

## L 11 R 2762/14

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 12 R 139/12  
Datum  
08.05.2014  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 R 2762/14  
Datum  
29.09.2015  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Die von der DRV Bund in einem Verfahren nach [§ 7a SGB IV](#)

getroffene Feststellung: ""Die Versicherungspflicht bzw.

Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht entsprechend der Anmeldung"" ist inhaltlich nicht hinreichend bestimmt (Anschluss an LSG Nordrhein-Westfalen 03.09.2014, [L 8 R 55/13](#), juris).

2. Ein als leitender Geschäftsführer bezeichneter Mitarbeiter in einem inhabergeführten Einzelunternehmen, der nach steuerrechtlichen Maßstäben kein Mitunternehmer ist, ist abhängig beschäftigt.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 08.05.2014 wie folgt geändert: Der Bescheid der Beklagten vom 21.12.2012 wird aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Von den außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Rechtszügen trägt die Beklagte ein Viertel. Im Übrigen sind Kosten nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass seine Tätigkeit im mütterlichen Betrieb nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Der am 27.12.1980 geborene Kläger nahm am 01.07.2006 eine Tätigkeit im "Hotel Gasthof K. Familie R. und H." in R. a. K. auf. Das Hotel wird von der Mutter des Klägers, der Beigeladenen zu 1), als Inhaberin geführt. Der Kläger wurde von der Beigeladenen zu 1 bei der Einzugsstelle als sozialversicherungspflichtig Beschäftigter gemeldet, für ihn werden auch Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt.

Im März 2010 stellte der Kläger erstmals den Antrag bei der Beklagten, festzustellen, dass er seit dem 01.07.2006 in seiner Eigenschaft als faktischer Geschäftsführer im Unternehmen Gasthaus K. nicht abhängig beschäftigt sei und somit nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Zur Begründung machte er geltend, er leite faktisch die Geschäfte des Gasthofs und Hotels K ... Formell sei die Beigeladene zu 1 Inhaberin des Familienunternehmens, das sich seit drei Generationen in Familienhand befinde. Die Arbeit sei durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt - Vieles erfolge "auf Zuruf" - und umfasse sämtliche Tätigkeiten, welche die Leitung des Betriebes mit sich bringe, also Einführung und Überwachung der Betriebsorganisation, Einarbeitung, Anleitung und Überwachung des Personals, Entscheidung über die Preis- und Angebotsstruktur, Auswahl der Lieferanten, Abwicklung der Bankgeschäfte. Die Beklagte wartete eine vom Finanzamt angekündigte Lohnsteuerprüfung ab und entschied dann mit Bescheid vom 23.06.2011 und Widerspruchsbescheid vom 15.11.2011, dass die Tätigkeit als Leiter der Gaststätte bei der Beigeladenen zu 1 seit dem 01.07.2006 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Die Versicherungspflicht bzw. Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe entsprechend der Anmeldung.

Am 09.01.2012 hat der Kläger Klage vor dem Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben.

Im Mai 2012 schlossen der Kläger und die Beigeladene zu 1 einen schriftlichen Vertrag. Danach ist der Kläger ab 01.05.2012 als weiterer Geschäftsführer in der Firma der Beigeladenen zu 1 tätig. Hinsichtlich des genauen Inhalts des Vertrages wird auf Bl 24 bis 26 der SG-Akte [S 12 R 139/12](#) verwiesen.

