 01. April 2004 zu entscheiden.

Die Beklagte wandte sich mit Schreiben vom 31. Oktober 2006, in dem sie ausführte, dass nach ihrer Einschätzung der Kläger seit 01. April 2004 sozialversicherungsfrei zu beurteilen sei, an die Taunus BKK mit der Bitte um Mitteilung, ob diese sich dieser Einschätzung anschließe, was diese unter dem 05. März 2007 verneinte.

Mit Bescheid vom 09. März 2007 stellte die Beklagte fest, dass das vom Kläger bei der Beigeladenen zu 1) ausgeübte Beschäftigungsverhältnis ab 01. Juli 2006 der Versicherungspflicht zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- sowie Pflegeversicherung unterliege. Seit jeher werde sein Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe verbucht und Lohnsteuer entrichtet. Es sei davon auszugehen, dass er vom Betriebsinhaber bewusst seit Jahren als abhängig beschäftigt gemeldet worden sei. Es handele sich nach ihrer Auffassung um ein jahrelang gelebtes Beschäftigungsverhältnis, das nach einem Motivwechsel rückwirkend als selbstständige Tätigkeit dargestellt werden solle.

Der Kläger legte gegen diesen Bescheid Widerspruch ein. Er stellte zunächst richtig, dass entgegen den Ausführungen im Bescheid vom 09. März 2007 nicht der Sohn eines Einzelunternehmers zu beurteilen sei. Richtigerweise sei er Vater des Alleingesellschafters der Beigeladenen zu 1). Dieser sei bei Gründung des Unternehmens gerade einmal 25 Jahre alt gewesen und nunmehr 30 Jahre alt. Zwar spreche dies für sich allein genommen noch nicht für seine Sozialversicherungsfreiheit. Ein Blick auf den weiterführenden Zusammenhang eröffne jedoch, dass der Beigeladenen zu 1) ein Betrieb ohne seine Person jedenfalls in der gewünschten und umgesetzten Form gar nicht möglich wäre. Die Beigeladene zu 1) vertreibe in Deutschland - ausschließlich - die Produkte seines kroatischen Fensterbauunternehmens. Berücksichtige man ferner, dass er bei sämtlichen unternehmerischen Entscheidungen federführend sei, seinen überdurchschnittlichen Arbeitsaufwand, die Nichtabfassung eines schriftlichen Arbeitsvertrags, einen maximalen Urlaub pro Jahr von 15 Tagen sowie den Umstand, dass er C.H. auch noch unentgeltlich Büro- und Lagerräume zur Verfügung stelle (darüber hinaus sogar zeitweilig einen Radlader und einen Gabelstapler), fehle es bereits an den minimalen Voraussetzungen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Aus der jahrelangen Entrichtung von Beiträgen könne eine Leistungspflicht der Versicherungsträger - und damit eine Versicherungspflicht der Beitragszahler - nach dem eindeutigen Votum der Rechtsprechung nicht hergeleitet werden (unter Verweis auf Bundessozialgericht - BSG -, Urteil vom 28. April 1987 - 12 RK 47/85 - in juris). Mit Widerspruchsbescheid vom 05. Juli 2007 wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss den Widerspruch zurück. Die Grundsätze des BSG zur Familien-GmbH würden hier nicht eingreifen. Diese Rechtsprechung sei dadurch geprägt, dass die Stellung des Geschäftsführers zu beurteilen sei und die Gesellschaftsanteile sich im Besitz der Familie befänden, sodass fraglich sein könne, ob der Geschäftsführer in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehe, weil die Familiengesellschafter keine Weisungen erteilten. Vorliegend gehe es jedoch allein um die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1), ohne dass der Kläger Geschäftsführer wäre oder sonst durch eine Beteiligung am Stammkapital der Beigeladene zu 1) auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nehmen könne. Selbst wenn man die Rechtsform der GmbH als eigenständige juristische Person außer Betracht ließe und darauf abstellen würde, dass C.H. als Alleingesellschafter de facto und wirtschaftlich Inhaber des Betriebes sei, sei bereits seit dem Urteil des BSG aus dem Jahr 1956 (Verweis auf Urteil vom 05. April 1956 - 3 RK 65/55 - in BSGE 3, 30) klargestellt, dass allein die familiären Beziehungen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht ausschlössen. Diese Rechtsprechung werde bis heute vom BSG zu Beschäftigungsverhältnissen zwischen Familienangehörigen vertreten. Nach den Grundsätzen dieses Urteils stehe der Kläger in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur rechtlich eigenständigen Beigeladenen zu 1). Das Vorliegen eines abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses sei nicht an den Abschluss eines Arbeitsvertrags bzw. Anstellungsvertrags

