

L 16 KR 71/08

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 44 KR 81/07
Datum
04.03.2008
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 KR 71/08
Datum
26.03.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 04. März 2008 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Versicherungspflicht des Klägers seit dem 01.04.1998 in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung (KV/PV/RV/AloV) bezüglich der für die Beigeladene zu 1. ausgeübten Tätigkeit.

Der am 00.00.1968 geborene Kläger absolvierte in der Zeit vom 11.11.1991 bis zum 30.06.1994 eine Ausbildung zum Kaufmann im Einzelhandel, Fachbereich Möbel. Er besuchte in der Zeit vom 01.04.1996 bis zum 25.02.1998 die Fachschule des Möbelhandels in L und erlangte mit der Note ausreichend den Abschluss als staatlich geprüfter Betriebswirt, Fachrichtung Möbelhandel. Zum 01.04.1998 trat er in die Firma "S - Die Möbelcollection" (Beigeladene zu 1.) ein, die seit 1973 in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft (oHG) geführt wird. Gesellschafter des Familienbetriebes, der den Handel mit Möbeln aller Art, insbesondere der gehobenen Preisklasse, Schreinereiarbeiten und Bestattungen zum Gegenstand hat, waren in der zweiten Generation seit 1960 die Mutter des Klägers, M H, geb. S (geb. 1940), sowie ihr Bruder, der Onkel des Klägers, H S (geb. 1948), zu je 1/2. Der Vater des Klägers, G H, arbeitete im Rahmen eines Ehegattenarbeitsverhältnisses als gelernter Schreiner in der Produktion mit, ohne sich an der Unternehmensführung respektive an unternehmensrelevanten Entscheidungen zu beteiligen. Während die Mutter des Klägers für die Waren- und Materialbestellungen, das Dekorationswesen und die in den Betrieb integrierte Ausstattungs- und Kleinteileboutique verantwortlich zeichnete, kümmerte sich der Onkel des Klägers um den Zahlungsverkehr, das Personalwesen und teilweise um das Bestattungsgeschäft. Der Kläger war zunächst im Betriebsbereich des Bestattungsgeschäftes tätig, nahm aber auch zunehmend Aufgaben der in der Folge schwer erkrankten Mutter wahr. Nachdem diese am 10.11.2001 verstorben war, rückte deren Ehemann, G H (der Vater des Klägers) aufgrund eines sog. Berliner Testamentes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in ihre Gesellschafterstellung ein. Zugleich erbte er das private Einfamilienhaus und trat in ihre Rechtsposition als Mitglied einer nicht auseinander gesetzten Erbengemeinschaft bezüglich der insgesamt drei Immobilien ein, auf deren Gelände der Betrieb geführt wird. Die Zahl der Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1. reduzierte sich von 1998 bis dato von zehn auf sechs. Der Jahresumsatz des Unternehmens liegt schwankend zwischen 800.000 EUR und 1,4 Mill. EUR.

Am 01.08.2006 stellte der Kläger einen Antrag auf sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der von ihm für die Beigeladene zu 1. ab seinem Eintritt in den Betrieb am 01.04.1998 verrichteten Tätigkeit, die er als nicht versicherungspflichtig beurteilte. Bisher seien zu Unrecht Sozialversicherungsabgaben abgeführt worden. Seit dem oben genannten Zeitpunkt habe er die Tätigkeit weisungsfrei als Juniorchef verrichtet. Strategische Grundsatzentscheidungen treffe er seit dem Tod seiner Mutter, in deren Position er eingerückt sei, zusammen mit seinem Onkel H S. Auch vorher sei er eigenständig und frei von Weisungen innerhalb der Geschäftsführung tätig geworden. Unternehmerische Erwägungen führten dazu, dass er regelmäßig auf die Vergütung von geleisteten Überstunden und nicht in Anspruch genommenen Urlaubstagen verzichte. Für den Fall, dass Sozialversicherungspflicht verneint werde, behalte er sich vor, die Erstattung von zu Unrecht gezahlten Arbeitslosen- und Rentenversicherungsbeiträgen zu beantragen. Seinem Antrag fügte der Kläger einen am 24.04.2006 ausgefüllten Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen bei. Danach wird die Tätigkeit nach eigenen Angaben nicht mit Rücksicht auf eine arbeitsvertragliche Vereinbarung ausgeübt. Er sei nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert. Ohne seine Mitarbeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Seine Mitarbeit sei aufgrund familienhafter Rücksichtnahme durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu den Inhabern der Beigeladenen zu 1. geprägt. Seine Vergütung entspreche mit einem monatlichen Betrag in Höhe von 3.302,00 EUR brutto dem tariflichen beziehungsweise ortsüblichen Gehalt und werde regelmäßig auf sein privates Girokonto gezahlt. Das Weihnachtsgeld betrage ein halbes Bruttomonatsgehalt. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet, so dass eine Verbuchung als Betriebsausgabe stattfinde. Neben der zu beurteilenden