Im Juli 2012 stellte der Kläger deshalb bei der Beklagten erneut einen Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Über diesen Antrag entschied die Beklagte mit Bescheid vom 21.12.2012 wie folgt: " die Prüfung des versicherungsrechtlichen Status hat ergeben, dass die Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Gaststätte z. K. seit dem 01.05.2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird. Die Versicherungspflicht bzw Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht entsprechend der Anmeldung." Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, nach dem schriftlichen Anstellungsvertrag vom 07.05.2012 handele es sich um die Mitarbeit im Betrieb eines Familienmitglieds. Für die Abgrenzung von einer Mitunternehmerschaft bzw familienhafter Mithilfe komme es darauf an, dass es sich um ein ernsthaft gewolltes und vereinbarungsgemäß durchgeführtes entgeltliches Beschäftigungsverhältnis handele, was insbesondere die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten vom Arbeitgeber voraussetze. Weiterhin müsse ausgeschlossen werden, dass der Arbeitsvertrag nur zum Schein abgeschlossen worden sei. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass es sich bei der Firma Gasthof Hotel K., Inhaberin U. H., um eine Einzelfirma handele. Damit unterliege der Angehörige dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, wenn auch in abgeschwächter Form. Am Betriebsvermögen bestehe keine Beteiligung. Bei einer Einzelfirma hafte allein der Inhaber, ihm allein obliege auch die Geschäftsführung. Der Einzelunternehmer trage in jedem Fall die alleinige Verantwortung. Auch Beschäftigte könnten Arbeitgeberfunktionen ausüben. Die besonderen Vertretungsbefugnisse und -vollmachten seien jederzeit von der Inhaberin kündbar bzw widerrufbar. Der Kläger habe sich zwar bereit erklärt, dem Betrieb finanzielle Mittel zu gewähren, dies sei nicht arbeitnertypisch. Allein dadurch erhalte der Darlehensgeber jedoch keine Befugnisse, die Geschicke des Betriebes zu beeinflussen. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche, dass der Kläger über die eigene Arbeitskraft verfüge und seine Tätigkeit und Arbeitszeit im Wesentlichen frei gestalte. Nach einer Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwögen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Gegen das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit spreche, dass kein echtes Unternehmerrisiko auf Seiten des Klägers bestehe; ein solches könne regelmäßig nur vorliegen, wenn der wirtschaftliche Erfolg des eingesetzten Kapitals bzw der eingesetzten Arbeitskraft ungewiss ist. Dem stehe entgegen, dass der Kläger ein regelmäßiges Gehalt erhalte.

Der Kläger und die Beklagte sind davon ausgegangen, dass dieser Bescheid gemäß [§ 96](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des anhängigen Klageverfahrens geworden ist.

Zur Begründung seiner Klage hat der Kläger vorgetragen, die Beklagte stelle fest, dass er seine Tätigkeit ab dem 01.05.2012 im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausübe und Versicherungspflicht bzw Versicherungsfreiheit entsprechend der Anmeldung bestünde. Hierin liege eine unzulässige Elementenfeststellung. Denn die Beklagte treffe keine eigene Entscheidung hinsichtlich der Versicherungspflicht. Der dahingehende Tenor - Versicherungspflicht bzw Versicherungsfreiheit - sei widersprüchlich und daher nichtig. Außerdem fehle es an einem ordnungsgemäß durchgeführten Anhörungsverfahren. Inhaltlich beschränke sich das Vorbringen trotz des vermeintlichen Umfangs auf die Behauptung, da das Unternehmen formal als Einzelunternehmen der Mutter des Klägers geführt werde, sei eine abhängige Beschäftigung gegeben, eine im sozialversicherungsrechtlichen Sinn selbstständige Tätigkeit ausgeschlossen. Dies sei nicht haltbar.

Das SG hat in der mündlichen Verhandlung am 08.05.2014 den Kläger persönlich angehört und dessen Tante, Frau B. R., sowie die Cousine des Klägers, Frau T., als Zeuginnen vernommen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift des SG verwiesen.