gebunden. Bei Ehegattenarbeitsverhältnissen sei zudem anerkannte Rechtsprechung, dass dabei das Weisungsrecht hinsichtlich der konkreten Tätigkeit auch reduziert sein könne. Gleiches gelte hinsichtlich der Höhe des Gehalts im Verhältnis zum zeitlichen Einsatz für das Unternehmen des Ehegatten, sodass eine tarifliche oder sonst ortsübliche Vergütung für das Vorliegen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht zwingend erforderlich sei (Hinweis auf BSG, Urteil vom 12. September 1996 - 7 RAr 120/95 - in juris). Auch eine über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehende Mehr- oder Mitarbeit stehe der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, denn es sei den Ehegatten unbenommen, im Betrieb des anderen auch unentgeltlich mitzuarbeiten. Dies gelte auch dann, wenn der Betrieb rechtlich eigenständig als GmbH firmiere. Der Kläger sei als Betriebsleiter für die Beigeladene zu 1) tätig. Daraus folge schon, dass er für die Beigeladene zu 1) und zumindest während der Betriebszeiten tätig sein müsse. Die Tätigkeit werde auch im betrieblichen Interesse und aufgrund betrieblicher Erfordernisse erbracht, denn mit der Tätigkeit werde eine sonst erforderliche fremde Arbeitskraft ersetzt. Art, Ort und Zeit der Tätigkeit seien daher ebenso festgelegt wie sich auch die Eingliederung daraus ergäbe, dass der Kläger im Betrieb und für die Beigeladene zu 1) tätig sei. Selbst wenn C.H. dem Kläger in tatsächlicher Hinsicht Freiheiten hinsichtlich Anwesenheitszeiten einräumen sollte, berühre dies nicht dessen Verpflichtungen und die daraus folgende Weisungsgebundenheit des Klägers. Auch daraus, dass der Kläger weit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus und auch außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit tätig sei, lasse sich keine weisungsfreie Tätigkeit ableiten, sondern allenfalls die Folgerung, dass es in diesem Fall ja gerade keiner arbeitgeberseitigen Weisungen bedürfe, wenn über das Soll hinaus für die Beigeladene zu 1) gearbeitet werde. Der Kläger erhalte auch unabhängig von Gewinn oder Verlust der Beigeladenen zu 1) eine gleichmäßige monatliche Vergütung. Im Feststellungsbogen zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung werde zwar angegeben, dass er keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und keinen Urlaubsanspruch habe, dennoch führe er nun selbst aus, dass er maximal 15 Tage im Jahr Urlaub nehme. Für den Fall, dass der Kläger arbeitsunfähig erkrankt und Entgelt nicht fortgezahlt werde, würde sie, die Beklagte, Krankengeld zahlen, dieses aber für die ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit von der Beigeladenen zu 1) zurückfordern.

Am 24. Juli 2007 erhob der Kläger Klage zum Sozialgericht Ulm (SG). Er bezog sich auf sein bisheriges Vorbringen. In der mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 2010 begrenzte der Kläger sein Begehren auf Feststellung auf die Zeit vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008 und gab ergänzend an, dass er für C.H. "eine Firma" (gemeint wohl die Beigeladene zu 1)) gegründet, die Stammeinlage geleistet und die Notargespräche geführt habe. Er habe die Beigeladene zu 1) auf C.H. angemeldet, da er selbst versorgt gewesen sei und C.H. die Beigeladene zu 1) später hätte übernehmen sollen. Leider sei C.H. zu Beginn des Jahres 2006 dann aber schwer an Hepatitis C erkrankt, sodass er bis Mitte 2007 habe behandelt werden müssen und erst Mitte 2007 wieder angefangen habe zu arbeiten. Ende April 2008 habe er, der Kläger, sich dann aus dem Geschäft zurückgezogen. Anfangs sei C.H. eine Marionette gewesen. Er sei dem Volumen und den Anforderungen nicht gewachsen gewesen. Daher sei er, der Kläger, angemeldet worden.

Die Beklagte trat der Klage unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid vom 05. Juli 2007 entgegen.

Das SG lud durch Beschluss vom 07. April 2010 die H. GmbH (Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 3) und die bei der Beklagten gebildete Pflegekasse (Beigeladene zu 4) bei. Die Beigeladenen äußerten sich zur Sache nicht.