Tätigkeit würden keine weiteren Tätigkeiten ausgeübt. Ferner legte der Kläger eine von den Inhabern der Beigeladenen zu 1. unterzeichnete Erklärung vor. Danach habe der Kläger bei seiner Tätigkeit im Unternehmen freie Hand, alle Entscheidungen eigenverantwortlich zu treffen. Sein Engagement in der Geschäftsleitung gehe weit über das eines normalen Angestellten hinaus. Strategische Unternehmensentscheidungen würden gemeinsam und gleichberechtigt getroffen. Aus der vom Kläger vorgelegten Aufstellung ergeben sich unter anderem folgende Tätigkeiten für die Beigeladene zu 1.:

- Verkauf von Möbeln und Einrichtungsgegenständen aller Art einschließlich Beratung der Kunden
- Aufbau und Dekoration der Möbel in den Ausstellungsräumen
- Durchführung kleinerer Reparaturen in den Ausstellungsräumen
- Absprache der Liefertermine mit den Kunden
- Schreiben von Rechnungen und Lieferscheinen
- Kontrolle der Zahlungseingänge
- Führen von Verhandlungen mit den Herstellern über neue Produkte
- Verhandlungen mit Außendienstmitarbeitern auf Herstellerseite
- Organisation und Durchführung von Verkaufsveranstaltungen
- Konzeption und Durchführung von Direktmailing-Aktionen und anderen Werbemaßnahmen
- Webmaster der Homepage
- Einstellung von Personal
- Einteilung der Fahrer
- Verwaltung der Urlaubspläne der Mitarbeiter
- Organisation von Ausflügen
- Pflege und Wartung der Firmenfahrzeuge
- Pflege der Immobilien
- Verwaltung der Telefonanlage und der EC-Cash-Terminals
- Beschaffung von Arbeitsschutzkleidung
- Lagerhaltung
- Beschaffung von Büro- und Verbrauchsmaterial.

Mit Bescheid vom 31.10.2006 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Klägers, die er für die Beigeladene zu 1. ab dem 01.04.1998 ausübe, versicherungspflichtig sei. Ausschlaggebend sei insbesondere, dass durchgehend die Meldung des Klägers zur Sozialversicherung unter der Kennzeichnung "Verkäufer" (Tätigkeitsschlüssel 682) und nicht z. B. unter "Geschäftsführer" (Tätigkeitsschlüssel 751) erfolgt sei. Das Arbeitsentgelt sei als angemessen im Verhältnis zu der ausgeübten Tätigkeit zu qualifizieren. Die Überweisung werde auf ein privates Konto vorgenommen. Von der Vergütung werde Lohnsteuer entrichtet, um eine entsprechende Verbuchung als Betriebsausgabe vorzunehmen. Selbst bei Belassung größerer Freiheiten und eigenverantwortlicher Übernahme höherwertiger Tätigkeiten sprächen die Gesamtumstände für eine Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beigeladenen zu 1. und damit für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass der Kläger kein Unternehmerrisiko zu tragen habe, da er an der Beigeladenen zu 1. in keiner Weise als Mitgesellschafter beteiligt sei.