Der Kläger hat zuletzt nur noch beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 23.06.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.11.2011 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 21.12.2012 aufzuheben und festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Firma Gasthof Hotel K. seit dem 01.05.2012 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 08.05.2014 abgewiesen. Nach Darlegung der Kriterien, nach denen das Vorliegen von Versicherungspflicht zu beurteilen ist, hat es ausgeführt, nach diesen Kriterien bestehe ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Kläger und der Firma der Beigeladenen zu 1. Auf die zutreffenden Gründe des Widerspruchsbescheides vom 15.11.2011 werde gemäß [§ 136 Abs. 3 SGG](#) Bezug genommen. Ergänzend sei auszuführen, dass der zum 01.05.2012 vereinbarte Gewinnbeteiligung des Klägers in Höhe von gerade einmal 10% in Ansehung der vorgetragenen und durch die Beweiserhebung untermauerten sehr hohen Arbeitszeiten und des für entsprechende Tätigkeiten mit Leitungsfunktion niedrigen Arbeitentgeltes kein hohes Gewicht beizumessen sei. Diese Gewinnbeteiligung stocke ein ansonsten knapp bemessenes Gehalt erst auf eine angemessene Höhe auf und sei auch für sich betrachtet nicht so gewichtig, dass sie die Position des Klägers im Unternehmen soweit stärken würde, dass sie derjenigen der Alleininhaberin des Unternehmens gleichrangig würde. Die für den Kläger bestimmte Ausfertigung des Urteils ist seinen Prozessbevollmächtigten mittels Empfangsbekanntnis am 02.06.2014 zugestellt worden.

Am 01.07.2014 hat der Kläger Berufung eingelegt. Zur Begründung der Berufung hat er im Wesentlichen ausgeführt, das Urteil des SG sei rechtswidrig und verletze ihn in seinen Rechten. Eine abhängige, sozialversicherungspflichtige Beschäftigung liege nicht vor. Streitig sei die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status für die Zeit ab dem 01.05.2012. Er habe seine Tätigkeit zum 01.07.2006 aufgenommen. Dieser Tätigkeit liege kein Arbeitsvertrag zugrunde. Sie umfasse sämtliche Tätigkeiten, welche die Leitung des Betriebes mit sich bringe, von der Einführung, Überwachung der Betriebsstruktur und Organisation über die Einarbeitung, Anleitung und Überwachung der Angestellten bis zur Erarbeitung der Preis- und Angebotsstruktur, Auswahl der Lieferanten und Abwicklung der Bankgeschäfte. Die Auswahl der Mitarbeiter und Aushilfen liege auch in der Verantwortung des Klägers, er sei für diese mitverantwortlich. Selbstverständlich sei er für das Betriebskonto umfassend verfügungsbefugt. Er und seine Mutter, die Beigeladene zu 1, hätten sich die Unternehmensführung derart aufgeteilt, dass seine Mutter als Küchenchefin agiere und er die Bereiche Service und Übernachtungen komplett eigenständig verantworte; hierbei sei er völlig frei von Vorgaben und treffe eigene Entscheidungen. Dies habe die Beigeladene zu 1 ausdrücklich bestätigt, sodass ein theoretisch denkbare Weisungsgefüge zwischen beiden nicht existiere, eine etwaige Rechtsmacht als Inhaberin sei zwischen dem Kläger und seiner Mutter wirksam abbedungen. Dies dokumentiere auch die mit Wirkung zum 01.05.2012 geschlossene Vereinbarung des Klägers mit seiner Mutter. Danach sei der Kläger als Geschäftsführer des Familienunternehmens tätig, bestimme Zeit, Ort und Inhalt seiner Tätigkeit selbst. Zusätzlich hätten er und die Beigeladene zu 1 vereinbart, dass sämtliche Beschlüsse das Unternehmen betreffend ausschließlich