Mit Urteil vom 21. Mai 2010 hob das SG den Bescheid vom 09. März 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Juli 2007 auf und stellte fest, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008 nicht der Sozialversicherungspflicht unterlegen habe. Zur Begründung legte es dar, die Beklagte sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit ab 01. Juli 2006 versicherungspflichtig tätig gewesen sei. Zwar sei der Kläger weder Gesellschafter noch Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) gewesen, jedoch habe er aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung, seiner Fachkenntnisse und der familiären Beziehungen wie ein Alleingesellschafter die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führen können und sei daher Kopf und Seele des Unternehmens gewesen. Ohne den Kläger wäre der Gesellschafter und Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) nicht in der Lage gewesen, die Beigeladene zu 1) zu führen. Ein für das Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischer Interessengegensatz sei daher zwischen dem Kläger und C.H. als Alleingesellschafter der Beigeladenen zu 1) nicht denkbar. Der Kläger habe die Beigeladene zu 1) auch für C.H. gegründet und die Stammeinlage entrichtet. Damit werde deutlich, dass der Kläger zumindest faktisch das Unternehmerrisiko getragen habe. Die herausragende Stellung des Klägers gegenüber dem Alleingesellschafter werde auch durch die ihm eingeräumte Handlungsvollmacht erkennbar. Dies habe ebenfalls zur Folge gehabt, dass der Kläger ohne Rücksprache mit C.H. weitreichende Entscheidungen alleine habe treffen können. Auch sei der Kläger keinen Weisungen des C.H., auch wenn dieser dies in rechtlicher Hinsicht selbstverständlich hätte tun können, unterlegen. Denn C.H. sei sowohl aufgrund seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit als Schichtarbeiter in einer Papierfabrik als auch aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr dazu in der Lage gewesen, das Unternehmen zu führen. Allein der Kläger habe aufgrund seines seit 1993 betriebenen Fensterbauunternehmens in Kroatien die erforderlichen Fach- und Branchenkenntnisse besessen. Während der Krankheit des C.H. bis Mitte 2007 sei der Kläger auch der Einzige gewesen, der die Geschicke der Beigeladenen zu 1) geleitet habe. Die Stellung des Klägers als faktischer Alleininhaber sei zwar insoweit gefährdet gewesen, als dass er jederzeit von C.H. hätte entlassen werden können. Derartiges Vorgehen hätte jedoch dem Gründungszweck der Beigeladenen zu 1) widersprochen, da diese mit dem Unternehmen des Klägers in Kroatien zusammenarbeite. Der Kläger habe damit maßgeblichen Einfluss auf die Beigeladene zu 1) nehmen können. Auch die Tatsache, dass der Kläger Büroräume und seine Garage als Lager bzw. technisches Gerät unentgeltlich zur Verfügung gestellt habe, stelle ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit dar. Denn dies entspreche nicht den üblichen Ausgestaltungen eines Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnisses. In der Gesamtbetrachtung spreche für eine abhängige entgeltliche Beschäftigung letztlich nur das feste monatliche, wenn auch unterdurchschnittliche Gehalt, von welchem Lohnsteuer abgeführt und welches als Betriebsausgabe verbucht worden sei, sowie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Umstände würden die auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis hindeutenden deutlich überwiegen.

Gegen dieses der Beigeladenen zu 2) am 16. August 2010 zugestellte Urteil hat diese am 10. September 2010 Berufung eingelegt. Den Feststellungen des SG, wonach der Kläger im Zeitraum vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008 nicht in einem versicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 1) gestanden habe, könne nicht gefolgt werden. Der Kläger habe weder Anteile am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) gehalten noch sei er zum Geschäftsführer bestellt gewesen und habe somit keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen zu 1) nehmen können, da er Gesellschafterbeschlüsse weder herbeiführen noch habe verhindern können. Deswegen sei die so genannte "Kopf und Seele-Rechtsprechung" nicht übertragbar. Bei - wie vorliegend - Diensten höherer Art, erst recht wenn zwischen den Beteiligten zusätzlich familiäre Bindungen bestünden, genüge es für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung, wenn das Weisungsrecht des Arbeitgebers nur eingeschränkt ausgeübt werde. Die Befugnis,