Mit dem dagegen gerichteten Widerspruch machte der Kläger geltend, es sei unzulässig, aus der erfolgten Anmeldung zur Sozialversicherung auf das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu schließen, weil der seinerzeit anmeldende Steuerberater nicht über eigene Kenntnisse im Bereich der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung verfügt habe. Außerdem dürfe die Beklagte nicht aus der regelmäßig gezahlten Vergütung auf das Bestehen von Sozialversicherungspflicht schließen. Der Umstand gezahlter Vergütungen könne lediglich für die Abgrenzung zur sog. familienhaften Mithilfe bedeutsam sein. Schließlich müsse unberücksichtigt bleiben, dass Lohnsteuer entrichtet worden sei, weil im Steuerrecht sowie im Sozialversicherungsrecht jeweils eigenständige Arbeitnehmerbegriffe zu Grunde zu legen seien.

Die Beklagte wies den Widerspruch des Klägers mit Widerspruchsbescheid vom 20.02.2007 als unbegründet zurück. Dabei stellte sie im Wesentlichen darauf ab, dass die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend seien; denn ein schriftlicher Arbeitsvertrag sei zwischen der Beigeladenen zu 1. und dem Kläger nicht abgeschlossen worden. Die vergütungsbezogenen Kriterien sprächen im vorliegenden Fall sämtlich für das Bestehen einer versicherungspflichtigen Tätigkeit. Durch diese Tätigkeit werde eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Es sei nicht nachzuvollziehen, dass die Leitung der Beigeladenen zu 1. im Rahmen eines gleichberechtigten Nebeneinanders zwischen den Gesellschaftern und dem Kläger erfolgt sei. Für gewöhnlich lägen sowohl die Betriebsorganisation als auch der Geschäftsablauf in der Hand der Gesellschafter, zumal der Kläger aufgrund der seinerzeit erfolgten Anmeldung als Verkäufer und nicht als Geschäftsführer tätig sei. Daran ändere es auch nichts, dass der Kläger nach seinen eigenen Angaben im Feststellungsbogen weitgehend weisungsfrei tätig sei, da eine engere familiäre Beziehung zu einer mildernden Form des Über- und Unterordnungsverhältnisses führen könnten. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) könne das für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis charakteristische Merkmal der persönlichen Abhängigkeit in Grenzfällen ausschließlich in der Eingliederung in einen Betrieb erblickt werden. In diesem Zusammenhang dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass bislang sowohl der Kläger selbst als auch die Beigeladenen zu 1. von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen seien, so dass jahrelang die Gesamtsozialversicherungsbeiträge anstandslos entrichtet worden seien. Nicht zuletzt sei ein Unternehmerrisiko, das der Kläger zu tragen gehabt hätte oder trage, nicht erkennbar. Der Erfolg seines Arbeitseinsatzes hänge nicht unmittelbar und überwiegend von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens ab. Er müsse z. B. keine Verluste mittragen.

Am 20.03.2007 hat der Kläger mit der ergänzenden Begründung Klage zum Sozialgericht (SG) Dortmund erhoben, seine Mutter habe sich seit 1999 aus krankheitsbedingten Gründen zunehmend aus der Geschäftsleitung zurückgezogen. Sein Vater übe diese nach dem Tod der Mutter nicht aus. Die bislang noch unverändert als oHG fortbestehende Beigeladene zu 1. solle seit 2001 in eine GmbH umgewandelt werden. Dieses Bestreben habe nur mit Rücksicht auf die gemischt (privat und betrieblich) genutzten Immobilien noch nicht in die Tat umgesetzt werden können. Für eine Selbständigkeit spreche ferner, dass er am 14.07.2003 das Diplom der Berufsgenossenschaft (BG) für den Einzelhandel nach erfolgreicher Teilnahme an dem Lehrgang "Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz" für Unternehmer erlangt habe; solche Diplome würden von der BG nur an Personen erteilt, die diese als Selbstständige erachte.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 31.10.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2007 aufzuheben und festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. seit dem 01.04.1998 nicht der Versicherungspflicht zur KV, PV, RV und AöV unterliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich zur Begründung auf den ihrer Auffassung nach zutreffenden angefochtenen Bescheid bezogen.