gemeinsam und einstimmig durch sie zu fassen seien. Ferner sei vereinbart, dass er über Alleinvertretungsberechtigung als Geschäftsführer hinaus berechtigt sei, sämtliche Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die gegenüber seiner Mutter vorgenommen werden könnten. Der Vertrag vom 01.05.2012 sei beiderseits nicht ordentlich kündbar. Er sei sieben Tage in der Woche mit einem Zeitaufwand von mehr als 100 Stunden pro Woche für sein Familienunternehmen tätig und verzichte auch auf Urlaub und Freizeit, da dies aus seiner Sicht nicht - in einem Maß, wie es Arbeitnehmer beanspruchen könnten - möglich sei. Angesichts des Arbeitseinsatzes und der Verantwortung sei die zunächst vereinbarte Vergütung in Höhe von 1.450,00 EUR als ortsunüblich und untertariflich festzustellen. Mit einem Stundensatz von ca. 3,30 EUR unterschreite dieser sogar deutlich die vom Bundessozialgericht (BSG) für mitarbeitende Familienangehörige entwickelte Angemessenheitsgrenze von einhalb des ortsüblichen und sei weit vom allgemeinen Mindestlohn entfernt. Die Interessen und Motivation des Klägers folgten nicht wie bei einem Arbeitnehmer aus dem Lohnwert, sondern lägen im Prosperieren des Familienunternehmens, mithin in Form eigenmotivierter, unternehmerischer Tätigkeit.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 08.05.2014 sowie den Bescheid der Beklagten vom 23.06.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.11.2011 in der Fassung des Bescheides vom 21.12.2012 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Firma Gaststätte Gästehaus U. H. seit dem 01.05.2012 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält das Urteil des SG für zutreffend. Mit seinen Urteilen vom 29.08.2012 habe das BSG betont, dass im Falle eines Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten eines Familienunternehmens allein die den einzelnen Familienmitgliedern zustehende Rechtsmacht zum Tragen komme, sodass auch nach den gelebten tatsächlichen Verhältnissen eine Weisungsunterworfenheit bestehe. Eine "Schönwettersebstständigkeit" sei nicht hinnehmbar. So sei die Beigeladene zu 1 als Inhaberin des Einzelunternehmens auch Inhaberin der damit einhergehenden Rechtsmacht, die sie im Konfliktfall auch zu Lasten des Klägers ausüben könne.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz sowie die Verwaltungsakten der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig.

Die Berufung des Klägers ist nach [§ 143](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft; sie wurde gemäß [§ 151 Abs 1 SGG](#) auch form- und fristgerecht eingelegt. Gegenstand des Klage- und Berufungsverfahrens ist nur noch der Bescheid der Beklagten vom 21.12.2012, mit dem die Beklagte über die Zeit ab dem 01.05.2012 entscheiden hat. Dieser Bescheid ist nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens geworden. Er ersetzt die von der Beklagten im Bescheid vom 23.06.2011 getroffene Entscheidung der Beklagten über das Vorliegen von Versicherungspflicht für die Zeit ab 01.05.2012. Zulässige Klageart ist die mit der Anfechtungsklage verbundene Feststellungsklage. Über die Aufhebung des angefochtenen Bescheides hinaus begehrt der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens seiner Versicherungspflicht zur gesetzlichen Krankenversicherung, sozialen Pflegeversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung; dabei handelt es sich sogar um sein "wahres Begehren" (vgl BSG 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), juris).

Die Berufung des Klägers ist nur teilweise begründet.

Die Anfechtungsklage des Klägers ist begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 21.12.2012 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Die in diesem Bescheid enthaltene Regelung ist nicht inhaltlich hinreichend bestimmt im Sinne des [§ 33 Abs 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X; so zutreffend zu einer gleichlautenden Regelung LSG für das Land Nordrhein-Westfalen 03.09.2014, [L 8 R 55/13](#), Rn. 77 ff, juris). Die Beklagte hat entschieden, dass die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer bei der Gaststätte z. K. seit dem 01.05.2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird und die Versicherungspflicht bzw Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung entsprechend der Anmeldung besteht. Mit der Bezugnahme auf die Anmeldung des Arbeitgebers (hier: Beigeladene zu 1) macht die Beklagte das Vorliegen von Versicherungspflicht von Umständen abhängig, die außerhalb des Verwaltungsakts liegen und von ihr nicht beeinflusst werden können. Insoweit bleibt dem Adressaten überlassen, den Inhalt und zeitlichen Umfang der Feststellung zu bestimmen (vgl BSG 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), juris). Die Formulierung der Beklagten, bei der es sich um einen Textbaustein handelt, der auch in anderen Verfahren Verwendung findet, erweckt den Eindruck, als sollten damit - ohne Prüfung und Feststellung im konkreten Einzelfall - auch diejenigen Fallkonstellationen inhaltlich "abgedeckt" werden, in denen zB Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung wegen Geringfügigkeit ([§ 7 SGB V iVm § 8 SGB IV](#)) oder wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze ([§ 6 Abs 1 Nr 1 SGB V](#)) oder deshalb vorliegt, weil erstmals nach Vollendung des 55. Lebensjahres eine Tätigkeit aufgenommen wurde ([§ 6 Abs 3a SGB V](#)) oder deshalb keine Versicherungspflicht besteht, weil der Betreffende hauptberuflich selbstständig tätig ist ([§ 5 Abs 5 SGB V](#)). Dies wertet der Senat als Versuch, die Rechtsprechung des BSG zur unzulässigen Elementenfeststellung (BSG 11.03.2009, [B 12 R 11/07 R](#), [BSGE 103, 17](#); 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), juris) zu umgehen. Soweit die Ausführungen im Einleitungssatz des streitgegenständlichen Bescheides, "dass die Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Gaststätte z. K. seit dem 01.05.2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird" als Regelung verstanden werden muss handelt es sich um eine rechtswidrige, weil unzulässige Elementenfeststellung (LSG NRW aaO).