Personalentscheidungen zu treffen sowie sonstige einzelne Arbeitgeberfunktionen wahrzunehmen, stehe typischerweise auch beschäftigten leitenden Angestellten oder Fremdgeschäftsführern zu. Maßgeblich sei die Rechtsbeziehung des zu beurteilenden Vertragsverhältnisses so wie sie praktiziert werde oder wenn wie vorliegend offenbar keine schriftlichen Verträge oder Vereinbarungen getroffen seien - die praktizierte Beziehung, wie sie rechtlich zulässig sei. Der Kläger habe nach den Angaben im Feststellungsbogen ein regelmäßiges monatliches Festgehalt in Höhe von EUR 3.000,00, von welchem Lohnsteuer entrichtet und das als Betriebsausgabe verbucht worden sei, sowie Weihnachtsgeld erhalten. Darin trete deutlich der Wille zur abhängigen Beschäftigung zu Tage. Werde steuerrechtlich von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen, so werde regelmäßig auch für den Bereich der Sozialversicherung von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen werden können. Entscheidend sei eine abstrakte Rechtsmacht. Über die entsprechende Rechtsmacht habe der Kläger in der Beigeladenen zu 1) nicht verfügt, was allen Beteiligten auch bewusst gewesen sei. Die ihm erteilte Handlungsvollmacht habe im Übrigen jederzeit wieder entzogen werden können. Bei entsprechendem Willen der Beteiligten wäre auch eine entsprechende Beteiligung des Klägers an der Beigeladenen zu 1) möglich gewesen. Die Beteiligten hätten die Rechtsverhältnisse aber offenbar ganz bewusst so und nicht anders gestaltet. Es bestünden keine rechtlich vernünftigen Gründe, nunmehr rückwirkend in das jahrelang mit Billigung aller Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen. Hierzu müssten klare Beweise vorliegen. Die Beigeladene zu 1) sei zur Absicherung des C.H. gegründet worden. Der Kläger habe bei der Gründung mitgeholfen und von vornherein C.H. die Geschäftsführung übertragen. Es unterliege nicht der Disposition der Beteiligten, die Wirkungen eines Vertragsverhältnisses nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken. Wenn C.H. bis Herbst 2007 bzw. sogar April 2008 körperlich und psychisch krank gewesen sei, stelle sich die Frage, wer die Erklärung vom 15. September 2006 verfasst habe. In dieser Erklärung habe nach dem äußeren Erscheinungsbild C.H. als Hauptgesellschafter nachvollziehbar und präzise unternehmensinterne Handlungsabläufe erklärt. Auch der Feststellungsbogen sei am 25. April 2006 von C.H. unterschrieben worden. Damit breche die Argumentation zusammen, dem Kläger sei die Generalvollmacht zuerkannt worden. Es dürfe eindeutig sein, dass langjährige psychische Verhältnisse in einer Vater-Sohn-Beziehung schwer aufklärbar seien. Es sei der Versichertengemeinschaft nicht zumutbar, solche Verhältnisse auf ungeklärter Grundlage für die Vergangenheit rückabzuwickeln. Auch wäre das Interesse, ein fiktives Unternehmensgerüst für einen Kranken jahrelang aufrechtzuerhalten, beim eigenen Sohn durchaus verständlich, aber im Interesse der Allgemeinheit nicht unbedingt so bedeutsam, dass nach Belieben dieser Vorgang völlig umgekehrt darstellbar sei.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 21. Mai 2010 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 09. März 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Juli 2007 abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger hat erneut darauf verwiesen, dass er nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses des C.H. wegen des drastischen Herabsinkens seines, des C.H., Leistungsniveaus, für welches er und seine Ehefrau zunächst als Ursache einen Drogenkonsum befürchtet hätten, die Beigeladene zu 1) als zweckmäßiges Pendant zu der in Kroatien geführten Firma gegründet habe, um C.H. wieder auf die Beine zu helfen. C.H. habe die Beigeladene zu 1) nicht gewollt und alles gemacht, wie von ihm, dem Kläger, aufgetragen. Die Beigeladene zu 1) habe er zunächst an seinen freien Tagen, in Nachtarbeit und an Wochenenden gemanagt. Im Jahre 2004 habe er wegen der schlechter werdenden Gesundheit des C.H. und des stetigen Anwachsens der Beigeladenen zu 1) seine Anstellung gekündigt und sei fortan mehr als in Vollzeit für die Beigeladene zu 1) tätig gewesen. Die ca. Weihnachten 2005 diagnostizierte Hepatitis-Erkrankung bei C.H. sei atypisch schlecht verlaufen und C.H. habe überdurchschnittlich lange eine überdurchschnittlich komplikationsbehaftete Behandlung mit Medikamenten benötigt. Erst im Herbst 2007 habe C.H. anfangen können, sich einzuarbeiten und er (der Kläger) habe schließlich erst im April 2008 an ihn, C.H., die Beigeladene zu 1) übergeben und sich zurückziehen können. Es gehe hier auch nicht um eine Beitragserstattung, vielmehr habe er sich noch vor Beginn der Mitgliedschaft bei der Beklagten über seinen Status vergewissert. Die Rechtsprechung zu "Kopf und Seele" erfordere mitnichten eine Geschäftsführerstellung seinerseits. Die geschilderten tatsächlichen Verhältnisse seien "wirklich nachprüfbar". Auf Nachfrage hat der Kläger ergänzend mitgeteilt, dass sich ab 01. Juli 2006 an der von ihm verrichteten Tätigkeit nichts verändert habe, er habe nur die Krankenkasse gewechselt. Schriftliche Belege über die Erbringung der Stammeinlage durch ihn, den Kläger, existierten nicht mehr. Er habe mit C.H. keinerlei Verträge abgeschlossen. Es habe jedoch auch keiner Verträge bedurft, da es sich letztlich um seine GmbH gehandelt habe, die er für C.H. aufgebaut habe. C.H. sei seit Oktober 2002 arbeitsunfähig krank und in ständiger ärztlicher Behandlung bei dem Arzt für Allgemeinmedizin Dr. L. und dem Internisten Dr. W. gewesen. Arbeitsunfähigkeit sei von beiden Ärzten festgestellt worden. Die Beigeladene zu 1) habe sein Gehalt jedoch weitergezahlt, sodass er keines Krankengelds bedurft habe. Er sei von ihm und seiner Frau zu Hause gepflegt worden und sei die ganze Zeit über privat krankenversichert gewesen.