Die Beigeladenen haben keine eigenen Anträge gestellt.

Mit Urteil vom 04.03.2008 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es sich auf den oben genannten Widerspruchsbescheid bezogen. Ergänzend hat das SG ausgeführt, gegen die Annahme einer selbständigen Tätigkeit spreche insbesondere das Fehlen jeden Unternehmerrisikos. Der Kläger sei in keiner Weise an der Beigeladenen zu 1. beteiligt gewesen beziehungsweise beteiligt. Vielmehr habe er ein regelmäßiges Gehalt erhalten. Dass er keinen Weisungen ausgesetzt gewesen sei, stehe der Beurteilung als abhängig Beschäftigter nicht entgegen; denn bei Diensten höherer Art, wie bei einem leitenden Angestellten, reduziere sich häufig die Weisungsgebundenheit auf eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess. Ein faktischer Rückzug des Vaters des Klägers aus der Geschäftsleitung sei für die gesellschaftsrechtliche Gestaltung ohne Belang. Es habe sich allenfalls der Umfang der von dem Kläger wahrzunehmenden Aufgaben erhöht.

Gegen das seinen Prozessbevollmächtigten am 08.04.2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 07.05.2008 Berufung eingelegt. Zur näheren Begründung bezieht er sich auf seinen bisherigen Vortrag. Ergänzend trägt er vor, er sei für den Geschäftsbereich der Bestattungen alleinverantwortlich. Er verfüge über Bankvollmacht und schließe selbständig Kaufverträge für die oHG ab. Sein Gehalt habe sich im Laufe der Jahre nicht maßgeblich verändert. Warum er im Jahre 1998 als abhängig beschäftigter Verkäufer gemeldet und in der Folgezeit sozialversicherungsrechtlich behandelt worden sei, wisse er nicht. Allerdings sei es selbst in einer kleinen Firma schwierig, wenn man direkt aus der Ausbildung kommend sofort als Chef auftrete. Darlehen oder Bürgschaften zu Gunsten der oHG habe er nicht übernommen. In finanzieller Hinsicht sei er - bis auf die Zahlung des Gehaltes - nicht mit der oHG verbunden. Er müsse auch für Verbindlichkeiten der oHG nicht haften. Allerdings gehe es ihm darum, dass er als einziger Sohn seiner Eltern und Nacherbe nach seinem Vater seinen Erbteil für die Zukunft sichere. Deshalb leiste er einen derart hohen Arbeitseinsatz und fühle sich für die Firma verantwortlich.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des SG Dortmund vom 04.03.2008 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 31.10.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2007 aufzuheben sowie festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. seit dem 01.04.1998 nicht der Versicherungspflicht zur KV, PV, RV und AöV unterliegt,

hilfsweise für den Fall des Unterliegens, die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie erachtet das angefochtene Urteil, auch unter Berücksichtigung der zweitinstanzlich durchgeführten Beweiserhebung, als zutreffend. Ergänzend führt sie aus, dass ein gleichberechtigtes Nebeneinander des Klägers im Verhältnis zu Mutter und Onkel beziehungsweise nach dem Tode der Mutter zu dem Onkel nicht ausreiche, um denjenigen, dem der Betrieb nicht gehöre, als dessen "Kopf und Seele" anzusehen. Die Rechtsmacht und das Unternehmerrisiko lägen eindeutig bei den Gesellschaftern der Beigeladenen zu 1. und nicht bei dem Kläger. Soweit sich der Onkel des Klägers zunehmend aus den geschäftlichen Aktivitäten zurückziehe, handele es sich um Alltagsgeschäfte, die er dem Kläger überlasse. Es sei nicht vorgetragen worden, dass der Onkel des Klägers die strategisch wichtigen Unternehmensentscheidungen nicht mehr mit dem Kläger gemeinsam treffe. Auch wenn dies so sein sollte, änderte es nichts daran, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliege.