Dagegen ist die auf die Feststellung der fehlenden Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung gerichtete Feststellungsklage unbegründet, weil der Kläger auch in der Zeit ab 01.05.2012 als abhängig Beschäftigter der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten

beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Diese entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Abs 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1). Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl I, 2000, 2) eingeführten Antragsverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drs 14/1855, S 6](#)).

Einen entsprechenden Antrag auf Statusfeststellung hat der Kläger im März 2010 sowie (erneut) im Juli 2012 gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen im streitgegenständlichen Zeitraum in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#), [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) in der ab 01.01.1999 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#), BSG 04.07.2007, [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. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (BSG 28.09.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris). 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 (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)).

Ob eine wertende Zuordnung zum Typus der Beschäftigung gerechtfertigt ist, 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 hieraus gezogene 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [BSGE 111, 257](#) = [SozR 4-2400 § 7 Nr 17 mwN](#)). Diese Maßstäbe gelten auch für Tätigkeiten im Betrieb eines Ehegatten oder nahen Angehörigen. Ist zB ein Sohn (hier: Kläger) in dem von seiner Mutter betriebenen Unternehmen (hier: Beigeladene zu 1) tätig, darf - entsprechend den zum Tätigwerden in sog Familiengesellschaften entwickelten Grundsätzen - nicht unter Außerachtlassung der konkreten rechtlichen Rahmenbedingungen auf dessen Selbstständigkeit im Rechtssinn allein schon wegen der familiären Bindungen oder der bloßen Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Geschicke des Unternehmens geschlossen werden (BSG 30.04.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 21](#)).

Ausgangspunkt der Prüfung ist daher zunächst der zwischen der Beigeladenen zu 1 und dem Kläger geschlossene Vertrag vom Mai 2012. Danach wird der Kläger als "weiterer Geschäftsführer der Firma" tätig ([§ 1 Abs 1](#) des Vertrages). Wörtlich heißt es in [§ 1 Abs 2](#) des Vertrages: "Er bestimmt selbst über Zeit, Ort und Inhalt seiner Tätigkeit. Einer Weisungsbindung unterliegt der Kläger somit nicht." Der Kläger und die Beigeladene zu 1 vereinbarten, sämtliche Beschlüsse das Unternehmen betreffend ausschließlich gemeinsam und einstimmig zu treffen ([§ 1 Abs. 4](#) des Vertrages). Der Kläger ist in seiner Tätigkeit von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit und alleinvertretungsberechtigt ([§ 2 Abs 1](#)). Er erhält eine umfassende Vertretungsbefugnis, auch gegenüber der Beigeladenen zu 1 Rechtsgeschäfte zu tätigen und Rechtshandlungen vorzunehmen. Diese Vollmacht erlischt allerdings, wenn sie die Beigeladene zu 1 widerruft ([§ 2 Abs 2 Satz 3](#) des Vertrages). Als Vergütung zahlt sich der Kläger monatlich 1.450 EUR "abhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des gemeinsamen Unternehmens". Zusätzlich erhält er eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 10% des Jahresüberschusses ([§ 4](#) des Vertrages).