Die Beklagte hat sich schriftsätzlich dem Antrag der Beigeladenen zu 2) angeschlossen. Sie hat darauf verwiesen, dass der Kläger keine Beiträge zur freiwilligen Krankenversicherung entrichtet habe. Für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung spreche der Einbehalt von Lohnsteuer und von - nicht abgeführten - Gesamtsozialversicherungsbeiträgen, die Verbuchung des Gehalts als Betriebsausgabe und dass der Kläger seit 01. Mai 2008 bei der Beigeladenen zu 1) als (nunmehr geringfügig) Beschäftigter tätig sein wolle.

Die Beigeladenen zu 1), 3) und 4) haben keine Anträge gestellt und sich nicht geäußert.

Der Senat hat die Versicherungsverläufe des Klägers und von C.H. vom 20. Januar 2011 und die den Kläger betreffenden Gehaltsmitteilungen der Beigeladenen zu 1) für die Zeit ab April 2003 beigezogen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten sowie der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten, die Verwaltungsakte der Beigeladenen zu 2) und die Gerichtsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den §§ 143, 151 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beigeladenen zu 2) ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft im Sinne des § 144 Abs. 1 Satz 1 SGG, denn sie betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen

hierauf gerichteten Verwaltungsakt. Die Berufung ist auch begründet. Das SG hat auf die Anfechtungs- und Feststellungsklage des Klägers (§§ 54 Abs. 1, 55 Abs. 1 SGG) zu Unrecht den Bescheid der Beklagten vom 09. März 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Juli 2007 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008 nicht der Sozialversicherungspflicht unterlag.

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist im Hinblick auf die anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem SG erfolgte Beschränkung durch den Kläger auf die Zeit bis 30. April 2008 und die Entscheidung der Beklagten allein für die Zeit ab 01. Juli 2006 nur die Beurteilung der Tätigkeit des Klägers vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008.

2. Nach § 28 h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die zuständige Einzugsstelle ist nach § 28 i Satz 1 SGB IV die Krankenkasse, von der die Krankenversicherung des Betroffenen durchgeführt wird. Dies ist hier die Beklagte, nachdem der Kläger seit 01. Juli 2006 ihr Mitglied ist. Nachdem die Beklagte auf entsprechende Anfrage des Klägers ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung der Sozialversicherungspflicht eingeleitet hat, scheidet das Anfrageverfahren nach § 7 a SGB IV aus, für das die Beigeladene zu 2) zuständig wäre. Deren Zuständigkeit, die eine solche der Beklagten ausschlösse, ergibt sich hier auch nicht aus § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV, eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2954). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28 a SGB IV) ergibt, dass der Beschäftigte (bis 31. Dezember 2008) Angehöriger des Arbeitgebers, (seit 01. Januar 2009) Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers (geändert durch Art. 1 Nr. 1 des Zweites Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 21. Dezember 2008 [BGBl. I, 2933]) oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, denn der Kläger ist weder Angehöriger, Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling der Beigeladenen zu 1), einer GmbH, noch geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH. Damit verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach § 28a Abs. 2 SGB IV.

3. Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), in der Rentenversicherung nach § 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) sowie in der Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbstständige Tätigkeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil vom 22. Juni 2005 - B 12 KR 28/03 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 5 m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 20. Mai 1996 - 1 BvR 21/96 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - B 12 KR 31/06 R - BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG, Urteil vom 08. August 1990 - 11 RAr 77/89 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; Urteil vom 08. Dezember 1994 - 11 RAr 49/94 - SozR 3-4100 § 168 Nr. 18). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 01. Dezember 1977 - 12/3/12 RK 39/74 - BSGE 45, 199, 200 ff.; Urteil vom 10. August 2000 - B 12 KR 21/98 R - BSGE 87, 53, 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - B 12 KR 31/06 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 7).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, Urteile vom 10. Mai 2007 - B 7 AL 8/06 - und vom 17. Dezember 2002 - B 7 AL 34/02 R - jeweils in juris). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann z.B. bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG, Urteil vom 08. Dezember 1987 - 7 RAr 25/86 - a.a.O.). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, Urteil vom 05. April 1956 - 3 RK 65/55 - a.a.O.; Urteil vom 29. März 1962 - 3 RK

65/55 - in BSGE 17, 1; Urteil vom 19. Februar 1987 - 12 RK 45/85 - SozR 2200 § 165 Nr. 90; Urteil vom 21. April 1993 - 11 RAr 67/92 - SozR 3-4100 § 168 Nr. 11; Urteil vom 23. Juni 1994 - 12 RK 50/93 - in BSGE 74, 275)

4. Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen in der Zeit vom 01. Juli 2006 bis 30. April 2008, nachdem zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) keine Verträge abgeschlossen worden sind, nach dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit.

Trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) sowie der Tatsache, dass er mit Blick auf seine Eigenschaft als Teilhaber eines Fensterherstellers über entsprechendes Fachwissen verfügt, überwiegen nach Auffassung des Senats entgegen der Ansicht des SG in Würdigung des Einzelfalls die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit wurde zumindest in der Zeit von April 2004 bis April 2008, als der Kläger von der Beigeladenen zu 1) nicht mehr nur einen Aushilfslohn, sondern ein monatliches Gehalt von zunächst EUR 3.000,00 und ab September 2006 in Höhe von EUR 2.000,00 erhielt, wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 1) abgewickelt. Der Kläger erhielt von der Beigeladenen zu 1) ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, das ihm auf sein privates Girokonto, über das er Verfügungsgewalt hatte, überwiesen wurde. Dieses Gehalt wurde dem Kläger in der streitgegenständlichen Zeit auch ohne Unterbrechung monatlich gezahlt. Diese Vergütungspraxis entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. In den vorgelegten Lohnabrechnungen erfolgte ausdrücklich die Bezeichnung "Gehalt", während in den Zeiten der geringfügigen Beschäftigung die Zahlungen als "Aushilfslohn", "Vergütung" oder "Vergütung gfB" (gfb wohl die Abkürzung für geringfügige Beschäftigung) bezeichnet wurden. In diesen Lohnabrechnungen sind auch die Beiträge zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung ausgewiesen. Zumindest abrechnungstechnisch sollte dadurch nach außen das Bild vermittelt werden, der Kläger sei als Arbeitnehmer versicherungspflichtig beschäftigt. Dem Kläger wurde auch in den Jahren 2004 und 2005 ein Weihnachtsgeld gezahlt und er hatte, wie er im Verlauf des Verfahrens einräumte, auch Anspruch auf Urlaub. Die Tatsache, dass er nur max. 15 Tage pro Jahr Urlaub machte, vermag daran, dass er tatsächlich einen Urlaubsanspruch hatte, nichts zu ändern. Dass Urlaub nur unregelmäßig und für wenige Tage genommen wurde, ist der Tätigkeit als leitender Angestellte geschuldet und überwiegt für sich allein nicht die übrigen Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Dieses Bruttoentgelt wurde als Betriebsausgabe verbucht und aus dem Bruttoentgelt wurde auch Lohnsteuer entrichtet. Die Verbuchung der Vergütung als Betriebsausgaben und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist ein (weiteres) Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG, Urteil vom 16. Dezember 1960 - 3 RK 47/56 - SozR Nr. 22 zu § 165 RVO zu der Vergütung von Ehegatten).