Die Beigeladene zu 1., die keinen eigenen Antrag stellt, weist ergänzend darauf hin, dass die Gewinne der oHG in Form von Investitionen fast vollständig wieder in die Firma zurückfließen. Für die Verbindlichkeiten der oHG hafteten ausschließlich die beiden Gesellschafter. Die Privatentnahme des Gesellschafters H S liege seit 20 Jahren - wie dies zuvor auch bei der Mutter des Klägers der Fall gewesen sei - bei ca. 1.800 EUR im Monat. Außerdem bezahle die oHG die Beiträge zu seiner Alterssicherung sowie zu seiner KV und PV und er erhalte seitens der oHG ein Fahrzeug gestellt. Seit 2001 sei geplant, die oHG in eine GmbH zu verwandeln, und zwar mit gleichen Gesellschaftsanteilen von je 50 % für die zukünftigen Gesellschafter H S und G1 H. Der Umwandlung stehe jedoch seit Jahren entgegen, dass eine Gebäude-Teilungserklärung erfolgen müsse; denn die Geschäftsräume des Unternehmens erstreckten sich auf drei nebeneinander liegende Grundstücke, die ursprünglich mit Einzelhäusern bebaut gewesen und nunmehr durch entsprechende Räumlichkeiten im Erdgeschoss, die die Ausstellungsräume der oHG bildeten, verbunden seien. Die Ober- bzw. Untergeschosse von zwei Häusern seien an Dritte vermietet. Vor Erteilung der Teilungsgenehmigung für die Betriebsräume müssten umfangreiche Brandschutz- und baurechtliche Auflagen erfüllt werden, die mit hohen Investitionen verbunden seien. Bisher habe die oHG die entsprechenden Mittel noch nicht vollständig aufbringen und die Auflagen noch nicht vollständig erfüllen können. Insoweit verweist die Beigeladene zu 1. auf umfangreiche zu den Akten gereichte Unterlagen. Die Geschäftsleitung liege nach dem Tod der Mutter des Klägers im Sinne gleichberechtigter Partner in den Händen des Klägers und des Gesellschafters H S, der sich in der letzten Zeit jedoch wegen einer schweren Erkrankung seiner eigenen Frau zunehmend aus dem Geschäft zurückziehe. Der weitere Gesellschafter der Beigeladenen zu 1., G H, entnehme seit dem Tod seiner Frau keinerlei Gelder aus der Firma. Er lebe von seiner eigenen Altersrente und von den anteiligen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung der Erbengemeinschaft H/S. In die geschäftlichen Belange der Beigeladenen zu 1. mische er sich nicht ein. Er erscheine lediglich, wenn es darum gehe,

Unterschriften zu leisten, beispielsweise für die Steuererklärung oder für die Aufnahme von Krediten. Ansonsten habe er volles Vertrauen zu seinem Sohn, dem Kläger, der ohnehin alles erben werde. Der Sohn des Gesellschafters H S, H3 S, sei nach Abschluss seines betriebswirtschaftlichen Studiums derzeit bei der Möbelfirma P tätig. Er werde voraussichtlich in Kürze die Gesellschaftsanteile seines Vaters bei der Beigeladenen zu 1. übernehmen.

Die Beigeladenen zu 2. und 3. schließen sich dem Antrag der Beklagten an und verweisen zur Begründung auf deren - aus ihrer Sicht zutreffenden - Begründung. Die Beigeladene zu 4. stellt wie die Beigeladene zu 1., keinen eigenen Antrag.

Der Senat hat in mehreren Terminen zur Erörterung des Sachverhalts mit Beweisaufnahme den Kläger und seinen Onkel H S sowie den Vater des Klägers, G H, befragt und die Steuerberaterin H1 U als Zeugin vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Niederschriften der o. g. Sitzungen Bezug genommen. Außerdem hat der Senat einen Handelsregisterauszug der Beigeladenen zu 1. beigezogen und Auszüge aus dem Internetauftritt der Beigeladenen zu 1. (www.moebel-xxx.de) zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Dort heißt es:

"In der Mitte der siebziger Jahre wird die Firma vom damaligen Inhaber H2 S an seine Kinder, die Geschwister M H und H S, übergeben. Heute wird das Unternehmen von G H und H S geführt. Mit G1 H und H3 S wird das Unternehmen in absehbarer Zukunft in der fünften Generation geführt."