Aus den vertraglichen Bestimmungen ergibt sich, dass der Kläger zu 1 (auch über den 01.05.2012 hinaus) als abhängig Beschäftigter in leitender Position tätig werden sollte und tätig war. Hierfür spricht vor allem der Umstand, dass dem Kläger ein Anspruch auf ein monatliches Festgehalt für seine Tätigkeit eingeräumt wurde. Dieses geht mit einer Höhe von 1.450 EUR deutlich über einen freien Unterhalt und ein Taschengeld hinaus. Er wurde und wird also nicht nur im Rahmen einer (ganz oder weitgehend unentgeltlichen) Familienmitilfe tätig, sondern übt eine Beschäftigung gegen Entgelt aus. Dabei kommt der Höhe des Entgeltes lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich übertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG 17.12.2002, [B 7 AL 34/02 R](#), juris; Sächsisches LSG 22.11.2013, [L 1 KR 76/10](#), juris). Im vorliegenden Fall ist noch zu berücksichtigen, dass der Kläger neben seinem monatlichen Gehalt auch eine (jährliche) Gewinnbeteiligung erhält. Die Einschränkung im Vertrag vom Mai 2012, wonach das Gehalt "abhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des gemeinsamen Unternehmens" sein soll, ist völlig unbestimmt und nicht geeignet, den Rechtsanspruch des Klägers auf ein festes monatliches Gehalt zu beeinträchtigen. Folgerichtig werden für den Kläger weiterhin Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Dies entnimmt der Senat der vom Kläger vorgelegten Mitteilung seiner Krankenkasse (Beigeladene zu 3), vom 23.09.2015. Danach wird der Kläger seit dem 01.07.2006 als in der Krankenversicherung der Arbeitnehmer versicherungspflichtiges Mitglied geführt.

Die Bestimmung, dass der Kläger und die Beigeladene zu 1, "sämtliche Beschlüsse das Unternehmen betreffend" gemeinsam und

einstimmig fassen, geht ins Leere, weil in einem inhabergeführten Einzelunternehmen keine das Unternehmen betreffende Beschlüsse gefasst werden müssen. Die dem Kläger eingeräumte Vertretungsbefugnis, so umfassend sie auch sein mag, steht unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs seitens der Beigeladenen zu 1. Die unternehmerischen Entscheidungen stehen demzufolge auch weiterhin allein der Firmeninhaberin zu. Zur Überzeugung des Senats steht bereits angesichts dieser vertraglichen Regelungen fest, dass der Kläger in die Arbeitsorganisation im Betrieb der Beigeladenen zu 1 eingegliedert ist und dabei einem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1 unterliegt, das zumindest in Form einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess besteht.

Die Tätigkeit als leitender Geschäftsführer ist kein Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Auch "Dienste höherer Art" können im Rahmen einer Beschäftigung geleistet werden, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (stRspr seit BSG 29.03.1962, B 3 RK 74/57, BSGE 16, 289, 294 = SozR Nr 30 zu § 165 RVO und 28.04.1964, B 3 RK 68/60, BSGE 21, 57, 58 f = SozR Nr 2 zu § 2 AVG; in jüngerer Zeit zB BSG 30.04.2013, B 12 KR 19/11 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 21). Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter im Rechtssinne entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Regelungen zum Nichtbestehen von Versicherungspflicht bei den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung und im Recht der Arbeitsförderung (vgl § 1 Satz 3 SGB VI sowie § 27 Abs 1 Nr 5 SGB III). Diese Personen sind insoweit sozialversicherungsrechtlich den für Beschäftigte geltenden Regelungen unterworfen, obwohl sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft des Unternehmens Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (stRspr BSG 31.05.1989, 4 RA 22/88, BSGE 65, 113, 116 f = SozR 2200 § 1248 Nr 48; 19.06.2001, B 12 KR 44/00 R, SozR 3-2400 § 7 Nr 18; 27.02.2008, B 12 KR 23/06 R, BSGE 100, 62 = SozR 4-2600 § 1 Nr 3; 12.01.2011, B 12 KR 17/09 R, BSGE 107, 185 = SozR 4-2600 § 1 Nr 6). Allein weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem verfeinerten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbstständigen (BSG 17.12.2014, B 12 R 13/13 R, SozR 4-2400 § 28p Nr 4).