Ab dem Zeitpunkt der Bezahlung eines monatlichen Gehalts im April 2004, aber auch in der Folge zumindest bis Juli 2006 (Zeitpunkt des Kassenwechsels), hat offenbar auch kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht und damit des Versicherungsschutzes zu entledigen oder dies seitens der Versicherungsträger oder der Einzugsstelle prüfen zu lassen. Das Sozialversicherungsverhältnis war mithin gewollt und wurde gelebt. Ab Juli 2006 hat sich mit Blick auf die Tätigkeit des Klägers und die ihm eingeräumten Befugnisse keinerlei Änderung ergeben.

Der Kläger war an der Beigeladenen zu 1) darüber hinaus nicht formal beteiligt. Gesellschafter war allein C.H ... Damit war der Kläger nicht - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriteriums - am Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 1) beteiligt. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 13/07 R - RdNr. 26 in juris). Dies war hier nicht der Fall. Der Kläger erhielt auch monatlich das arbeitsvertraglich geschuldete Brutto-Arbeitsentgelt. Die Gefahr, dass er seine Arbeitskraft und seine Kenntnisse und Erfahrungen für die Beigeladene zu 1) ohne Gegenleistung einzusetzen gehabt hätte, bestand nicht (vgl. BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - B 12 KR 10/01 R - SozR 3-2400 § 7 Nr. 20). Alleinige Trägerin des Insolvenzrisikos war die Beigeladene zu 1). Etwas anderes ergibt sich insoweit auch nicht deshalb, weil der Kläger nach seinen Angaben für C.H. die Stammeinlage in Höhe von EUR 25.000,00 erbracht hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem tatsächlich so war, denn auch dies würde nicht zu einer formalen Beteiligung des Klägers an der Beigeladenen zu 1) führen. Die Beigeladene zu 1) wurde allein durch C.H. gegründet (Gesellschaftsvertrag vom 17. Oktober 2002). Nach § 3 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrags wurde auf das Stammkapital die Stammeinlage von C.H., nicht vom Kläger, in Höhe von EUR 25.000,00 übernommen. Auch wenn es sich letztlich um Geld des Klägers gehandelt haben sollte, wird hieraus deutlich, dass er dieses Geld C.H. geschenkt hatte und es sich letztlich nunmehr um eine Stammeinlage des C.H. handelte. Die Stammeinlage selbst stellte kein Kapital des Klägers mehr da.

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ergibt sich für den Kläger auch nicht dadurch, dass der Erfolg der Beigeladenen zu 1) insbesondere auch von seinen Fähigkeiten, seiner Teilhaberschaft an einem kroatischen Fensterhersteller und seinem Engagement abhing. Denn dies unterschied seine Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung der eigenen Bezüge sich für die Prosperität des Unternehmens einsetzen und im Übrigen auch unternehmerische (Teil-)Aufgaben wahrzunehmen haben (§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Betriebsverfassungsgesetz, vgl. Bundesarbeitsgericht NJW 2010, 2746). Eine Rechtsgrundlage, die die vom Kläger behauptete vollständige Weisungsfreiheit für die Beigeladene zu 1) gerechtfertigt hätte, ist nicht erkennbar. Die Beigeladene zu 1), deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer im streitigen Zeitraum C.H. war, hätte es in der Hand gehabt, hindernd in die Freiheiten des Klägers einzugreifen und diesen damit im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn die Beigeladene zu 1) bzw. C.H. als deren Gesellschafter aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers, seiner, des C.H. Krankheit und auch aufgrund der zwischen ihnen vorliegenden persönlichen Beziehungen - Vater und Sohn - dies weitgehend unterließ, unterschied sich die Situation nicht wesentlich von derjenigen eines Minderheitsgesellschafters, dem von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht wegen des familiären Vertrauensverhältnisses freie Hand gelassen wird (vgl. hierzu etwa BSG, Urteil vom 08. August 1990 - 11 RAr 77/89 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 4). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass gerade bei einem im Betrieb mitarbeitenden Familienangehörigen regelmäßig größere Freiheiten im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern bestehen (BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - 11 RAr 47/88- SozR 3-2400 § 7 Nr. 1; Urteil vom 21. April 1993 - 11 RAr 67/92 - a.a.O.). Solche größeren Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG, Urteil vom 16. Dezember 1960 - 3 RK 47/56 - a.a.O.). Etwas anderes ergibt sich insoweit auch nicht deshalb, weil der Kläger eine Handlungsvollmacht mit Wirkung ab dem 01. April 2004 betreffend aller Handlungen der Beigeladenen zu 1) besaß und er ausweislich der Bestätigung des C.H. vom 15. September 2006 in seiner Tätigkeit nicht dem Direktionsrecht der Gesellschafterversammlung oder einem sonstigen Weisungsrecht seinerseits, des