Wegen der weiteren Einzelheiten der Sach- und Rechtslage und des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt der Prozess- und der Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen, die dem Senat vorgelegen haben und ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG Dortmund vom 04.03.2008 ist unbegründet. Das SG hat mit dem oben genannten Urteil die Klage zu Recht abgewiesen. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 31.10.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2007 ist rechtmäßig. Die Beklagte hat in Übereinstimmung mit dem SG zutreffend festgestellt, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. seit dem 01.04.1998 der Versicherungspflicht zur KV, PV, RV und AloV unterliegt und zu Recht Beiträge abgeführt worden sind bzw. werden.

Die Beklagte und das SG sind bei der Entscheidung über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in dem von dem Kläger eingeleiteten Verfahren gemäß [§ 28h Abs. 2 S. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#) auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger, wie dies auch der geübten Beitragspraxis der Beigeladenen zu 1. seit dessen Eintritt in die Firma entspricht, in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu dieser steht und der Versicherungspflicht unterliegt. Für eine solche Entscheidung war die Beklagte nach [§ 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) als Einzugsstelle zuständig. Einzugsstelle ist jeweils die Krankenkasse, von der die KV eines abhängig Beschäftigten durchgeführt wird (vgl. [§ 28i SGB IV](#)). Die Beigeladene zu 1. hat ab Eintritt des Klägers in die Firma die Gesamtsozialversicherungsbeiträge zur Beklagten abgeführt. Gemäß [§ 28h Abs. 2 S. 1 Halbsatz 1 SGB IV](#) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der KV, PV und RV sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Sie erlässt auch den Widerspruchsbescheid (Halbsatz 2). Das Gesetz trägt mit dieser umfassenden Zuständigkeitszuweisung an die Einzugsstelle dem Umstand Rechnung, dass in den genannten Versicherungszweigen die Versicherungspflicht mit der Anknüpfung an die abhängige Beschäftigung weithin gleichen Grundsätzen folgt und die Beiträge für alle Versicherungszweige einheitlich berechnet und als Gesamtsozialversicherungsbeitrag abgeführt werden. Diese Zuständigkeit nach [§ 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) ist nicht auf Entscheidungen zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe gegenüber dem Arbeitgeber als dem Schuldner der Beiträge beschränkt. Sie besteht vielmehr auch, wenn entsprechende Fragen, wie vorliegend, vom Beschäftigten aufgeworfen werden und entschieden werden müssen (BSG Sozialrecht (SozR) 4-2400 § 28h Nr. 1).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der KV, PV, RV und AloV der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \(SGB V\)](#); [§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \(SGB XI\)](#); [§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#); [§ 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung als Grundlage für die Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (S. 1). 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 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 vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschl. vom 20.05.1996, Az.: [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#); zum Stand der Rechtsprechung vgl. BSG Urteilssammlung der KV (USK) 2008-45; BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#); BSG USK 2004-25; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 19](#); BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Familienangehörigen (vgl. zu Ehegatten: BSG USK 2002-42; BSG USK 2007-53) im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird.

Der Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1. liegt kein schriftlicher Arbeits- oder Dienstvertrag zugrunde, an den bei der Beurteilung der Versicherungspflicht angeknüpft werden könnte. Dies erscheint bei der Tätigkeit eines Familienangehörigen in einem Familienbetrieb auch nicht unüblich. Von der formalen Abwicklung her spricht alles dafür, dass eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Unstreitig erhält der Kläger, wie es für Arbeitnehmer typisch ist, ein festes monatliches Gehalt unabhängig von der Geschäftslage des Betriebes und eine Jahressonderzahlung, sofern es die betrieblichen Belange zulassen. Es wird, wie der Kläger selbst angegeben hat, eine Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Urlaub und Arbeitsunfähigkeit geleistet und es werden seit dem Eintritt des Klägers in die Firma zum 01.04.1998 Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt, wobei die Anmeldung als "Verkäufer", also einer eindeutig abhängigen Tätigkeit