Der Kläger trägt auch kein die Selbständigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko. Ein solches 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. Ein unternehmerisches Risiko ist zudem nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG 30.10.2013, B 12 KR 17/11 R; 28.05. 2008, B 12 KR 13/07 R, jeweils in juris). Der Betrieb wird auch seit dem Mai 2012 in der Rechtsform eines Einzelunternehmens allein von der Beigeladenen zu 1 geführt. Diese war und ist damit rein tatsächlich und auch für Außenstehende die alleinhaftende Einzelunternehmerin. Dies ist entgegen der Auffassung des Klägers auch für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung maßgebend (vgl Urteil des Senats vom 15.04.2011, L 11 KR 3422/10, juris). Die Beigeladene zu 1 allein haftet mit ihrem gesamten Vermögen für Verbindlichkeiten ihres Unternehmens. Demgegenüber trifft den Kläger keinerlei Haftungsrisiko (zu diesem Gesichtspunkt BSG 30.04.2013, B 12 KR 19/11 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 21). Daran vermögen interne (mündliche oder schriftliche) Absprachen zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1 nichts zu ändern. Jedenfalls war der Kläger aufgrund des Vertrages vom Mai 2012 nicht am Betrieb seiner Mutter (zB als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts) beteiligt.

Der Kläger war noch nicht einmal in steuerrechtlicher Hinsicht Mitunternehmer (vgl zu diesem Gesichtspunkt die Urteile des Senats vom 15.04.2011, aaO, und 20.07.2010, L 11 KR 3910/09, juris). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ist Voraussetzung für eine Mitunternehmerschaft iS des § 15 Abs 1 Satz 1 Nr 2 Einkommensteuergesetz (EStG) dass der Beteiligte Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerrisiko trägt. Mitunternehmerrisiko bedeutet gesellschaftsrechtliche oder eine dieser wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens. Dieses Risiko wird regelmäßig durch die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich des Geschäftswerts vermittelt (BFH 22.08.2002, IV R 6/01, BFH/NV 2003, 36, zit nach juris). Der (geringen) Gewinnbeteiligung des Klägers am Betrieb der Beigeladenen zu 1 steht kein Verlustrisiko entgegen, da der Kläger am Verlust nicht beteiligt ist. Das unternehmerische Risiko trägt - wie es für ein Einzelunternehmen typisch ist - allein die Beigeladene zu 1).

Der Kläger ist mit einem Einkommen von monatlich rund 1.500 EUR in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung pflichtversichert. Es ist nicht vorgetragen und aus den Akten auch nicht ersichtlich, dass er aufgrund der vereinbarten Gewinnbeteiligung ein monatliches Einkommen erzielt, das über der Jahresarbeitsentgeltgrenze des § 6 Abs 1 Nr 1 SGB V liegt. Er hat auch nicht geltend gemacht, in einer anderen Tätigkeit hauptberuflich tätig zu sein, was angesichts des von ihm geschilderten Arbeitsumfangs in der Gaststätte und im Hotelbetrieb auch nicht möglich wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 183, 193 SGG und trägt dem teilweisen Obsiegen des Klägers Rechnung. Dabei geht der Senat davon aus, dass die (unbegründete) Feststellungsklage für den Kläger eine größere wirtschaftliche und persönliche Bedeutung hat als die (begründete) Anfechtungsklage.

Gründe für die Revisionszulassung gemäß § 160 Abs. 2 SGG liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-01-28