C.H., unterlag und es zu keinen Gesellschafterbeschlüssen gekommen sei, die seine Tätigkeit betroffen hätte. Denn der Alleingesellschafter der Beigeladenen zu 1) hatte - wie dargelegt - unabhängig davon, ob er davon Gebrauch machte oder nicht, die tatsächliche Rechtsmacht, ggf. andere Entscheidungen zu treffen und zu verlangen, dass der Kläger für bestimmte Geschäfte vorab seine Zustimmung einholt. Nicht außer Acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang auch, dass C.H. entgegen des Vorbringens des Klägers im Betrieb der Beigeladenen zu 1) zumindest teilweise auch mitgearbeitet hat. Zwar hat der Kläger insoweit zuletzt vorgetragen, dass C.H. zumindest ab ca. Weihnachten 2005 bis Mitte/Herbst 2007 krankheitsbedingt komplett ausgefallen sei. Abgesehen davon, dass er hierauf zunächst nicht abstellte, widerspricht dem, dass C.H. den Feststellungsbogen, der das Datum 25. April 2006 trägt, unterschrieben hat, dem Kläger in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) am 01. April 2005 - rückwirkend - Handlungsvollmacht ab dem 01. April 2004 erteilt hat und unter dem 15. September 2006 in seiner Eigenschaft als Hauptgesellschafter der Beigeladenen zu 1) u.a. bestätigt hat, dass der Kläger für ihn eine unersetzbare Hilfe sei und maßgebend die Unternehmungsrichtung vorgäbe. Dies belegt geschäftliche Aktivitäten des C.H ... Insbesondere aus Letzterem wird auch deutlich, dass der Kläger nicht völlig eigenverantwortlich war und C.H. überhaupt nicht beteiligt gewesen wäre. Die Formulierung "Hilfe" impliziert, dass auch C.H. in der Beigeladenen zu 1) tätig war. Der Kläger hat demzufolge C.H. unterstützt. Er war zwar unersetzbar, aber nicht allein tätig.

Letztendlich hilft aber auch das Kriterium der Weisungsgebundenheit insoweit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. So ist insbesondere die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei hoch qualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Hierzu gehört die Leitung eines Unternehmens, wie sie der Kläger ab April 2004 als Betriebsleiter im Betrieb der Beigeladenen zu 1) ausübte. Zudem kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Auch der selbstständige Auftragnehmer (z.B. Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu seinem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

Auch die Tatsache, dass der Kläger nach seinem Vortrag der Beigeladenen zu 1) Büroräume, eine Garage und zeitweise technisches Gerät unentgeltlich zur Verfügung stellte, stellt schließlich kein signifikantes unternehmerisches Risiko dar. Damit wurde zwar Eigentum des Klägers gebunden. Dieses wurde jedoch, nachdem der Kläger hierfür keine Gegenleistung verlangte, nicht mit der Gefahr des Verlustes, d.h. ggf. ausbleibender Miet- oder Pachtzahlungen, eingesetzt. Im Übrigen hält der Senat es auch nicht für gänzlich ungewöhnlich, dass ein Vater seinem Sohn zur Unterstützung für dessen sich noch in der Aufbauphase befindliche Beigeladene zu 1) Gebäude und auch technisches Gerät unentgeltlich zur Verfügung stellt, um den Beschäftigungsbetrieb am Leben zu erhalten, und zwar umso mehr, wenn - wie hier - die Beigeladene zu 1) sich förderlich auf die Teilhaberschaft des Klägers bei dem kroatischen Fensterbauunternehmen auswirkt, indem die Beigeladene zu 1) Produkte dieser kroatischen Firma vertreibt. Im Falle einer Insolvenz der Beigeladenen zu 1) hätte der Kläger mit diesen Büroräumen, der Garage und dem technischen Gerät freilich nicht gehaftet.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2012-05-14