(Tätigkeitsschlüssel 682), erfolgt ist. Dem Kläger ist weiter bis dato keine formale Rechtsposition innerhalb des Betriebes eingeräumt worden. Zwar sind gemäß [§ 114 Handelsgesetzbuch \(HGB\)](#) zur Führung der Geschäfte einer offenen Handelsgesellschaft, wie hier der Beigeladenen zu 1., grundsätzlich - nur - die Gesellschafter ("alle Gesellschafter"), also zunächst Mutter und Onkel des Klägers, nach dem Tode der Mutter sein Vater und sein Onkel, berechtigt und verpflichtet; denn von der Möglichkeit des [§ 114 Abs. 2 HGB](#), im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung nur einem der beiden Gesellschafter zu übertragen und damit den weiteren Gesellschafter von der Geschäftsführung auszuschließen, ist nicht Gebrauch gemacht worden. Der Kläger ist nicht einmal, was ohne Weiteres möglich wäre, gemäß [§ 116 Abs. 3](#) i. V. m. [§ 49 Abs. 1 HGB](#) zum Prokuristen bestellt und als solcher im Handelsregister eingetragen worden. Dass er Kontovollmacht für die Geschäftskonten der Beigeladenen zu 1. besitzt und Verträge unterschreibt, ist lediglich auf eine interne Bevollmächtigung zurückzuführen und für sich gesehen nicht aussagekräftig bezüglich der hier zu entscheidenden Frage, ob Versicherungspflicht besteht. Der Vater des Klägers hat diesem in keiner Weise weitergehende rechtliche Befugnisse eingeräumt, sei es auch nur durch eine Treuhandvereinbarung. Auch der Internetauftritt der Beigeladenen zu 1. knüpft in den Inhalten ausschließlich an die formale Stellung der Gesellschafter (aktuell: H S und G H) an und benennt diese - rechtlich zutreffend - als Alleinverantwortliche. Die Übernahme der Firmenleitung durch die nächste Generation, also durch den Kläger und H3 S, wird auch hier lediglich für die Zukunft in Aussicht gestellt. Genau so stellt es sich erbrechtlich dar. Der Kläger besitzt auch insoweit keine ihn derzeit begünstigende Position, sondern muss, damit sich die Eigentums- und Gesellschaftsverhältnisse ändern, auf den Eintritt des Nacherbfalls warten.

Von den Tätigkeitsinhalten her gesehen, die der Kläger bereits bei Antragstellung gegenüber der Beklagten im Einzelnen dargelegt hat, reicht das Spektrum von einfachen Hausmeisterarbeiten über Verkaufs- und Werbe- bis hin zu kaufmännischen Tätigkeiten, die alle abhängigen Beschäftigungsbildern mit typischer Eingliederung in den Betrieb zuzuordnen sind; bei einer kleinen Firma mit nur wenigen Mitarbeitern erscheint es auch nicht verwunderlich, dass sich die Beigeladene zu 1. keinen Mitarbeiter in ausschließlich leitender Funktion, der nicht auch praktisch mit "anpackt", leisten kann. Von den sonstigen Mitarbeitern unterscheidet sich der Kläger insoweit, als ihm Entscheidungsbefugnisse zustehen, die zur Überzeugung des Senates im Laufe der Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. gewachsen sind. Dies ergibt sich als Ergebnis der zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme. Sowohl die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1. als auch die Zeugin U haben übereinstimmend angegeben, dass der Kläger zunächst eigenverantwortlich nur den Bereich des Bestattungswesens übernommen, später seine Mutter unterstützt und während ihrer Erkrankung immer mehr deren Aufgabenkreis übernommen habe sowie an der Geschäftsleitung beteiligt worden sei. Nach dem Tod der Mutter übt er die Geschäftsleitung zusammen mit seinem Onkel aus. Der Senat hat dennoch keine Zweifel, dass durchgehend eine Einordnung in den Betrieb vorgelegen hat und vorliegt. Dass der beruflich unerfahrene Kläger nach Abschluss der Fachschule des Möbelhandels, zumal mit nur ausreichendem Gesamtergebnis, auch nur gleichberechtigt neben Mutter und Onkel in der Firma agiert habe, die diese gemeinschaftlich zu diesem Zeitpunkt seit 38 Jahren führten, erscheint völlig lebensfremd und wird nicht einmal vom Kläger selbst behauptet, auch wenn sich seine Antragstellung bis auf den Zeitpunkt des Eintritts in die Firma erstreckt. Der Kläger hat vielmehr eingeräumt, als Juniorchef zunächst in der Hierarchie unter der Geschäftsleitung gestanden zu haben. Die Eingliederung in den Betrieb ist zur Überzeugung des Senates jedoch auch in der Folgezeit nicht aufgehoben worden. Deutlicher als durch die eigene Tätigkeitsbeschreibung kann eine Eingliederung in den Betrieb gar nicht geschildert werden. Diese Eingliederung ist auch nicht dadurch eingeschränkt worden, dass der Kläger zumindest seit dem Tod der Mutter im Jahre 2001 neben seinem Onkel unstreitig die Geschäftsleitung ausübt. Es handelt sich insoweit allenfalls um ein gleichberechtigtes Nebeneinander. Der Gesellschafter S hat - wie auch der Kläger selbst - angegeben, dass wichtige Entscheidungen gemeinsam getroffen würden, auch wenn zunehmend die Initiative vom Kläger ausgehe. Dass dieser agieren kann, wie es ihm beliebt, hat nicht einmal der Kläger selbst behauptet. Ein solches gemeinsames Wirken des mit der vollen rechtlichen Befugnis (vgl. [§§ 115, 116 HGB](#)) ausgestatteten Gesellschafters S und eines formell rechtlosen Zweiten, dem Kläger, vermag für sich allein gesehen keine selbständige Tätigkeit zu begründen; denn den Gesellschaftern steht die jederzeitige Befugnis zu, Entscheidungen des Klägers in Frage zu stellen und diesem Anweisungen zu erteilen, auch wenn von dem rechtlich Möglichen offensichtlich in der Praxis nicht Gebrauch gemacht wird; denn es werden einvernehmliche Lösungen gesucht und gefunden. Das Weisungsrecht kann im Übrigen, vornehmlich bei sog. Diensten höherer Art, sogar stark eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 6](#) m. w. N.), ohne dass dies gegen eine abhängige Tätigkeit spräche. Gleiches gilt für die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen, wie der Einstellung von Personal (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)), die der Kläger vornimmt.

Entscheidend spricht weiter gegen eine selbständige Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1., dass dieser keinerlei Unternehmerrisiko trägt. Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BSG USK 2008-45 m. w. N.) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, insbesondere aber auch, ob der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel ungewiss ist. Dies ist bei dem Kläger in keiner Weise der Fall. Unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg der Beigeladenen zu 1. erhält er seit dem Eintritt in die Firma ein festes Gehalt als Gegenleistung für den Einsatz seiner Arbeitskraft, das sogar höher liegt als die Privatentnahmen, die die Gesellschafter monatlich tätigen. Eigenes Kapital hat der Kläger seit 1998 auch nicht mit ungewissem Erfolg eingesetzt. Vielmehr sind es nach wie vor die beiden Gesellschafter, die durch die Aufnahme von Krediten und durch die Finanzierung von Firmeninvestitionen durch eigene Mittel das volle wirtschaftliche Risiko tragen. Dass der Kläger einmal seinen Vater beerben und auf diese Weise in die Position eines Gesellschafters und Eigentümers von Immobilien einrücken wird, stellt kein in diesem Zusammenhang zu beachtendes Unternehmerrisiko dar. Es erklärt allenfalls, dass der Kläger in größerem Umfang als ein Fremder an Wohl und Gedeih der Firma und des Grundbesitzes interessiert ist. Im Übrigen unterscheidet er sich bzgl. der Zukunftsoptionen in keiner Weise von seinem Cousin H3 S, der gegenwärtig nicht einmal in der Firma tätig ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Anlass für die Zulassung der Revision, [§ 160 Abs. 2 Nrn.](#) 1 und 2 SGG, hat nicht bestanden.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-06-15